

# **TRATADO DE DERECHO CIVIL - PARTE GENERAL**

## **Tomo II**

Borda, Guillermo A.

Abeledo-Perrot  
1999

### ***ÍNDICE***

TERCERA PARTE - EL OBJETO

CAPÍTULO X - EL PATRIMONIO

§ 1.- Nociones y caracteres

§ 2.- Derechos patrimoniales

§ 3.- Bienes y cosas

A.- CLASIFICACIÓN DE LAS COSAS

1.- Cosas muebles e inmuebles

2.- Cosas fungibles y no fungibles

3.- Cosas consumibles y no consumibles

4.- Cosas divisibles e indivisibles

5.- Cosas registrables y no registrables

6.- Cosas principales y accesorias

7.- Cosas dentro y fuera del comercio

## B.- LAS COSAS CON RELACIÓN A LAS PERSONAS

1.- Bienes del Estado

2.- Bienes municipales

3.- Bienes de la Iglesia Católica

4.- Bienes de los particulares

## CAPÍTULO XI - TEORÍA GENERAL DE LOS HECHOS Y ACTOS JURÍDICOS

### I. HECHOS JURÍDICOS

§ 1.- Concepto y clasificación

§ 2.- Hechos voluntarios

A.- CONDICIONES INTERNAS

B.- CONDICIÓN EXTERNA

C.- HECHOS ILÍCITOS

### II. ACTOS JURÍDICOS

§ 1.- La voluntad y la declaración en los actos jurídicos

§ 2.- Clasificación

§ 3.- La causa

§ 4.- El objeto

A.- CONTENIDO MORAL DE LOS ACTOS JURÍDICOS

§ 5.- Efecto relativo de los actos jurídicos

A.- El PRINCIPIO

B.- LAS PARTES

C.- LOS TERCEROS

§ 6.- La representación en los actos jurídicos

§ 7.- Interpretación de los actos jurídicos

A.- ¿ES UNA CUESTIÓN DE HECHO O DE DERECHO?

B.- PRINCIPIOS QUE RIGEN LA INTERPRETACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS

C.- REGLAS PARA LA INTERPRETACIÓN DE ALGUNOS ACTOS JURÍDICOS  
ESPECIALES

CAPÍTULO XII - TEORÍA GENERAL DE LOS ACTOS JURÍDICOS (Continuación)

FORMA

§ 1.- El formalismo en el derecho

## § 2.- Instrumentos privados

### A.- REQUISITOS FORMALES

### B.- FUERZA PROBATORIA

### C.- DOCUMENTOS FIRMADOS EN BLANCO

### D.- CARTAS MISIVAS

## § 3.- Instrumentos públicos

### A.- CONCEPTO E IMPORTANCIA

### B.- ENUMERACIÓN LEGAL

### C.- FUERZA PROBATORIA

## § 4.- Escrituras públicas

### A.- ESCRIBANOS PÚBLICOS

### B.- REQUISITOS DE LAS ESCRITURAS PÚBLICAS

### C.- SANCIONES POR FALTA DE OBSERVANCIA DE LAS FORMALIDADES LEGALES

### D.- COPIAS

### E.- PROTOCOLIZACIÓN

## CAPÍTULO XIII - MODALIDADES DE LOS ACTOS JURÍDICOS

### § 1.- Condición

#### A.- CLASIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES

#### B.- CONDICIONES IMPOSIBLES, ILÍCITAS O CONTRARIAS A LAS BUENAS COSTUMBRES

#### C.- CUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN

#### D.- EFECTOS

##### 1.- Efectos de la condición suspensiva

##### 2.- Efectos de la condición resolutoria

### § 2.- Plazo

#### A.- CONCEPTO Y CARACTERES

#### B.- CLASIFICACIÓN

#### C.- EFECTOS

#### D.- CADUCIDAD

### § 3.- Cargo

## CAPÍTULO XIV - VICIOS DE LOS ACTOS JURÍDICOS

## I. ERROR

### § 1.- Error de hecho

#### A.- TEORÍA DEL ERROR EN EL CÓDIGO CIVIL

#### B.- CRÍTICA DE LA TEORÍA DEL ERROR

#### C.- ERROR DE EXPRESIÓN O DE "PLUMA"

### § 2. Error de derecho

## II. DOLO

## III. VIOLENCIA

## IV. LESIÓN

### § 1.- Antecedentes

### § 2.- El sistema legal

## V. SIMULACIÓN

### § 1. Concepto y caracteres

### § 2.- Acción de simulación

#### A.- NATURALEZA

#### B.- PRUEBA ENTRE LAS PARTES

C.- PRUEBA POR TERCEROS

D.- PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN

E.- ACCIÓN INTENTADA POR UN TERCERO CONTRA LAS PARTES

§ 3.- Efectos de la simulación

A.- ENTRE LAS PARTES

B.- RESPECTO DE TERCEROS

VI. FRAUDE

§ 1.- Acción pauliana: condiciones para su procedencia

§ 2.- Efectos de la acción pauliana

§ 3.- Comparación entre la acción pauliana y la de simulación

CAPÍTULO XV - NULIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS

§ 1.- Conceptos generales

§ 2.- Clasificación de las nulidades

A.- ACTOS NULOS Y ANULABLES

B.- NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA

C.- OTRAS CLASIFICACIONES

## D.- ACTOS INEXISTENTES

### § 3.- Efectos de la nulidad

#### A.- EFECTOS ENTRE LAS PARTES

#### B.- EFECTOS RESPECTO DE TERCEROS

#### C.- EFECTOS ESPECIALES DE CIERTOS ACTOS NULOS O ANULABLES

#### D.- MODO DE HACER VALER LA NULIDAD

#### E.- PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD

### § 4.- Confirmación de los actos jurídicos

1118/10000

## TERCERA PARTE - EL OBJETO

1118/10010

## CAPÍTULO X - EL PATRIMONIO (ver nota 1)

1118/10020

### § 1.— Nociones y caracteres

1118/732

732. DEFINICIÓN.— Dentro del conjunto vasto y heterogéneo de derechos de que las personas son titulares (derechos personalísimos, políticos, de familia, reales, creditorios, intelectuales, etc.) hay algunos que sirven para la satisfacción de sus necesidades económicas y que por ello pueden apreciarse en dinero; el conjunto de estos derechos constituye su patrimonio.

Quedan, por consiguiente, fuera de él los inherentes a la personalidad (tales como el derecho al honor, a la vida, a la libertad) y los de familia (como los que nacen entre cónyuges, la patria potestad, tutela, curatela, etc.), aunque a veces tienen repercusión económica. Así, por ejemplo, una lesión corporal producida por un hecho ilícito hace nacer el derecho a la indemnización de los daños; la patria potestad lleva implícito el usufructo de los bienes de los hijos. Pero ni el derecho a la integridad física, afectado en el primer caso, ni la patria postestad, implicada en el segundo, tienen por objeto satisfacer necesidades de carácter económico, ni son valorables en dinero. Es verdad que, en caso de una lesión a la vida, a la libertad, al honor, el daño causado se repara con el pago de una suma de dinero; pero ello no significa que aquellos derechos sean apreciables en numerario, sino que el hombre, en la insuficiencia de sus posibilidades, no posee otra forma de compensar el daño sufrido; pero el dinero será siempre un medio grosero e imperfecto de reparación. Si, en cambio, se tratara de una lesión a un derecho patrimonial, la reparación será plena y perfecta.

Tampoco forman parte del patrimonio algunos hechos económicamente valiosos, como son la fuerza o capacidad de trabajo de una persona, la clientela, etcétera (ver nota 2).

1118/733

733.— Según una opinión muy divulgada, el patrimonio no sólo estaría formado por derechos, sino también por las deudas (ver nota 3). Por nuestra parte, consideramos inadmisibles este punto de vista. El patrimonio concebido como un conjunto de derechos y deudas es una noción oscura, falsa y, desde luego, inútil. Supone contrariar el sentido idiomático y vulgar de aquella palabra, que, según el Diccionario de la Real Academia, significa el conjunto de bienes, la hacienda de una persona. Es verdad que el significado gramatical de una palabra puede diferir del jurídico; pero ello es una contingencia indeseable, que conviene evitar para impedir equívocos y en la cual no debe caerse si, como en nuestro caso, no hay razón alguna que lo justifique. Lo claro, lo que todo el mundo entiende, es lo siguiente: el patrimonio es el conjunto de bienes de una persona; las deudas no forman parte de él: simplemente lo gravan (ver nota 4).

Si la concepción que combatimos fuera exacta, no tendría sentido afirmar que el patrimonio es la garantía o prenda común de los acreedores. ¿Acaso se quiere significar con esto que

también las deudas integran la garantía del pago de ellas mismas? Así planteadas las cosas, el absurdo queda al descubierto; pues es de toda evidencia que la única garantía de los acreedores son los bienes del deudor, y a ellos se alude cuando se habla del patrimonio como prenda común.

Esta extraña idea de incluir las deudas en el concepto del patrimonio, nace de la preocupación por explicar su transmisión por causa de muerte; pero es incomprensible que se piense que esta transmisión sólo puede explicarse de esta manera. Simplemente, hay un motivo de equidad y, más aún, de seguridad del comercio y de las transacciones, que justifica que quienes reciben los bienes de una persona deban pagar sus deudas. Es ésta por lo demás la consecuencia del principio de que los bienes constituyen la garantía o prenda común de los acreedores. Lo cual explica también por qué la venta de un fondo de comercio implica la transferencia del pasivo.

1118/734

734.— La tesis que sostenemos, impuesta por el buen sentido, tiene en nuestro derecho positivo un sólido fundamento en el artículo 2312 Ver Texto , Código Civil, que contiene esta definición: El conjunto de los bienes de una persona constituye su patrimonio. Las deudas no figuran, por tanto, en él. Sin embargo, más adelante, al tratar de las sucesiones, VÉLEZ se enroló en la doctrina de AUBRY y RAU (véase núm. 736), quienes concebían el patrimonio como una universalidad de derecho, formada por bienes y deudas.

1118/735

735.— Cabe, finalmente, formular una observación. En rigor, el patrimonio no está formado por las cosas económicamente valiosas, sino por los derechos que se tienen sobre ellas. Si se posee un inmueble, no debe considerarse a éste como integrante del patrimonio, sino al derecho de propiedad que se tiene sobre él; pues siendo el patrimonio un concepto jurídico, no podrá estar integrado por cosas materiales. En el lenguaje común, sin embargo, como la propiedad supone un señorío pleno sobre la cosa, ambas ideas suelen confundirse y se dice que tal cosa forma parte del patrimonio. Esta confusión idiomática no resulta peligrosa, hecha la aclaración que antecede (ver nota 5). Y en nuestra terminología jurídica es perfectamente correcto decir que el patrimonio está formado por bienes, pues esta palabra indica los objetos inmateriales susceptibles de valor (art. 2311 Ver Texto , Cód. Civ.), es decir, los derechos.

1118/736

736. LA CONCEPCIÓN CLÁSICA.— Según la doctrina clásica, el patrimonio es una universalidad de derecho y se concibe como un atributo de la personalidad, como una emanación de ella. De esta idea se desprenden las siguientes consecuencias:

a) Toda persona tiene necesariamente un patrimonio, aunque no posea actualmente ningún bien.

b) Nadie puede tener más que un solo patrimonio; éste es, por lo tanto, único e indivisible.

c) El patrimonio es siempre idéntico a sí mismo: es una unidad distinta y separada de cada uno de los elementos que la componen. No importa que salgan algunos bienes e ingresen otros; inclusive, es indiferente que haya o no bienes o que las deudas superen al activo: el patrimonio es siempre el mismo, tal como ocurriría con una bolsa, que puede estar llena o vacía, pero siempre es la misma bolsa.

d) El patrimonio es inalienable; podrán enajenarse los bienes que lo integran, pero nunca la totalidad del patrimonio, ni siquiera una parte alícuota de él.

Nuestro codificador, que había adoptado en el artículo 2312 Ver Texto una definición realista del patrimonio, al tratar de las sucesiones adhiere decididamente a esta concepción. Refiriéndose al patrimonio dejado por el causante, el artículo 3281 Ver Texto dice que la sucesión tiene por objeto un todo ideal, sin consideración de su contenido especial. Este punto de partida, tan notoriamente falso (pues es obvio que la herencia no es una abstracción sin contenido, sino un conjunto concreto de bienes) lo llevará a las mayores confusiones de concepto. Remitimos para el estudio del punto a la parte de Tratado de Derecho Civil, Sucesiones (ver nota 6).

1118/737

737. CRÍTICA: LAS DOCTRINAS MODERNAS (ver nota 7).— La concepción clásica, inspirada en ZACHARIAE (ver nota 8) y desarrollada por AUBRY y RAU (ver nota 9), no ha podido resistir los embates de la crítica moderna.

Es falso concebir al patrimonio como un atributo de la personalidad y sostener que toda persona debe necesariamente poseer uno; esta afirmación, dice COVIELLO, es ridícula (ver nota 10), pues la vida demuestra que existen numerosísimas personas que carecen de todo patrimonio. Algunos ni siquiera son propietarios de la ropa que llevan puesta, como ocurre con ciertos menores, sacerdotes regulares, reclusos, etcétera, que tienen la que sus padres, o la congregación, o el Estado les facilitan. No se puede negar, sin embargo, que la

relación entre persona y patrimonio es a veces muy estrecha, como ocurre si los bienes están al servicio de los fines personales y propios del dueño, que es el caso normal del patrimonio general; otras veces, en cambio, los bienes tendrán un destino especializado, no siempre coincidente con el titular. De ahí que la noción del destino o fin al cual están afectados cobre una importancia capital en nuestro concepto.

Es asimismo falso e inútil concebir al patrimonio como una universalidad de derecho, es decir, como una unidad abstracta con existencia propia e independiente de cada uno de los objetos que lo componen. Un patrimonio sin contenido, concebido a través de la unidad del sujeto, es una idea sin sentido ni realidad. Si no hay activo, si no hay derechos, no hay patrimonio (ver nota 11). Este debe concebirse, pues, como un complejo concreto de derechos; tan es así, que no podrá citarse un solo caso en que el patrimonio, considerado como individualidad distinta de sus elementos, sea motivo de alguna relación jurídica (ver nota 12) es, por lo tanto, nulo el interés de aquella concepción abstracta.

Tampoco es exacto que el patrimonio sea inalienable, puesto que la enajenación de bienes supone la de una parte de aquél. Inclusive es posible la alienación total, como ocurre, por vía de ejemplo, en el caso de una persona que profesa y hace donación de todos sus bienes a la orden religiosa en la cual ingresa.

Ni siquiera es totalmente verdadero que el patrimonio sea único e indivisible, pues hay casos en que una persona es titular de más de un patrimonio. Pero este principio es, en general, aceptable, según hemos de verlo en el número siguiente.

En definitiva, la noción subjetiva del patrimonio ha sido reemplazada por otra de sentido objetivo y realista.

1118/738

**738. UNIDAD DEL PATRIMONIO Y PATRIMONIOS SEPARADOS.**— Aún hoy puede afirmarse que el patrimonio es, en principio, único e indivisible. Pero la unidad no surge ya del hecho de ser una universitas juris, idea falsa, sino de esta circunstancia que da cohesión al complejo de bienes: que el titular es una sola persona.

Pero esta regla no es absoluta; hay numerosos casos en que la misma persona posee dos o más patrimonios independientes entre sí. Los más importantes son los siguientes: 1) Cuando se acepta una herencia con beneficio de inventario, el heredero es titular a la vez de su propio patrimonio y del que recibe en herencia. 2) El heredero del ausente con presunción de fallecimiento es titular del patrimonio propio y del que heredó del ausente, que se mantienen paralelamente sin confundirse. 3) El deudor desapoderado de sus bienes

por el concurso o quiebra es titular de los bienes cuyo manejo conserva y de los que que pasan a la masa. 4) Los bienes propios y los gananciales de los cónyuges, constituyen masas patrimoniales separadas. 5) Si el hijo adoptado simplemente ha dejado bienes al fallecer, debe distinguirse a los efectos de su sucesión entre los que haya recibido de su familia de sangre, de su familia adoptiva y el resto de su patrimonio. 6) Cuando se forma un fondo de comercio, hay separación con el resto del patrimonio del dueño. En el derecho moderno parece en vías de imponerse la llamada empresa individual de responsabilidad limitada, que permitiría a las personas afectar parte de su patrimonio, a una industria o comercio, separándolo de los demás bienes (ver nota 13).

1118/739

739.— La constitución de patrimonios separados del principal, debe surgir siempre de la ley (ver nota 14), pues la sola voluntad de las partes es impotente para hacerlo, si aquélla no lo autoriza. Nadie podría resolver que su responsabilidad frente a los acreedores quedará limitada a ciertos bienes; aunque en la práctica ese resultado se consigue por la constitución de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada.

1118/740

740.— La existencia de patrimonios separados presenta el siguiente problema: ¿a cuál de ellos deben ingresar los nuevos bienes adquiridos por el titular? El principio general es que ingresan al patrimonio especial los derechos que la ley le asigna; todos los demás acrecen el patrimonio general (ver nota 15). En defecto de otra regulación legal debe decidirse lo siguiente:

1) Los bienes adquiridos con el producto de otros pertenecientes al patrimonio separado, ingresan a éste, por efecto de la llamada subrogación real. 2) También ingresan a él los frutos y productos no consumidos de los bienes que lo integran. Todos los demás bienes ingresan al patrimonio general (ver nota 16).

1118/741

741. EL PATRIMONIO COMO GARANTÍA DE LOS ACREEDORES.— El patrimonio es la garantía del pago de las deudas, puesto que los acreedores tienen derecho a ejecutar los bienes del deudor y a cobrarse de ellos. Se dice comúnmente que es la prenda común de los acreedores. La palabra prenda no está tomada, desde luego, en el sentido del derecho real, que exige una cosa concreta sobre la cual recaer, mientras que el patrimonio es cambiante. Lo que ocurre es que los bienes del deudor, cualquiera sea la fecha de su

adquisición, responden por todas las deudas; pero el deudor mantiene la plena libertad para disponer de ellos, en tanto no se inicie el proceso de ejecución y se trabé embargo.

Es necesario, empero, hacer dos salvedades: en primer lugar, no todos los acreedores están en un pie de igualdad para el cobro de sus créditos; en segundo término, no todos los bienes son ejecutables. Nos ocuparemos de estos temas en los párrafos siguientes.

1118/742

742. DISTINTAS CLASES DE ACREEDORES.— Puede ocurrir que los bienes del deudor no alcancen a cubrir sus obligaciones. En tal caso, no sería justo que todos los acreedores, cualquiera sea el origen o naturaleza del crédito y las necesidades que está destinado a llenar, se satisfagan en un pie de igualdad. Ha sido preciso establecer un orden de preferencias, que contemple aquel problema. De ahí que existan distintas clases de acreedores: privilegiados y comunes o quirografarios. Entre los privilegiados hay que distinguir aquellos cuya preferencia surge exclusivamente de la ley y aquellos cuya prelación se origina en un derecho real de garantía.

1118/743

743.— a) A veces es la ley por sí sola y sin ninguna intervención de la voluntad de las partes, la que fija el orden de las preferencias. Las partes no pueden alterar ese orden ni crear privilegios no establecidos en la ley (art. 3876 Ver Texto ). Se explica que así sea porque de lo contrario bastaría un acuerdo de partes para perjudicar a los otros acreedores, lo que no es admisible.

Estos privilegios se clasifican en generales (que son los que recaen sobre la generalidad de los bienes del deudor) y especiales (que son los que recaen sólo sobre una cosa o bien determinado).

Tratamos esta compleja cuestión de los privilegios en el Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, t. 1. números 256 y siguientes.

1118/744

744.— b) Los acreedores que tienen un derecho real de garantía gozan también de una preferencia en el pago de sus créditos. Aquí interviene la voluntad de las partes para crear el privilegio, pues son ellas las que constituyen el derecho real. Pero esa voluntad no basta

por sí sola para crear arbitrariamente una preferencia; sólo tiene efectos si las partes se apoyan en alguno de los derechos reales que, conforme con la ley, permiten crear un orden de preferencias. En el Código Civil, esos derechos reales son la hipoteca, la prenda y la anticresis. En el derecho comercial están la prenda con registro, las hipotecas naval y aeronáutica, los warrants y los debentures.

Remitimos sobre estos temas al Tratado de Derecho Civil, Derechos Reales.

1118/745

745.— c) Finalmente, los acreedores comunes o quirografarios son los que carecen de toda preferencia; deben cobrar después de los privilegiados y de los que tienen a su favor un derecho real de garantía y lo hacen a prorrata de sus respectivos créditos, si los bienes del deudor no alcanzan a satisfacerlos en su totalidad.

1118/746

746. BIENES EXCLUIDOS DE LA GARANTÍA COMÚN (ver nota 17).— No todos los bienes están sujetos a la ejecución por los acreedores. Es importante destacar la evolución experimentada por el derecho en este punto, evolución inspirada en un sentimiento de caridad cristiana. De la prisión por deudas se ha pasado al reconocimiento de que algunos bienes son inembargables, siendo visible la tendencia a aumentarlos en número y proporción. El motivo que inspira estas excepciones es siempre el mismo: que no debe privarse a los hombres de lo que es indispensable para cubrir sus necesidades más imprescindibles. Pero lo que se ha modificado últimamente es el concepto de cuáles son esas necesidades más imperiosas, que hoy se juzgan con espíritu amplio y generoso, incluyendo lo que es menester para una vida decorosa y para poder trabajar.

Es necesario cuidar, sin embargo, que en este camino no se avance más allá de los justos límites, porque ello sería favorecer la mala fe, el incumplimiento de la palabra empeñada y burlar las legítimas esperanzas de los acreedores.

1118/747

747.— En nuestro derecho positivo, se han declarado inembargables los siguientes bienes:

a) La pensión de alimentos (art. 374 Ver Texto , Cód. Civ.).

b) El usufructo de que los padres gozan sobre los bienes de sus hijos, en la proporción necesaria para cumplir con las cargas enumeradas en el artículo 291 Ver Texto (gastos de subsistencia, educación, enfermedades, intereses de capitales vencidos durante el usufructo, etc.) (art. 292 Ver Texto , Cód. Civ.).

c) El lecho cotidiano del deudor, su familia y sus hijos, las ropas y muebles de su indispensable uso, los instrumentos necesarios para la profesión, arte u oficio que ejerza (ley 12296 modificatoria de los arts. 3878 Ver Texto y 3883 Ver Texto ; Cód. Proc., art. 820 ). Aplicando estas normas, la jurisprudencia ha decidido que no es embargable el juego de comedor (ver nota 18), ni el sofá y dos sillones que amueblan el living de una casa de familia de la clase media (ver nota 19), ni los muebles de escritorio o libros de jurisprudencia de un abogado (ver nota 20), los aparatos de consultorio de un médico o dentista (ver nota 21), la máquina de escribir (ver nota 22), la heladera eléctrica (ver nota 23), la radio (ver nota 24), la máquina de coser (ver nota 25), el camión de un transportador (ver nota 26); en cambio son embargables los muebles de sala (ver nota 27), el automóvil de un martillero (ver nota 28), el piano sí se lo usa simplemente como recreo u ornato, pero no cuando se dan lecciones (ver nota 29), un combinado de lujo (ver nota 30). Los televisores (ver nota 31) y las máquinas de lavar (ver nota 32) han originado una jurisprudencia vacilante.

d) Los sueldos y salarios sólo son embargables hasta el 20% (ley 14443 ). Esta inembargabilidad no rige para créditos provenientes de alimentos y litis expensas (art. 1º , ley 14443). La ley es aplicable también a las horas extraordinarias (ver nota 33), pero no a los honorarios profesionales (ver nota 34), ni a los derechos de autor, aunque si son única entrada cabe fijar un porcentaje (ver nota 35).

e) Los sueldos de los empleados públicos nacionales, provinciales y municipales por obligaciones emergentes de préstamos en dinero o de compra de mercadería, salvo determinadas proporciones y condiciones fijadas en el decreto 6574 de 1943.

f) Las jubilaciones y pensiones; salvo que el embargo tenga origen en cuotas de alimentos o litis expensas; así lo han dispuesto las leyes de jubilaciones para trabajadores en relación de dependencia (ley 18037, art. 44 Ver Texto , inc. c) y para trabajadores autónomos (ley 18038, art. 32 Ver Texto , inc. c); disposiciones similares tienen las leyes de jubilaciones de la Policía Federal (decreto 33.265/44, art. 127), los retiros y pensiones militares (decreto 13641/48, art. 32), las pensiones de amparo (decreto 10196/43, art. 18), las pensiones a la vejez (decreto 3627/66) (ver nota 36).

g) El sueldo anual complementario para empleados públicos (ley 12915, art. 5º ).

h) La indemnización proveniente de accidentes del trabajo (ley 9688, art. 13 ); la que corresponde por despido y falta de proceso (ley 11729, art. 157 ).

i) El subsidio por maternidad (ley 11933 ).

j) El lote del hogar (ley 10284, art. 2º ).

k) Los muebles y útiles domésticos del agricultor, un arado, una rastra, una máquina sembradora, una cortadora, un sulky con los arneses correspondientes, un carro chata con los arneses para siete caballos, quince caballos o tres yuntas de bueyes y los arneses indispensables para atarlos al arado, dos vacas y sus crías, tres cerdos, los animales menores y aves para el consumo de la familia durante un año y la semilla de la cosecha anual próxima en una cantidad que no exceda de lo necesario para el cultivo de la chacra que arriende y hasta un máximo de ochenta hectáreas (ley 11170 ); tratándose de tambos son también inembargables un toro de procreo, diez vacas lecheras con sus crías, una jardinera o automóvil de transporte, una máquina desnatadora y utensilios de envase (ley 11627, art. 11 ) (ver nota 37).

l) Los créditos obtenidos en virtud de los préstamos que autoriza la ley 12643 para los empleados de empresas particulares.

ll) Los inmuebles sobre los cuales el Banco Hipotecario Nacional haya otorgado un préstamo a favor de empleados públicos, mientras aquél no quede reducido a la categoría de ordinario (decreto 14961/46, art. 18, ratif. por ley 12962 ).

m) El bien de familia creado por la ley 14394 , con la excepción de las obligaciones provenientes de impuestos o tasas que graven directamente el bien, o de créditos por construcción o mejoras introducidas en la finca.

n) Los sepulcros, salvo que se reclame el precio de compra o el de construcción (art. 850 , inc. 2º, Cód. Proc.).

ñ) El depósito constituido por el procurador como garantía para el ejercicio de su profesión, salvo que deba responder a las deudas que motivan su constitución (ley 10996, art. 7º Ver Texto ); en la misma situación se encuentra el efectuado por los escribanos públicos (ley 12990, art. 15 Ver Texto ).

o) Son asimismo inembargables los bienes del dominio público del Estado y los del dominio privado que estén afectados a un servicio público (véase núms. 803 y 807); en cambio las rentas de las provincias o municipalidades son embargables, en tanto no se prive a la entidad deudora de las que son necesarias para la subsistencia y normal desarrollo de la administración y para la correcta atención de los servicios públicos (ver nota 38).

p) El retrato del deudor, de sus padres, descendientes o cónyuges, aunque sea obra de un pintor famoso (véase núm. 316 bis).

q) Las aeronaves pertenecientes al Estado (ley 17285, art. 71 ).

r) Los bienes muebles destinados al funcionamiento de asociaciones profesionales (ley 14455, art. 31 ).

rr) Los fondos de las sociedades de ahorro y préstamo para viviendas provenientes de préstamos otorgados con fondos destinados a ese fin (ley 16571, arts. 1º y 2º).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: FORNIELES, S., El concepto de patrimonio, Rev. de Derecho Civil, t. 2, ps. 23 y s.; LEONFANTI, M., El patrimonio, en Libro de homenaje a Zenón Martínez, Santa Fe; LLAMBÍAS, t. 2, n° 1263; SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 1304, y s.; SPOTA, Tratado, t. 1, vol. 3.5, n° 1757 y s.; CASTÁN TOBEÑAS, J., Derecho civil español, 7º ed., ps. 571 y s.; PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, ed. La Habana, t. 3, n° 15, y s.; BAUDRY LACANTINERIE y CHAUVEAU, Deus biens, 3ª ed.; AUBRY y RAU, 4ª ed., t. 6, ps. 229 y s.; PLASTARA, G., La notion juridique du patrimoine, París, 1903; JALLU OLIVIER, L'idée de continuation de la personne, París, 1902; MEROVACH, M.N., Le patrimoine, Revue Trimestrielle, 1936, ps. 811 y s.; FERRARA, Trattato di diritto civile, t. 1, ps. 728 y s.; COVIELLO, Doctrina general del Derecho Civil, ed. México, ps. 267 y s.; VITUCCI, E., Patrimonio, en Nuevo Digesto Italiano, t. 9, ps. 557 y s.; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, Parte General, t. 1, vol. 1, ps. 547 y s.; VON TUHR, Derecho Civil, ed. Depalma, vol. 1.1, ps. 389 y s.

(nota 2) VON TUHR, ed. Depalma, vol. 1.1, p. 392; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 1, p. 608; FERRARA, Trattato di diritto civile, vol. 1, p. 867, n° 183; CASTÁN TOBEÑAS, Derecho civil español, 7ª ed., p. 625.

(nota 3) Esta es la opinión generalizada en nuestra doctrina, que se ha inspirado en la francesa: SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 1305; ECHEVERRY BONEO, Parte General, t. 2, n° 78 y 80; SPOTA, t. 1, vol. 3.5, n° 1757 y nota 4; BUSSO y MORIXE, Parte General, t. 2, p. 28; para la doctrina francesa, véase PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 4ª ed., t. 1,

nº 2514; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, 11ª ed., t. 1, nº 128. También es la opinión predominante en el derecho español: CASTÁN TOBEÑAS, Derecho civil español, 7ª ed., t. 1, p. 625. Véase, asimismo, la opinión ecléctica de FERRARA, Tratado, vol. 1, p. 868, y de COVIELLO, Doctrina general del Derecho Civil, ed. México, p. 277, nº 74.

(nota 4) De acuerdo: ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 1, p. 609; VON TUHR, Parte General, ed. Depalma, vol. 1.1, p. 385; y la mayor parte de la doctrina alemana (véase ENNECCERUS, loc. cit., nota 10).

(nota 5) De acuerdo: VON TUHR, Parte General, ed. Depalma, vol. 1.1, p. 391.

(nota 6) Es particularmente recomendable la agudísima crítica de FORNIELES, Sucesiones, t. 1, nº 6 y s.

(nota 7) Véanse, sobre todo, las obras de FORNIELES, PLASTARA, JALLU OLIVIER, MEROVACH, FERRARA y COVIELLO, citadas en nota 1130.

(nota 8) ZACHARIAE, Manuel de droit civil française, § 574, cit. por AUBRY y RAU, 4ª ed., t. 6, p. 232.

(nota 9) AUBRY y RAU, 4ª ed., t. 6, ps. 229 y s., § 573.

(nota 10) COVIELLO, Doctrina general del Derecho Civil, ed. México, p. 273.

(nota 11) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, anotaciones al Tratado de ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 1, p. 643. Véanse, también las críticas de FORNIELES, Rev. Der. Civil, ps. 26 y s., y de PLASTARA, La notion juridique du patrimoine, ps. 42 y s.; de CICU, La divisione creditaria, Milano, 1948, y de CASTRO y BRAVO, Derecho civil de España, 2ª ed., t. 1, p. 583, a la idea de la universitas juris.

(nota 12) FORNIELES, El concepto de patrimonio, Rev. de Derecho Civil, t. 2, p. 27.

(nota 13) En nuestro país el Senado votó en 1949 un proyecto de ley que creaba la empresa individual de responsabilidad limitada, que cuenta con el voto favorable del Primer Congreso Argentino de Derecho Comercial, reunido en Buenos Aires en el año 1940, y de la Tercera Conferencia Nacional de Abogados, reunida en Santa Fe en el mismo

año. Véanse sobre el tema los artículos de STRATTA, L.L., t. 53, ps. 938 y s.; de RIVAROLA, M., Rev. Col. Abog., Buenos Aires, jul-ag. 1937, ps. 293 y s.; AZTIRIA, L.L., t. 53, ps. 835 y s.; MICHELSON, L.L., t. 55, ps. 826 y s.; ORIONE, L.L., t. 71, p. 878. También ha recibido el voto favorable del Segundo Congreso Nacional de Derecho Comercial, reunido en esta Capital (1953). La institución ha tenido acogida legal en el Principado de Liechtenstein.

(nota 14) FERRARA, Tratado, vol. 1, p. 876; BEKKER, cit. por FERRARA, nota 2.

(nota 15) VON TUHR, Derecho Civil, ed. Depalma, vol. 1.1, p. 410.

(nota 16) LLAMBÍAS, t. 2, n° 1291; VON TUHR, op. y loc. cit. en nota anterior; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 1, ps. 616 y s.

(nota 17) Véase completa reseña jurisprudencial: SILVA, Bienes inembargables, J.A., Reseñas, 1972, p. 186.

(nota 18) C. Civil Cap., Sala A, 31/10/1958, causa 49.518 (inérita); 1ª Inst. Paz Let. Cap., 23/6/1946, L.L. t. 3, p. 26.

(nota 19) C 1ª Apel. La Plata, 3/11/1950, J.A., 1951-II, p. 296.

(nota 20) C. Com. Cap., 13/12/1948, L.L., t. 53, p. 300; C. Paz Letrada Capital, 2/4/1944, G.F., t. 56, p. 233.

(nota 21) C. Com. Cap., 23/11/1941, L.L., t. 25, 121; C. Civil Cap., Sala A, 6/5/1952, J.A., 1952-IV, p. 383; C. 1ª Apel. La Plata, 5/4/1940, L.L., t. 32, p. 535.

(nota 22) C. Paz Let. Córdoba, Rep. L.L., t. 8, p. 439, n° 5.

(nota 23) C. Civil Cap., Sala A, 31/10/1958, causa 49.518 (inérita).

(nota 24) C. Civil Cap., Sala A, 31/10/1958, causa 49.518 (inérita).

(nota 25) C. Civil Cap., Sala A, 31/10/1958, causa 49.518 (inérita).

(nota 26) C. Apel. Bahía Blanca, Rep. L.L., t. 4, p. 490, n° 19.

(nota 27) C. Civil 1ª Cap., 22/3/1938, L.L., t. 10, p. 169.

(nota 28) C. Civil 2ª Cap., 24/3/1944, L.L., t. 34, p. 63.

(nota 29) C. Civil 1ª Cap., 13/5/1942, J.A., 1942-II, p. 834; C. 1ª Apel. La Plata, 31/3/1942, L.L., t. 26, p. 483.

(nota 30) C. Com. Cap., 17/9/1958, J.A., 1959-IV, p. 659; C. Com. Cap. Sala E, 16/9/1982, L.L., 1983-A, p. 476 Ver Texto .

(nota 31) Algunos fallos se inclinan por considerarlo embargable: C. Com. Cap., Sala A, 13/7/1962, J.A., 1963-II, p. 440; Sala B, 19/9/1962, J.A., 1963-I, p. 250; Sala C, 21/12/1961; J.A., 1962-VI, p. 115; C. Com. Cap., Sala E, 16/9/1982, L.L. 1983-A, p. 476; Sala D, 31/8/1984, E.D., t. 113, p. 229. Pero tiende a predominar el criterio de la inembargabilidad: C. Civil Cap., Sala B, 15/5/1974, E.D., t. 56, p. 317, en nota: Sala C, 16/5/1974, E.D., t. 56, p. 316; C. Civil Cap., Sala B, 14/6/1973, J.A., t. 19-1973, p. 212; C. Esp. Civil y Com. Cap., 27/3/1974, E.D., t. 56, p. 316, en nota: C. Fed. La Plata, 14/12/1972, E.D., t. 47, p. 611; aunque la C.C.C. de Lomas de Zamora, reunida en Tribunal Plenario ha resuelto que el televisor color es embargable: 3/5/1984, E.D., t. 108, p. 619.

(nota 32) En el sentido de que son embargables: C. Civil Cap., Sala A, 6/5/1952, J.A. 1952-IV, p. 383; C. Com. Cap. 17/9/1958, J.A., 1959-IV, p. 659. En el sentido de que no lo son: C. Com. Cap., Sala A, 23/4/1962, J.A., 1962-VI, p. 139; íd., 16/11/1967 (inérita); Sala B, 18/12/1968 (inérita); Sala C, 31/3/1967 (inérita).

(nota 33) C. Civil 2ª Cap., 24/11/1944, L.L., t. 37, p. 127.

(nota 34) C. Civil 1ª Cap., 15/8/1943, J.A., 1943-III, p. 592; C. Civil 2ª Cap., 24/4/1947, G.F., t. 189, p. 39.

(nota 35) C. Civil 2ª Cap., 28/9/1944, L.L., t. 36, p. 349.

(nota 36) La inembargabilidad es total, de acuerdo acerca de pensiones bancarias: C.S.N., 22/10/1937, L.L., t. 8, p. 357, fallo que, por análogas razones, puede aplicarse a la interpretación de las demás leyes. Acerca del caso de militares se ha decidido que la inembargabilidad no los ampara en su situación de retiro, pero sí a sus deudos: C.S.N., 30/4/1948, L.L., t. 50, p. 1031 Ver Texto Ver Texto .

(nota 37) Un tribunal suizo declaró la inembargabilidad de todas las gallinas de una pequeña explotación agrícola (D.J.A., 15/12/1953).

(nota 38) C.S.N., 31/5/1944, Rep. L.L., t. 6, p. 488, nº 6; íd., 21/6/1939, L.L., t. 15, p. 93.

1118/10030

## § 2.— Derechos patrimoniales

1118/748

748. CLASIFICACIÓN.— Hemos dicho ya que derechos patrimoniales son aquellos que sirven para la satisfacción de las necesidades económicas del titular y que son apreciables en dinero (núm. 372). Tradicionalmente se dividen en dos grandes categorías: reales y personales; en el derecho moderno se hace necesario admitir una tercera categoría, distinta de las anteriores, la de los derechos intelectuales. El estudio prolijo de todos ellos corresponde a los cursos de obligaciones y derechos reales; aquí nos limitaremos a dar una noción general que permita conocer la materia de que está compuesto el patrimonio.

1118/749

749. DERECHOS REALES Y PERSONALES.— Para precisar conceptos resulta útil trazar un paralelo que ponga de relieve los puntos de contacto y las diferencias existentes entre las dos categorías más importantes de derechos patrimoniales.

Al hacerlo, nos ceñimos a la concepción clásica de los derechos reales, a nuestro juicio más clara y acertada, sin perjuicio de exponer en seguida otras teorías modernas.

Derecho real es un poder o facultad que se tiene directamente sobre una cosa; el típico es la propiedad, que importa un poder de señorío, de goce y de disposición de la cosa; los restantes derechos reales no son, en el fondo, sino desmembramientos de ella.

Derecho personal, en cambio, es la facultad que se tiene de exigir de otra persona el cumplimiento de una obligación; en otras palabras, es una vinculación jurídica que une a dos personas (o grupos de personas) en virtud de la cual el deudor debe satisfacer al acreedor la prestación debida. Tal es el caso de la obligación de pagar una suma de dinero, de hacer una obra, de prestar un servicio.

1118/750

750.— De esta diferencia conceptual se siguen las siguientes:

a) En los derechos reales no hay sino dos elementos: el titular y la cosa sobre la cual se ejerce el derecho; en los personales, en cambio, hay tres: el sujeto activo o acreedor, el sujeto pasivo o deudor y lo debido o prestación, que puede consistir en una obligación de dar (si, por ejemplo, se debe una suma de dinero), de hacer (v.gr., el contrato de trabajo) o de no hacer (como es la obligación del locador de abstenerse de todo acto que importe perturbar al inquilino en el goce de la cosa locada).

b) Los derechos reales se llaman absolutos en el sentido de que se tienen erga omnes, contra cualquiera que pretenda perturbar al titular en el goce de la cosa; dan origen a acciones reales, cuyo objeto es mantener el derecho y que se ejercen tantas veces como sea necesario para defenderlo. Los personales son relativos, pues se tienen contra personas determinadas, que son el o los deudores; por eso, las acciones personales sólo pueden dirigirse contra ellos y tienden a la extinción del derecho, pues una vez cobrado el crédito cesa la obligación. Por excepción, las acciones derivadas de los derechos reales de garantía (hipoteca, prenda, etc.) tienden, no al mantenimiento, sino a la extinción del derecho, puesto que son accesorios de una obligación de carácter personal. Del mismo modo, hay también ciertas acciones personales que, por vía de excepción, tienden al mantenimiento del derecho; por ejemplo, algunas acciones derivadas del contrato de sociedad, que tienden a hacer respetar los derechos del socio.

c) El titular de un derecho real goza del jus persequendi, o sea la facultad de hacerlo valer contra cualquiera que se halle en posesión de la cosa; aunque el principio no es absoluto y sufre excepciones: una de ellas sería el caso del poseedor de buena fe de cosas muebles, contra quien no puede ejercerse reivindicación (art. 2412 Ver Texto , Cód. Civ.). Los derechos personales, en cambio, no gozan de este privilegio.

d) También es inherente al derecho real el *jus preferendi*, en virtud del cual descarta a todos los derechos creditorios y, además, determina su rango según su antigüedad (como en la hipoteca) o excluye cualquier otro (como el dominio). El derecho personal, al menos en principio, supone una completa igualdad para sus diversos titulares, salvo el caso de privilegios.

e) Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley y, por ello, su número es limitado. El Código Civil enumera el dominio y el condominio, el usufructo, el uso y la habitación, las servidumbres activas, el derecho de hipoteca, la prenda y la anticresis (art. 2503 Ver Texto ). Habría que agregar, todavía, la posesión y los derechos reales del derecho mercantil: la prenda con registro, el warrant, los debentures. La prohibición de que las partes interesadas puedan crear otros derechos reales que aquellos establecidos en la ley (art. 2502 Ver Texto , Cód. Civ.) obedece a la preocupación del poder público por todo lo atinente al régimen de la propiedad, a la cual se vinculan estrechamente ellos, y que podría quedar alterada en sus mismos fundamentos si se admitiese la libertad de convenciones; es éste un problema de capital importancia para el orden económico social. En cambio, los derechos personales son ilimitados en su número; las partes pueden crear tantos como convenga a sus intereses, formando el contrato una regla a la cual deben someterse como a la ley misma (art. 1197 Ver Texto , Cód. Civ.).

f) Por razones análogas a las explicadas en el apartado anterior, la ley reglamenta, por lo general, las formalidades requeridas para la transmisión de los derechos reales, que son más rigurosas para el caso de que se trate de bienes inmuebles (escrituras públicas, inscripción en el registro, tradición); en cambio, los derechos personales generalmente nacen o se transmiten sin ningún requisito formal.

g) Los derechos reales son susceptibles de adquirirse por usucapión; no así los personales, respecto de los cuales no es concebible la posesión, la cual unida al transcurso del tiempo, constituye el fundamento de aquélla.

h) Los derechos reales tienen, en principio, una duración ilimitada, y no se extinguen por el no uso: la prescripción liberatoria no rige respecto de ellos. El derecho de propiedad no se pierde por más que el titular deje de ejercerlo por un número indefinido de años, a menos que otra persona adquiera el dominio por prescripción adquisitiva. Pero esta regla no es absoluta; los derechos reales de garantía se extinguen cuando prescribe la obligación personal de que son accesorios; y aunque la obligación principal no se prescriba, la hipoteca caduca a los veinte años si no se renova (art. 3151 Ver Texto ); el usufructo (art. 2924 Ver Texto ), el uso y la habitación (art. 2969 Ver Texto ) y las servidumbres activas (art. 3059 Ver Texto ) se extinguen por el no uso. En cambio, la prescripción liberatoria se opera respecto de todos los derechos creditorios no ejercidos durante los plazos fijados por la ley.

i) Es también característica general de los derechos reales la facultad de librarse de las cargas que pesan sobre ellos mediante el abandono, aunque esta regla no rige respecto de los derechos reales de garantía que son accesorias de un crédito; en este caso, el abandono no desobliga, porque si vendida la cosa no quedara cubierta la totalidad de la obligación, el saldo es exigible al deudor.

1118/751

751. TEORÍA DE LA OBLIGACIÓN PASIVAMENTE UNIVERSAL.— La concepción clásica de los derechos reales ha sido impugnada principalmente por PLANIOL (ver nota 1). Sostiene el ilustre jurista francés que la idea de que los derechos reales establecen una relación directa entre una persona y una cosa es falsa, porque una relación de orden jurídico no puede existir sino entre personas; esto es, afirma, una verdadera axiomática y elemental para la ciencia del derecho. Y si se profundiza el análisis de los derechos reales, se verá que también en ellos hay sujeto activo y sujeto pasivo, entre los cuales, como en los derechos personales, se establece la relación jurídica. En nuestro caso, los obligados serán todos los integrantes de la sociedad, que tienen el deber de respetar el derecho real, de abstenerse de todo hecho que lo perturbe; es, pues, una obligación de no hacer que pesa sobre el resto de la colectividad y que por ello puede llamarse pasivamente universal. De ahí se desprende que la diferencia entre derechos reales y personales no es esencial, sino que se traduce solamente en lo siguiente: mientras en estos últimos el sujeto pasivo es determinado, en los primeros es indeterminado y de número ilimitado.

1118/752

752.— Esta teoría nos parece más brillante que sólida. En primer término, no vemos por qué razón el derecho objetivo no puede amparar una relación directamente establecida entre una persona y una cosa. En verdad, creemos que existe aquí un equívoco respecto de la palabra relación. Es obvio y axiomático, como dice PLANIOL, que el Derecho rige relaciones entre las personas, puesto que su campo de acción es precisamente la coexistencia humana. Pero ello no se opone de modo alguno a que proteja ciertos bienes del hombre, teniendo en mira precisamente una posible agresión por parte de los demás individuos. Y así como hay un derecho al honor, a la vida, etcétera, hay también un derecho sobre los bienes que sirven para satisfacción de nuestras necesidades económicas. ¿Qué impropiedad hay en decir, en este caso, que existe una relación directa entre el titular y la cosa? Y es que, en efecto, hay una vinculación directa entre ambos, puesto que ninguna otra persona se interpone ni puede legalmente interponerse en el uso y goce de la cosa (ver nota 2). Tampoco satisface la idea de la obligación pasivamente universal como característica de los derechos reales, puesto que el deber de respetar los derechos que tienen los miembros de una colectividad existe tanto en el caso de los derechos reales como en el de los personales, y aun en los de carácter extrapatrimonial.

Finalmente, esta concepción supone poner el acento en algo que es completamente secundario en los derechos reales; porque lo esencial y característico de esto no es la obligación pasiva que el resto de la sociedad tiene de respetarlos, sino el poder de goce y disposición que se reconoce al titular sobre la cosa.

No es extraño, por tanto, que esta teoría haya tenido una repercusión prácticamente nula en el derecho moderno.

1118/753

753. LOS DERECHOS REALES COMO INSTITUCIÓN.— También se ha procurado explicar la naturaleza íntima de los derechos reales, aplicando la teoría, desde luego más amplia, de la institución, cuyo enfoque de este problema es agudo.

Por institución debe entenderse todo organismo que tiene fines de vida y medios superiores en poder y duración a aquellos individuos que lo componen (ver nota 3). Por el doble hecho de que interesa a la sociedad y tiene una existencia propia debido a su organización, ella excede al individuo humano (ver nota 4). Tal ocurre con el Estado, con las asociaciones, etcétera. Y el concepto es también aplicable a los derechos reales, en particular la propiedad. Su organización, su régimen jurídico, está por encima del titular del dominio, que se halla sujeto al poder reglamentario que posee el Estado para hacer respetar sus instituciones. Por el contrario, los derechos personales están sometidos al libre arbitrio del titular; nacen, viven y se extinguen de acuerdo con su voluntad. Lejos de ser instrumentos de orden y uniformidad jurídica, son elementos poderosos de diferenciación individual. En los derechos reales priva la idea de la subordinación a la ley emanada del Estado; en los personales, por el contrario, juega el principio de la coordinación de voluntades soberanas e iguales.

1118/754

754. DERECHOS INTELECTUALES.— En el derecho antiguo no se conocían otros derechos patrimoniales que los reales y los personales. La explotación económica de la producción artística estaba suficientemente protegida con ellos: el escultor, el pintor, el artesano eran dueños de su obra y podían venderla. La literatura, en cambio, no ofrecía iguales posibilidades, puesto que la reproducción era manuscrita y, por tanto, el número de ejemplares limitadísimo. El aprovechamiento económico de la obra literaria era imposible y los autores, si no tenían fortuna propia, debían vivir de la generosidad de algún Mecenas.

Fue la invención de la imprenta la que creó el problema, al permitir la reproducción de grandes números. El autor se vio de pronto ante la posibilidad de obtener apreciables

ganancias con la venta de ejemplares. Pero si bien se advirtió desde un comienzo la justicia de reconocerle al autor el derecho de lucrar con el producto de su ingenio, la imprenta creó otro problema no menos importante: hizo fácilmente reproducibles y divulgables todas las ideas políticas, económicas y religiosas, lo que se juzgaba peligroso para el Estado de aquella época. Se imaginó, entonces, un recurso que permitía conciliar el interés pecuniario del autor con el contralor de lo que pretendía imprimirse: la Corona concedía un privilegio para publicar la obra, si ésta no contenía nada que pudiera ser objeto de censura.

El sistema era, desde luego, insatisfactorio, puesto que los derechos del autor quedaban librados al arbitrio del Príncipe; y cuando la Revolución Francesa hizo triunfar el principio de la libertad de imprenta, era ya inevitable reconocer a los autores un verdadero derecho de reproducir sus obras y explotarlas económicamente, sin depender de la concesión graciosa de un privilegio; y para acentuar categóricamente su calidad de derecho natural, no susceptible de ser desconocido, se lo llamó propiedad intelectual, denominación que, pese a su evidente impropiedad, tuvo éxito, precisamente porque importaba una reafirmación del derecho.

Casi al mismo tiempo sobrevino otro problema igualmente desconocido en la antigüedad. El maquinismo y la gran industria dieron lugar a la valoración económica de los inventos técnicos y científicos. La nueva figura jurídica de los derechos intelectuales venía también a proteger a los inventores.

1118/755

755.— ¿Constituyen los derechos intelectuales una propiedad? Así son llamados en la Constitución Nacional (art. 17 Ver Texto ) y en la ley 11723 . Pero esta denominación sólo se explica como fórmula de combate, para justificar una protección tan completa como sea posible y quizá por ello mismo cuenta todavía con algunos defensores, que destacan la circunstancia de que el autor tiene el disfrute de su idea, puede reproducirla, venderla, etcétera, tal como es dado hacerlo al propietario (ver nota 5). Pero la analogía no es muy importante. Cualquier derecho patrimonial puede aprovecharse económicamente, cederse, negociarse. Por lo demás, la asimilación con la propiedad resulta insostenible. Es de la esencia misma de ésta la existencia de una cosa cierta y material sobre la cual recae el derecho; y las ideas no son susceptibles de apropiación. Es verdad que también los derechos intelectuales tienen un objeto: la obra, sea invento, descubrimiento, escrito, cuadro, estatua, página musical. Pero la obra no como materia (tal como lo concebían los romanos) sino en tanto creación de la inteligencia. No hay como en la propiedad un objeto que pueda poseerse y ser aprovechado con la máxima ventaja, precisamente por su adjudicación exclusiva a determinada persona. La obra literaria o artística, la obra intelectual, necesita, por el contrario, el mayor campo de expansión posible para producir sus mejores frutos. Ella supone la divulgación en la comunidad, no la permanencia en la mente de su autor. ¿Podría decirse que el autor es dueño absoluto de su obra, que sólo él puede usarla, gozarla y aprovecharla? (ver nota 6).

Además, la propiedad es perpetua y los derechos intelectuales son esencialmente temporarios. Las ideas, ya lo dijimos, no son susceptibles de apropiación individual; pertenecen a la sociedad, puesto que son fruto de ella. El Quijote no hubiera podido escribirlo un aborigen africano, por más talento natural que tuviere; fue necesario que Cervantes naciera en la cultísima España del Siglo de Oro. La televisión no hubiera podido ser inventada por el más genial físico de la antigua Grecia; se necesitó de todo el inmenso aporte de la física moderna para llegar, luego de múltiples etapas, a la transmisión inalámbrica de la visión. Es justo, sin duda, que el autor o inventor pueda aprovechar de su nuevo aporte al progreso humano; pero también lo es que el fruto de la civilización sea gozado y aprovechado libremente por toda la sociedad, después que el autor haya sido debidamente recompensado.

No hay, finalmente, interés alguno en hacer entrar por la fuerza los derechos intelectuales dentro de los viejos moldes jurídicos que evidentemente no fueron hechos para ellos. Ya ni siquiera como bandera de lucha sirve la expresión de propiedad intelectual, pues las sociedades contemporáneas son más sensibles a la protección del trabajo que a la de la propiedad. Y lo lógico es vincular el derecho intelectual a la forma, quizá más noble, del trabajo humano (ver nota 7).

Es necesario, por tanto, admitir que se trata de una tercera categoría de derechos patrimoniales, de naturaleza sui generis. Puede definirse como un derecho a la explotación económica temporaria de la obra o idea intelectual (ver nota 8).

1118/756

756. DERECHO MORAL DE AUTOR.— La obra artística, técnica, científica, etcétera, origina, además de los derechos intelectuales de naturaleza patrimonial, el llamado derecho moral de autor. Es un derecho personalísimo, nacido de la necesidad de proteger eso tan íntimo y profundo que es el propio pensamiento. El autor tiene derecho a cuidar la integridad de la idea u obra, a perfeccionarla, a oponerse a que se deformen sus conceptos; puede decidir si la obra ha de publicarse o no, y en qué momento. En fin, puede oponerse a su publicación e, inclusive, destruirla. Este último derecho no es sin embargo absoluto. Parece justísimo reconocerlo en ciertos casos, como ocurriría con un literato o filósofo que sufre una evolución espiritual y abomina de sus primeras obras; aun cuando hubiera cedido sus derechos intelectuales sobre éstas a un tercero, conserva siempre el derecho a destruirlas, quedando obligado, desde luego, a indemnizar al cesionario. Pero si se trata de obras expresadas en un solo ejemplar (cuadros, esculturas) el autor únicamente puede destruirlas si es, al propio tiempo, dueño de la cosa.

El derecho moral de autor, de naturaleza extrapatrimonial, se vincula con la personalidad misma del hombre y es, por lo tanto, intransmisible e imprescriptible.

(nota 1) PLANIOL, *Traité Elementaire*, 9ª ed., t. 1, n° 2158 y s.; véase asimismo, PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, ed. La Habana, t. 3, n° 37 y s. En nuestra doctrina LEGÓN ha sostenido el punto de vista de que ambas categorías de derechos reales y personales no difieren en nada esencial: *Derechos reales*, t. 5, ps. 35 y s.

(nota 2) Dice PUIG BRUTAU que en el derecho real el titular puede aprovechar directamente el contenido del interés protegido; es decir, puede proteger su interés con su propia manera de obrar. En cambio, en el derecho personal, el titular sólo puede recabar del obligado una conducta favorable a su interés; por tanto, el derecho de crédito es un derecho relativo, porque la satisfacción del interés protegido depende de actos ajenos (Fundamentos de Derecho Civil, t. 1, vol. II, p. 28). Comp.: LARENZ, *Parte General*, p. 247.

(nota 3) RENARD, C., cit. por MORIN, C., *Vers la révision de la technique juridique*, en *Archives de philosophie du Droit*, año 1931, n° 1 y 2, ps. 77 y s.

(nota 4) HAURIOU, *Principes de droit public*, p. 129.

(nota 5) Véase sobre todo, JOSSERAND, *Derecho Civil*, ed. Buenos Aires, t. 1, vol. 3, n° 1527, quien defiende la vieja teoría lamentándose de que se sostenga la opinión contraria justamente cuando los derechos de autor se desarrollan e intensifican cada vez más.

(nota 6) PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, ed. La Habana, t. 3, p. 498, n° 574.

(nota 7) Así lo hace la ley italiana de 1941, sobre derechos de autor, y el art. 2060 del nuevo Código Civil de aquel país.

(nota 8) PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, ed. La Habana, t. 3, p. 499, n° 574, que exponen en estos términos el criterio imperante en la jurisprudencia francesa.

1118/10040

§ 3.— Bienes y cosas (ver nota 1)

757. CONCEPTO.— Dentro de la terminología de nuestro Código, se llaman cosas a los objetos materiales susceptibles de tener un valor (art. 2311 Ver Texto , Cód. Civ.).

Debe anotarse que en su redacción originaria, el artículo 2311 Ver Texto hablaba de objetos corporales. La ley 17711 cambió la palabra corporales por materiales, con lo que la idea se clarifica. No se trata ya de saber si las cosas son corpóreas, si tienen un cuerpo, sino si son materiales, si entra una materia física en su composición. Resulta así muy claro que son cosas todas las que ocupan un lugar en el espacio, sean sólidas, líquidas o gaseosas.

Se vincula estrechamente con esto, la cuestión de si las energías son o no cosas. La ley 17711 agregó al artículo 2311 Ver Texto un apartado que resuelve expresamente la cuestión: Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y las fuerzas naturales susceptibles de apropiación.

Aunque la ley no diga que las energías (electricidad, energía atómica, atracción magnética) son cosas, al atribuirle la misma condición jurídica, les reconoce la calidad de tales. En derecho lo que cuenta son los efectos; si las energías apropiables tienen igual condición que las cosas, son cosas.

Por lo demás, hace notar ROTONDI que las categorías jurídicas no presuponen identidad con las categorías y conceptos de otras ciencias y se inspiran más bien en apreciaciones vulgares; tiene la energía un contenido económico susceptible de goce y disposición que la asimila a las cosas (ver nota 2). Entre el gas y la electricidad que se consumen en una casa, es difícil establecer diferencias conceptuales desde el punto de vista jurídico: ambos sirven de energía calórica o lumínica, ambos se consumen con el uso, pueden medirse, tienen un valor económico, son susceptibles de apropiación. ¿Con qué fundamento jurídico podrá establecerse entre ellos una diferencia que permita clasificarlos en categorías distintas? El concepto de bien debe reservarse para los derechos; todos los demás objetos económicamente valiosos, son cosas.

Ahora bien: ese valor económico implica que la cosa debe ser susceptible de aprehensión por los individuos. Así, por ejemplo, el aire, el mar, que no pueden ser poseídos exclusivamente por nadie y que están al servicio de todos los hombres, no son, jurídicamente hablando, cosas.

757 bis.— La palabra bienes es usada en nuestra legislación con dos significados distintos. En su acepción genérica, designa todos los objetos materiales e inmateriales susceptibles de valor económico (art. 2312 Ver Texto , Cód. Civ.); las cosas quedan, pues, incluidas dentro de este concepto general. En su significado restringido, bienes, por oposición a cosas, designa los objetos inmateriales económicamente valiosos, es decir, los derechos patrimoniales.

Cabe señalar en este punto una notable contradicción entre el texto de los artículos 2311 Ver Texto y 2312, Código Civil y la nota al primero. Mientras en aquéllos, como se ha dicho, bienes es el género y cosas la especie, en la nota citada VÉLEZ SARSFIELD explica estos conceptos atribuyéndoles un sentido precisamente inverso. Naturalmente, lo único que tiene valor legal es el texto de los artículos; de modo que la nota debe considerarse no escrita. El hecho, sin embargo, es interesante, porque prueba que VÉLEZ modificó a veces el articulado sin rehacer las notas (véase núm. 119), lo que debilita mucho el valor interpretativo de éstas.

1118/10050

#### A.— CLASIFICACIÓN DE LAS COSAS

1118/758

758. DISTINTAS CATEGORÍAS.— Consideradas en sí mismas, las cosas se clasifican, según nuestro Código Civil (arts. 2312 Ver Texto y sigs.), en muebles e inmuebles, fungibles y no fungibles, consumibles y no consumibles, divisibles e indivisibles, principales y accesorias, en el comercio y fuera de él. Las estudiaremos por separado.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: SALVAT, R.M., Parte General, 5ª ed., Buenos Aires, 1931; SPOTA, Tratado de Derecho Civil, t. 1, vol. 3.5; LLAMBÍAS, t. 2, nº 1315 y s.; BAUDRY LACANTINERIE y CHAUVEAU, Des biens; PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, ed. La Habana, t. 3; JOSSERAND, L., Derecho Civil, ed. Buenos Aires, t. 1, vol. 3 y s.; DE RUGGIERO, R., Instituciones de Derecho Civil, Madrid, t. 1, p. 482 y s.; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, Parte General, t. 1, ps. 547, y s.

(nota 2) ROTONDI, Istituzioni di diritto privato, Milán, 2945, p. 412. Esta era ya la opinión predominante en nuestra jurisprudencia y doctrina antes de la reforma de la ley

17711 . De acuerdo: C. Nac. Apel. Rosario, 12/6/1956, J.A., 1956-IV, p. 444; Sup. Corte Buenos Aires, 7/7/1953, L.L., t. 71, p. 447; íd., 8/9/1953, J.A., 1953-IV, p. 439; C. Fed. La Plata, 1/10/1962, J.A., 1962-VI, p. 139, y L.L., t. 110, p. 913; SPOTA, t. 1, vol. 3.5, n° 1632 ter.; SOLER, S., Derecho Penal argentino, t. 4, p. 208, n° 67; CARNELUTTI, F., Studi sulle energie come oggetti de rapporti giuridici, Rivista di Diritto Commerciale, 1913, 1ª parte, p. 382; LÓPEZ OLACIREGUI sostiene que aun no siendo cosas deben tratarse jurídicamente como tales (en SALVAT, t. 2, n° 1302-A).

1118/10060

1.— Cosas muebles e inmuebles

1118/759

759. NOCIÓN GENERAL.— La posibilidad de moverse preside esta primera y más importante división de las cosas. Los inmuebles se encuentran fijos en un lugar; los muebles, en cambio, pueden trasladarse de un sitio a otro, ya sea por sus propios medios (semovientes) o por una fuerza externa. Esta regla, sin embargo, no es absoluta pues la ley, por razones que en su momento veremos, suele atribuir el carácter de inmueble a cosas que pueden ser transportadas; e inclusive, aunque esto es excepcional, considera muebles a otras que están fijas en un lugar (sobre este último punto véase núm. 779).

1118/760

760. COSAS INMUEBLES.— Los inmuebles pueden ser tales por su naturaleza, por accesión, por destino, o por su carácter representativo.

1118/761

761. a) Inmuebles por naturaleza.— Según el artículo 2314 Ver Texto , Código Civil: Son inmuebles por su naturaleza las cosas que se encuentran por sí mismas inmovilizadas, como el suelo y todas las partes sólidas o fluidas que forman su superficie y profundidad; todo lo que está incorporado al suelo de una manera orgánica, y todo lo que se encuentra bajo el suelo sin el hecho del hombre.

Esta es una inmovilidad natural, que no depende del obrar humano. Abarca, ante todo, la tierra misma, con sus superficies sólidas o fluidas; se comprenden en este concepto inclusive los ríos porque, aunque sus aguas se desplazan, el cauce permanece siempre en el mismo lugar. Asimismo, lo que está incorporado al suelo de una manera orgánica, como son los vegetales en general (árboles, cereales, plantas florales, etc.). Pero la incorporación debe tener carácter permanente; de ahí que los almácigos que están destinados a transportarse de un lugar a otro sean muebles (nota al art. 2315 Ver Texto ) (ver nota 1). Tampoco son inmuebles las plantas de maceta, puesto que no están incorporadas al suelo y pueden moverse.

Finalmente, alude el artículo comentado a todo lo que se encuentra bajo el suelo sin el hecho del hombre. Tal es el caso de los minerales sólidos, líquidos o gaseosos: minas de metales preciosos, napas petrolíferas o gaseosas, etcétera. Pero los cimientos de un edificio, los tesoros enterrados por el hombre, no son inmuebles por su naturaleza; los primeros lo son por accesión (art. 2315 Ver Texto , Cód. Civ.); los segundos son muebles (art. 2319 Ver Texto ).

1118/762

762.— La inmovilización, casi está de más decirlo, cesa no bien las cosas dejan de estar incorporadas al suelo o de formar parte de él. Los minerales extraídos, los frutos cosechados, son muebles desde el instante en que se los separa de la tierra.

1118/763

763. b) Inmuebles por accesión física.— Son inmuebles por accesión las cosas muebles que se encuentran realmente inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con tal que esta adhesión tenga el carácter de perpetuidad (art. 2315 Ver Texto , Cód. Civ.).

La razón es que dichas cosas forman un todo inseparable con el suelo, sin el cual, por así decirlo, no se concibe su existencia. Tal sería el caso de los edificios (ver nota 2), pues no obstante haberse formado de partes muebles (ladrillos, cañerías, cemento, puertas, ventanas, etc.), el todo forma algo separado y diferente de las partes, que sólo puede existir adherido físicamente al suelo (ver nota 3). Son también inmuebles de esta clase los molinos, las galerías de una mina, los pozos de petróleo, etcétera.

La adhesión física al suelo debe tener carácter de perpetuidad, es decir, que tendrá que haberse realizado con el propósito de hacerla durar todo el tiempo que su conservación lo permita. Las adhesiones transitorias no son inmuebles; tal es el caso de los pabellones de

una exposición, la tienda de un circo, los galpones levantados para guardar materiales de una obra, etcétera.

A diferencia de los inmuebles por destino, no interesa aquí la persona que realiza la adhesión; puede ser el propietario, el arrendatario, el simple poseedor a título precario, pues ello no altera el hecho de la adhesión física, determinante de la inmovilidad.

1118/764

764.— Sin embargo, las cosas muebles que están adheridas al inmueble en mira de la profesión del propietario o de una manera temporaria, conservarán su naturaleza de tales no obstante hallarse fijadas en el edificio (art. 2322 Ver Texto , Cód. Civ.). Tal es el caso de los aparatos de un dentista, el taller de un carpintero, etcétera. En cambio, deben considerarse inmuebles las maquinarias de una fábrica, ya sea que se las incluya dentro de esta categoría, por estar adheridas físicamente con carácter permanente al edificio, ya sea que se las considere inmuebles por destino (ver nota 4).

1118/765

765.— La inmovilización por accesión cesa desde que los muebles son separados del suelo; tal ocurre, por ejemplo, con los materiales de demolición de un edificio, que deben reputarse muebles aunque los propietarios se propusieran construir de inmediato otro (art. 2319 Ver Texto , Cód. Civ.).

1118/766

766. c) Inmuebles por destino.— Se llaman inmuebles por destino las cosas muebles puestas por el propietario al servicio de un inmueble (arts. 2316 Ver Texto y 2320 Ver Texto , Cód. Civ.). Para que estas cosas, que no quedan adheridas al suelo, ni inmovilizadas, sean reputadas inmuebles es necesario: 1) que hayan sido puestas al servicio del inmueble; debe haber entre el fundo y los muebles una relación de destino, de modo que éstos sirvan a la finalidad de aquél (ver nota 5); 2) que hayan sido puestas en él con carácter permanente (ver nota 6); 3) que las haya colocado el propietario, sus representantes o los arrendatarios, en ejecución del contrato de arrendamiento (art. 2320 Ver Texto , Cód. Civ.). Si hubiesen sido puestas por los usufructuarios, sólo se considerarán inmuebles mientras dure el usufructo (art. 2321 Ver Texto , Cód. Civ.).

Ejemplo de inmuebles por destino son los arados y útiles de labranza de un fundo, los bancos de un colegio, el lecho, mesas, sillas de una casa habitación, etcétera. En cambio no

lo son el dinero, los documentos y papeles, las colecciones científicas o artísticas, los libros y sus estantes, las medallas, las armas, los instrumentos de artes y oficios, las joyas, las ropas de uso, los granos, caldos, mercaderías, ni otras cosas que no formen el ajuar de la casa (art. 2323 Ver Texto , Cód. Civ.). Casi era innecesario que la ley lo dijera expresamente, porque es evidente que estas cosas no están al servicio del inmueble (ver nota 7).

1118/767

767.— Al crear la categoría de inmuebles por destino se ha perseguido una finalidad práctica, como es la de evitar la separación entre el inmueble, y los accesorios necesarios para su explotación o su aprovechamiento más cómodo y eficaz; de tal manera, el legado de un inmueble, por ejemplo, supone el de los muebles que lo adornan. Pero esta razón resulta muy pobre para justificar semejante creación “contra natura”. Se introduce con ella confusión en conceptos que debieran ser claros, se violenta la naturaleza de las cosas; y todo inútilmente, pues al fin perseguido se lograría atribuyendo a los muebles el carácter de accesorios del fundo y haciéndoles seguir la suerte de la cosa principal (ver nota 8).

1118/768

768.— La inmovilización por destino cesa desde que las cosas han sido retiradas del fundo por quien tenga derecho a hacerlo.

1118/769

769. d) Inmuebles por carácter representativo.— Son inmuebles por su carácter representativo los instrumentos públicos de donde constare la adquisición de derechos reales sobre bienes inmuebles, con exclusión de los derechos reales de hipoteca y anticresis (art. 2317 Ver Texto , Cód. Civ.).

La ley habla solamente de instrumentos públicos, porque se exige la escritura pública siempre que se trate de constituir o transmitir derechos reales sobre inmuebles (art. 1184 Ver Texto , inc. 1º, Cód. Civ.).

Debe constar en ellos la adquisición de derechos reales, pues los instrumentos que comprueban derechos personales son muebles (art. 2319 Ver Texto ); y deben recaer sobre bienes inmuebles.

La exclusión de la hipoteca y la anticresis obedece a que son accesorios de un derecho personal, al cual sirven de garantía y, por tanto, deben seguir la suerte de éste, que se reputa mueble (art. 2319 Ver Texto , in fine).

1118/770

770.— En el derecho francés, lo que se reputa mueble o inmueble por su carácter representativo es el derecho y no el instrumento. VÉLEZ SARSFIELD se apartó del modelo sin duda porque consideró que los derechos son bienes, pero no cosas, y que, por tanto, era impropio clasificarlos entre éstas. Asimismo, se apartó de la fuente francesa en otro punto importante: en Francia no interesa la índole del derecho (real o personal) sino el objeto sobre el cual recae, siendo mueble o inmueble, según lo sea la cosa (ver nota 9).

1118/771

771. COSAS MUEBLES.— Las cosas pueden ser muebles por su naturaleza o por su carácter representativo.

1118/772

772. a) Muebles por naturaleza.— Son muebles por naturaleza los que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismos, sea que sólo se muevan por una fuerza externa, con excepción de los que sean accesorios de los inmuebles (art. 2318 Ver Texto , Cód. Civ.). Las que se mueven por sí solas se llaman semovientes.

La última parte del artículo excluye a las cosas que, siendo transportables, son accesorias de un inmueble, pues en este caso se aplicarán los artículos 2315 Ver Texto y 2316 (véase núm. 766).

1118/773

773.— En el artículo 2319 Ver Texto el Código alude a diversas hipótesis que podrían resultar dudosas y afirma que son muebles: 1) Todas las partes sólidas o fluidas del suelo, separadas de él, como las piedras, tierra, metales, etcétera; dentro de este concepto quedarían los árboles, las plantas y sus frutos, una vez separados del suelo. 2) Las construcciones asentadas en la superficie del suelo con un carácter provisorio, tales como pabellones de una exposición, la tienda de un circo, etcétera. 3) Los tesoros, monedas y otros objetos puestos bajo el suelo. 4) Los materiales reunidos para la construcción de

edificios, mientras no estén empleados. 5) Los que provengan de una destrucción de los edificios, aunque los propietarios hubieran de construirlos inmediatamente con los mismos materiales. Se discute si esta disposición es aplicable al caso de la reparación de edificios (ver nota 10); por nuestra parte pensamos que sí lo es, porque la ley no establece ninguna distinción entre destrucción total o parcial, ni entre aquella que es provocada intencionalmente por el hombre y la que es consecuencia de un fenómeno extraño; y esto es lo lógico, porque cualquiera que sea la razón por la cual una cosa inmovilizada ha sido retirada del fundo y ha recuperado su movilidad, debe reputársela mueble (ver nota 11).

1118/774

774. b) Muebles por su carácter representativo.— Según el artículo 2319 Ver Texto , in fine, son muebles por su carácter representativo todos los instrumentos públicos o privados de donde constare la adquisición de derechos personales; asimismo lo son los instrumentos públicos donde constaren derechos reales de hipoteca y anticresis (arg. art. 2317 Ver Texto , in fine) (véase núm. 769) y los públicos o privados que comprueben la existencia de derechos reales sobre cosas muebles (ver nota 12).

1118/775

775. SEMOVIENTES Y LOCOMÓVILES.— Dentro de las cosas muebles, existen dos especies que en nuestros días exigen un tratamiento especial: los semovientes, cuyo significado en la riqueza nacional resulta obvio destacar, y los locomóviles, que tienen hoy un gran valor económico. Esta necesidad de un régimen especial resulta particularmente evidente en materia de transmisión de la propiedad; no es posible que el ganado o los automotores puedan enajenarse como cualquier otra cosa mueble, sin formalidad alguna, por la simple tradición. Este es, sin embargo, el régimen del Código Civil, y si es explicable que VÉLEZ no pudiera prever el problema de los automóviles, en cambio no se justifica la omisión de un régimen especial para los ganados, cuando en su época estaba en plena vigencia el sistema de la marca.

1118/776

776.— En cuanto a los semovientes, la omisión del legislador fue llenada por los códigos rurales, que establecieron la formalidad de la marca y de la señal registradas para la transmisión de la propiedad del ganado. Esto importaba una exigencia no contenida en el Código Civil y por lo tanto inválida, ya que para éste basta la tradición. Pero la jurisprudencia, siguiendo una idea de BIBILONI (ver nota 13), supo conciliar el régimen del Código con la exigencia de la marca y la señal; como la propiedad de las cosas muebles se adquiere por la posesión de buena fe (art. 2412 Ver Texto ), se ha decidido que no puede

invocar buena fe el poseedor del ganado que no ha cumplido con el régimen de marcas y señales, impuesto no sólo por las leyes locales, sino también por una larga costumbre.

1118/777

777-778.— En cuanto a los automotores el decreto 6582/58 (ratificado por ley 14467 ), creó el Registro de Automotores; la propiedad de los vehículos se transmite por la inscripción en el Registro del contrato respectivo, que puede ser formalizado en instrumento público o privado.

En cuanto a las aeronaves, la transferencia de su dominio no produce efectos respecto de terceros sino a partir de su inscripción en el Registro Nacional de Aeronaves (art. 50 , ley 17285).

1118/779

779. MUEBLES POR ANTICIPACIÓN (ver nota 14).— En la doctrina francesa se llaman muebles por anticipación a ciertas cosas que están incorporadas al suelo y que, por ello, son inmuebles por naturaleza o por accesión, pero que están destinadas a ser próximamente separadas y convertidas en muebles. En la práctica, es frecuente la venta de cosechas o madera en pie, de materiales de demolición, de minerales aún no extraídos de las canteras. Es, en cierto sentido, la venta de cosas futuras y debe aplicarse el régimen de los muebles (ver nota 15).

1118/780

780. IMPORTANCIA DE LA CLASIFICACIÓN.— Desde el derecho romano, la clasificación de las cosas en muebles e inmuebles reviste un gran interés legal. En la antigüedad, la tierra tenía una importancia fundamentalísima en relación a los valores mobiliarios; era la base principal de la riqueza individual y el centro de cohesión de la familia. En la sociedad feudal, no sólo confería fortuna y nobleza, sino que implicaba poder político. En cambio, los bienes muebles tenían un valor prácticamente despreciable, en relación a los inmuebles. Se decía: res mobilis, res vilis. De ahí surgió la necesidad imperiosa de establecer un régimen distinto para unas y otras.

Pero el desarrollo del comercio y, posteriormente, de la gran industria, dieron lugar a la creación de inmensas riquezas mobiliarias, cuyo monto y valor superan hoy, sin duda, a las inmobiliarias. Las grandes fortunas de nuestros días son las de los industriales y comerciantes y no las de los propietarios de la tierra. Ya no puede decirse, como antaño,

que las cosas muebles son viles o despreciables. Inclusive ha llegado a sostenerse que la distinción clásica entre muebles e inmuebles responde a exigencias económicas totalmente superadas y que hoy resulta artificiosa e inútil, debiendo ser sustituida por la clasificación de cosas registrables (cuando así lo imponga su importancia económica y lo permita la posibilidad de individualizarlas) y no registrables (ver nota 16). Pero hay en esto una exageración evidente. Es un grueso error pensar que la tierra ha perdido su preponderancia económica y social. Todo lo que es más esencial a la vida humana, la alimentación, el vestido, dependen de la producción agropecuaria; el ideal, tan adentrado en el corazón de los hombres, de la vivienda propia, requiere la posesión de un solar. Por eso el régimen de la tierra se vincula con los fundamentos mismos de la organización política y social de los pueblos; ello explica también la solidez de los valores inmobiliarios. De ahí que todavía hoy se justifique un tratamiento legislativo distinto respecto de las cosas muebles. Sin perjuicio de establecer distinciones entre diversas categorías de muebles, siempre que por sus características peculiares e importancia económica requieran un tratamiento especial. Tal es el caso de los semovientes, los automotores, los buques y las aeronaves.

1118/781

781.— En nuestro derecho, esta división tiene las siguientes consecuencias:

a) Las cosas inmuebles se rigen por la ley del lugar en que están situadas, en lo que atañe a todo su régimen jurídico: derechos de las partes, capacidad para adquirirlas, modos de transferirlas y formalidades que deben acompañarlas (art. 10 Ver Texto , Cód. Civ.); en todo lo que se refiere al régimen de la tierra, la aplicación de la ley extranjera está vedada. En cambio, respecto de los bienes muebles, hay que hacer una distinción: los que tienen una situación permanente y se conservan sin intención de transportarlos, se rigen por la ley del lugar en que están situados; pero los que el propietario lleva consigo o son de uso personal, se gobiernan por la ley del domicilio del dueño (art. 11 Ver Texto , Cód. Civ.).

b) La transmisión de bienes inmuebles o la constitución de derechos reales sobre ellos, deben hacerse por escritura pública (art. 1184 Ver Texto , inc. 1º, Cód. Civ.); los negocios sobre bienes muebles, en cambio, pueden hacerse por instrumento privado o sin formalidad alguna, salvo casos especialmente previstos por la ley (automotores, aeronaves, semovientes, etc.).

c) La adquisición de inmuebles por prescripción requiere largos plazos de posesión continuada: diez años si la posesión es de buena fe y a justo título (art. 3999 Ver Texto , Cód. Civ.); veinte años si carece de estos requisitos (art. 4015 Ver Texto , Cód. Civ.). En cambio, tratándose de muebles la posesión de buena fe otorga instantáneamente el derecho de propiedad, salvo que la cosa fuere robada o perdida (art. 2412 Ver Texto , Cód. Civ.).

d) Los derechos reales de hipoteca y anticresis sólo pueden recaer sobre inmuebles (arts. 3108 Ver Texto y 3239 Ver Texto ); la prenda únicamente puede constituirse sobre muebles (art. 3204 Ver Texto ).

e) En cuanto a la obligación de dar cosas ciertas, la ley establece importantes diferencias, según se trate de muebles o inmuebles (véanse arts. 592 Ver Texto a 599, Cód. Civ.).

f) La protección legal del patrimonio de los incapaces de hecho se manifiesta de manera más estricta con referencia a los inmuebles. Los padres no pueden enajenar ni gravar los inmuebles de sus hijos sin autorización judicial (art. 297 Ver Texto ). En caso de tutela o curatela, la venta de muebles o inmuebles requiere autorización judicial (art. 434 Ver Texto ); pero tratándose de bienes raíces, el juez sólo podrá otorgarla en los casos previstos por el artículo 438 Ver Texto y será formalidad inexcusable el remate público, que no siempre es indispensable si se trata de muebles (art. 441 Ver Texto ). Por motivos similares, el administrador de la herencia sólo puede enajenar los inmuebles con autorización judicial en remate público; en cambio, tratándose de muebles, la subasta no es indispensable y aun puede el administrador vender sin autorización judicial los que no pueda conservar y los que el difunto tenía para vender (art. 3393 Ver Texto , Cód. Civ.).

g) Los religiosos profesos sólo pueden adquirir bienes muebles y por dinero al contado, pero no inmuebles, salvo que contratasen por sus conventos (art. 1160 Ver Texto , Cód. Civ.).

h) El principio de que nadie puede transmitir un derecho mejor o más extenso que el que gozaba no se aplica a los muebles (art. 3271 Ver Texto , Cód. Civ.).

i) Para entender en las acciones reales sobre bienes inmuebles es competente el juez del lugar donde está situada la cosa; en cambio, en acciones que se refieren a muebles, lo es el del lugar en que se hallen o el domicilio del demandado, a elección del actor (art. 5º Ver Texto , incs. 1º y 2º, Cód. Proc.).

(nota 1) Se ha hecho notar que, aun destinados a ser separados del suelo, los almácigos forman un todo orgánico con él y que, por lo tanto, sería justo considerarlos inmuebles (SALVAT, Parte General, 5º ed., nº 1397; PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, ed. La Habana, t. 3, nº 72).

(nota 2) En la legislación francesa se los reputa inmuebles por naturaleza.

(nota 3) C. Apel. Rosario, 15/6/1945, Rep. L.L., t. 8, p. 625, n° 1; ver también, C. Fed. Cap., 11/4/1947, L.L., t. 48, p. 533.

(nota 4) De acuerdo: C. Com. Cap., 23/3/1928, J.A., t. 27, p. 377. En cambio, algunos autores piensan que las maquinarias de una fábrica estarían dentro de la excepción del art. 2322 Ver Texto , Cód. Civ., a menos que el establecimiento industrial explote el mismo suelo, como serían las máquinas de una misma mina o las de una cremería instalada en el mismo campo de cría del ganado; véase SALVAT, Parte General, 5ª ed., p. 650, n° 1429; AUBRY y RAU, 4ª ed., t. 2, p. 20. Por las razones expuestas en el texto, estamos en desacuerdo con esta opinión.

(nota 5) C. 2ª Apel. La Plata, 8/9/1944, L.L., t. 37, p. 413; de acuerdo: PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, Ed. La Habana, t. 3, n° 83, y s.; JOSSERAND, Derecho Civil, ed. Buenos Aires, t. 1, vol. 3, n° 1354.

(nota 6) Así lo dice VÉLEZ en la nota al art. 2316 Ver Texto , en la que habla de los objetos unidos a perpetuidad a un fundo por el propietario; en el mismo sentido, SALVAT, Parte General, 5º ed., n° 1411; LLAMBÍAS, t. 2, n° 1322.

(nota 7) LLAMBÍAS sostiene que los muebles de una casa habitación no son inmuebles por destino porque no están al servicio del inmueble sino de su dueño; esto explicaría por qué la venta de una casa no comprende los muebles que hay en ella (t. 2, n° 1323). En igual sentido su voto al que adhirió el Tribunal, en el fallo de la C. Civil Cap., Sala A, 5/8/1971, L.L., t. 145, p. 249.

El art. 2323 Ver Texto excluye de los muebles de una casa el dinero, documentos, etc., y todas las cosas que no sean las que forman el ajuar de la casa. Ahora bien: el mobiliario de una casa es precisamente su ajuar.

Por otra parte, el argumento de que estas cosas están al servicio del dueño y no del inmueble prueba demasiado; porque siempre las cosas muebles que están en un inmueble sirven a su dueño.

El hecho de que la venta de una casa no comprenda sus muebles debe atribuirse a una costumbre jurídica y a una interpretación de la voluntad tácita de comprador y vendedor. En cambio el legado de una casa supone el de los muebles que la adornan. De acuerdo: C. Civil Cap. C., 30/9/1980, J.A., 1981-I, p. 463, E.D., t. 91, p. 173 y L.L., 1981-C, p. 34. Todo ello sin perjuicio de las observaciones que de lege ferenda hacemos en el n° 767.

(nota 8) De acuerdo: PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, ed. La Habana, t. 3, n° 77; JOSSERAND, Derecho Civil, ed. Buenos Aires, t. 1, vol. 3, n° 1353.

(nota 9) Véase: PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, t. 3, n° 92 y s.; BAUDRY LACANTINERIE y CHAUVEAU, Des biens, n° 98. Ver, no obstante, las distinciones que hacen COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, 11ª ed., p. 747, n° 932.

(nota 10) Véase SALVAT, Parte General, 5ª ed., n° 1440; BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, Des biens, n° 122.

(nota 11) En este sentido: PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, ed. La Habana, t. 2, n° 100; LAURENT, t. 5, n° 422; MACHADO, t. 6, p. 196.

(nota 12) De acuerdo: SALVAT, Parte General, 5ª ed., n° 1443; LLAMBÍAS, Parte General, t. 2, n° 1329.

(nota 13) BIBILONI, nota al § 5, cap. II, tit. IV, libro tercero, del Anteproyecto, en que refiere la consulta que le formuló uno de los magistrados de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, tribunal que en definitiva, siguió su opinión: éste es hoy el punto de vista unánime en nuestra doctrina.

(nota 14) BIBLIOGRAFÍA: Además de la citada en nota 1176, véase FRÉJAVILLE, M., Des meubles par anticipation, París, 1927; CHAUVEAU, Des meubles par anticipation, Rev. Critique, 1893, ps. 573, y s.

(nota 15) Es la jurisprudencia constante de los tribunales franceses; véase sobre ella, además de las obras citadas en nota anterior, PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, ed. La Habana, t. 3, n° 102 y s.

(nota 16) MARÍN, P., cit. por CASTÁN TOBEÑAS, Derecho civil español, 7ª ed., t. 1, ps. 586 y 596, quien adhiere.

1118/10070

2.— Cosas fungibles y no fungibles (ver nota 1)

1118/782

782. CONCEPTO.— Son cosas fungibles aquellas en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie, y que pueden sustituirse las unas por las otras de la misma calidad y en igual cantidad (art. 2324 Ver Texto , Cód. Civ.). Los ejemplos clásicos son el trigo, el vino, etcétera, que siendo de la misma calidad, son perfectamente reemplazables.

Por lo general suelen venderse o negociarse por peso, cantidad o medida: cien quintales de maíz, diez hectolitros de vino, veinte metros de tela, etcétera. Pero ésta no es la característica típica o esencial, sino que ella consiste en la posibilidad de que un individuo de la especie pueda ser reemplazado por otro de la misma especie. Tal es el caso de los libros nuevos de una misma edición, o el de las cosas standard; un automóvil recién salido de la fábrica es perfectamente reemplazable por otro de la misma serie. Solamente los muebles pueden ser fungibles (ver nota 2).

Por el contrario, cosas no fungibles son aquellas que no pueden reemplazarse las unas a las otras de una manera perfecta; así, por ejemplo, un fundo no puede ser reemplazado por otro, ni lo puede ser un caballo de carrera por otro, aunque ambos animales tengan el mismo pedigree.

1118/783

783.— La distinción de cosas fungibles y no fungibles se funda por lo común en la naturaleza misma de aquéllas; pero a veces hay factores subjetivos, propios del dueño, que determinan el carácter de la cosa. Así, por ejemplo, un libro nuevo es fungible respecto de otro ejemplar de la misma edición; pero si ese volumen tiene para el propietario un valor subjetivo especial, ya sea porque fue regalo del autor, o porque se vincula con algún recuerdo personal, deja de ser sustituible. A la inversa, una cosa en sí misma no fungible, puede llegar a serlo por voluntad de los interesados: tal ocurriría si se vendieran cien ovejas, dentro de un lote de mil, a elección del vendedor; éste puede reemplazar cualquiera de los animales por otro (ver nota 3).

1118/784

784. IMPORTANCIA DE LA DISTINCIÓN.— Esta clasificación tiene importancia en materia de obligaciones de dar. Si la cosa no fuere fungible, sólo quedará pagada la obligación con la entrega de la cosa misma; si, por el contrario, fuere fungible, el obligado puede entregar a su elección cualquier cosa de la misma especie y calidad. El Código ha reglado detalladamente los efectos de las obligaciones de dar cosas ciertas e inciertas en los artículos 574 Ver Texto y siguientes. Además, hay contratos que sólo pueden versar sobre cosas fungibles, tal como el mutuo; en tanto que otros pueden tener por objeto cosas no fungibles; así ocurre con la locación, el comodato, etcétera.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la general citada en nota 1176, véase: BENDERSKY, El concepto de fungibilidad, L.L., t. 96, p. 570; HUMBERT, H., Essai sur la fungibilité et la consomptibilité des meubles, París, 1940.

(nota 2) HUMBERT, op. cit., en nota anterior, p. 7.

(nota 3) “Si se consideran las cosas fuera de toda relación jurídica, serán o no idénticas en razón de su propia estructura y, como tales, susceptibles o no de reemplazo. Pero esta hipótesis es de interés muy relativo, ya que como toda categoría distintiva, la de la fungibilidad adquiere su relevancia específica, sólo en función del acto o negocio jurídico. Si a ello se añade el carácter esencialmente relativo de la noción antedicha, no podrá negarse que la intención de las partes aclare si les resulta o no indiferente aceptar en cumplimiento del negocio celebrado unas u otras cosas” (BENDERSKY, L.L. t. 96, p. 577).

1118/10080

### 3.— Cosas consumibles y no consumibles

1118/785

785. CONCEPTO.— Según nuestro Código, son cosas consumibles aquellas cuya existencia termina con el primer uso y las que terminan para quien deja de poseerlas por no distinguirse en su individualidad. 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 de deteriorarse después del algún tiempo (art. 2325 Ver Texto ).

Las cosas consumibles son, pues, aquellas que desaparecen con el primer uso, sea porque se destruyen materialmente, como los alimentos o las bebidas, o sea porque salgan del patrimonio de aquel a quien pertenecen, como el dinero. Ejemplos de cosas no consumibles son el vestido de una persona, un libro, un automóvil.

Algunos ejemplos no son tan típicos: tal es el caso del papel de escribir, que debe considerarse consumible aunque no salga del patrimonio del dueño, porque si ya se ha usado, no puede volver a usarse para su destino normal (ver nota 1).

Como en el caso de las cosas fungibles, la consumibilidad depende, en principio, de su misma naturaleza; sólo por excepción el destino que le dé su propietario puede alterar su carácter. Así, por ejemplo, un libro no es, por su naturaleza, consumible, pero sí lo es para el librero, que lo adquiere para venderlo; en esto consiste para él su utilidad y, desde luego, con el primer uso (la venta) desaparece de su patrimonio.

1118/786

786. PARALELO CON LAS COSAS FUNGIBLES.— Con frecuencia, las cosas fungibles son también consumibles; en los ejemplos más típicos ambas características marchan generalmente unidas; tal es el caso de los cereales, las bebidas, la mayor parte de los alimentos, el dinero, etcétera. Exagerando este paralelo, algunas leyes como el Código español (art. 337) y el holandés (art. 561) identifican ambas categorías, disponiendo que son fungibles las cosas que se consumen por el primer uso. Pero esto importa un evidente error; no hay entre ambas categorías de cosas una relación necesaria, puesto que responden a conceptos distintos. Lo prueban numerosos ejemplos: los libros, la mayor parte de los productos standard, son fungibles pero no consumibles. A la inversa, un vino de vieja cosecha y prácticamente inhallable es consumible y no fungible (ver nota 2).

1118/787

787. INTERÉS DE LA DISTINCIÓN.— La distinción entre cosas consumibles y no consumibles tiene interés para distinguir el depósito regular del irregular (arts. 2188 Ver Texto y 2189, Cód. Civ.) y el mutuo del comodato (arts. 2240 Ver Texto y 2255 Ver Texto , aunque este último, por error habla de cosas no fungibles en lugar de no consumibles). Los derechos reales de usufructo y uso sólo pueden recaer sobre cosas no consumibles, pues debe usarse de ellas sin alterar su substancia (arts. 2807 Ver Texto y 2948 Ver Texto , Cód. Civ.).

(nota 1) De acuerdo: HUMBERT, op. cit., p. 33, quien cita en su apoyo a POTHIER, Oeuvres, ed. Bugnet, t. 5, nº 22.

(nota 2) CARRESI, Il mutuo, nº 21.

1118/10090

#### 4.— Cosas divisibles e indivisibles

1118/788

788. CRITERIO DE LA DISTINCIÓN E INTERÉS PRÁCTICO.— Según nuestra ley, son cosas divisibles aquellas que pueden ser divididas en porciones reales, cada una de las cuales forma un todo homogéneo y análogo, tanto a las partes como a la cosa misma (art. 2326 Ver Texto , Cód. Civ.). Ejemplos: la tierra, los granos, la moneda. En cambio, las cosas indivisibles no pueden ser partidas sin destruirlas: una mesa, un sombrero, una joya, etcétera.

Tampoco pueden dividirse las cosas cuando la división convierta en antieconómico su uso y aprovechamiento. Las autoridades locales están facultadas para reglamentar, en materia de inmuebles, la superficie mínima de la unidad económica (art. 2326 Ver Texto ) que no es susceptible de división.

Esta clasificación de las cosas tiene interés sobre todo en lo que respecta a la partición de herencia, pues sólo puede exigirse la partición real de las cosas divisibles.

1118/789

789. EL DINERO (ver nota 1).— Repetidamente hemos citado el dinero como ejemplo característico de cosa mueble, consumible y divisible; pero no agotaríamos con ello la configuración jurídica de este bien.

El dinero es una cosa que sirve para procurarse otros bienes; a la inversa de lo que ocurre con las demás cosas, no presta por sí mismo ninguna utilidad económica, no proporciona al hombre ningún placer (salvo el goce patológico del avaro que recuenta sus monedas); pero sirve como intermediario en el trueque de cosas y bienes: con ese objeto ha sido creado y garantizado por el Estado y está sujeto a su vigilancia.

Es una creación ideal: se toma un valor cualquiera, al que se le asigna la función de servir de unidad, se le da un nombre, independientemente de sus cualidades corporales, y se lo lanza a la circulación, ya íntegro, ya dividido en sus múltiplos o submúltiplos, para que cumpla esa tarea de medir los demás valores materiales (ver nota 2).

Este dinero, así creado por el Estado, constituye el medio normal de pago. Aun cuando la obligación consista en dar cosas que no son dinero, puede ocurrir que sea imposible un cumplimiento en especie, y entonces aquélla se resuelve en el pago de una suma de dinero. Lo mismo ocurre en caso de incumplimiento de las obligaciones de hacer o no hacer o de los daños ocasionados por un hecho ilícito. Más aún: los acreedores están obligados a aceptar el dinero por su valor nominal.

Por consiguiente, a las calidades antes aludidas del dinero debemos agregar la de numeralidad, pues es representativo de una unidad ideal, y la de legalidad, pues tiene curso legal obligatorio como instrumento de pago.

El estudio del dinero en su faz económica es materia ajena a este Tratado.

Sólo diremos aquí que a la función económica de servir de instrumento de cambio y de pago, se agregan otras funciones: una política, pues mediante su regulación legal sirve de instrumento en las relaciones entre gobernantes y gobernados (así, por ej., una devaluación produce verdaderas transferencias de riquezas y ganancias de un sector a otro de la población); inclusive hay una repercusión moral en el tratamiento del dinero por la ley (ver nota 3) (así, por ej., en la limitación de los intereses, en la defensa e inembargabilidad de ciertas entradas personales mínimas, etc.).

1118/10100

#### 5.— Cosas registrables y no registrables

1118/11140

789 bis. INTERÉS PRÁCTICO.— Mientras el dominio de inmuebles debe siempre registrarse (art. 2505 Ver Texto ), las cosas muebles se dividen en aquellas cuya registración es obligatoria (buques, aeronaves, automóviles) y aquellas cuyo registro o no es posible (por ej., las fungibles o consumibles) o no es legalmente obligatorio.

La división tiene un particular interés jurídico en lo que atañe a los bienes de la sociedad conyugal, porque los cónyuges no pueden disponer o gravar los muebles cuya registración sea legalmente obligatoria sin el asentimiento del otro cónyuge (sobre este tema, véase Tratado de Derecho Civil, Familia, t. I, núms. 388 y sigs.).

(nota 1) Véase particularmente NUSSBAUM, A., Teoría jurídica del dinero, ed., Madrid, 1929; asimismo, URIBURU, F., El dinero: concepto jurídico y económico, Rev. Facultad Derecho de Buenos Aires, julio-octubre 1952, ps. 950 y s.; BUSSO, t. 4, coment. art. 616, n° 4 y s.; y SEMPRUM, Algunos aspectos filosóficos y jurídicos del dinero, Rev. Derecho Privado, Madrid, 1934, ps. 228, y s.; BONET CORREA, El dinero como bien jurídico en Estudios de Derecho Civil en honor de Castán Tobeñas, t. 4, p. 87.

(nota 2) NUSSBAUM, op. cit. en nota anterior, ps. 32 y s.

(nota 3) BONET CORREA, El dinero como bien jurídico, en Estudios en honor de Castán Tobeñas, t. 4, p. 112.

1118/10110

#### 6.— Cosas principales y accesorias

1118/790

790. CONCEPTO E INTERÉS PRÁCTICO.— Para que esta división sea posible, es necesario, ante todo, que nos encontremos en presencia de dos o más cosas unidas con el mismo fin. En tal caso debe haber una relación de dependencia o subordinación de la una para con la otra, de tal modo que ésta siga la suerte de la primera, o viceversa.

La división tiene lugar en cuanto a las cosas compuestas, no en las simples, aunque formadas por diversas partes, como, por ejemplo, el cuerpo humano. Deben incluirse, sin embargo, aquellas susceptibles de producir otras, como ser los frutos, que son accesorios de la cosa principal mientras permanecen adheridos a ésta (art. 2329 Ver Texto , Cód. Civ.).

Las cosas principales pueden definirse como aquellas que tienen una existencia propia, determinada por ellas mismas y con prescindencia de las demás (véase art. 2327 Ver Texto , Cód. Civ.). Accesorias, en cambio, son las que tienen su existencia y naturaleza determinadas por otra cosa de la cual dependen o a la cual están adheridas (art. 2328 Ver Texto ). Tal es el caso del engarce de una piedra preciosa, el marco de un cuadro, etcétera.

La condición y naturaleza jurídica de las cosas accesorias se determina por la de la principal: *accessorium sequitur principale*; principio éste acogido expresamente en nuestra ley (art. 2328 Ver Texto ).

1118/791

791. FRUTOS Y PRODUCTOS.— Se llama frutos a las cosas que provienen periódicamente de otra, sin alterar su substancia. Tal es el caso de la fruta de un árbol, el grano de los cereales, etcétera. Los productos, en cambio, provienen también de una cosa, pero una vez extraídos, no se renuevan en ella y la dejan así disminuida en su substancia; por ejemplo, el mineral de un yacimiento. Un caso que ofrece algunas dificultades es el de la madera de un bosque. Si el bosque se tala con el propósito de no renovarlo, como ocurriría si se deseara cultivar la tierra, los cortes de madera son productos; pero si se trata de cortes regulares y periódicos y se permite o se favorece la reproducción de los árboles, son frutos.

Mientras están agregados a la cosa principal, los frutos y productos son accesorios de ella, con la cual forman un todo (art. 2329 Ver Texto , Cód. Civ.).

1118/792

792.— La distinción entre frutos y productos tiene particular importancia en cuanto a los efectos de la posesión, pues el poseedor de buena fe hace suyos los primeros, si los hubiere percibido, pero en cambio debe restituir los productos (arts. 2423 Ver Texto a 2425, Cód. Civ.). También la tiene en materia de usufructo, porque el usufructuario debe servirse de la cosa sin alterar la substancia (art. 2807 Ver Texto ), con lo que está dicho que no puede apropiarse de los productos que, como hemos visto, la disminuyen; y con relación a la sociedad conyugal, porque los frutos de los bienes propios son gananciales, no así los productos, que conservan la calidad de propios (art. 1272 Ver Texto , Cód. Civ.).

1118/793

793. CLASES DE FRUTOS.— Según nuestro Código, los frutos pueden ser naturales, industriales y civiles.

a) Son frutos naturales las producciones espontáneas de la naturaleza (art. 2424 Ver Texto , 1ª parte), es decir, los que se producen sin la intervención de la mano del hombre. Ejemplo: la cría de los animales, la leche.

b) Son frutos industriales los que resultan de la industria del hombre o del cultivo de la tierra (art. 2424 Ver Texto , 2ª parte), como los cereales, las verduras, las flores obtenidas por el floricultor.

c) Finalmente, son frutos civiles los que provienen del uso y goce de la cosa concedida a otro, como el alquiler de una finca, el interés del dinero, el precio del usufructo; o los que provienen de la privación del uso de ella, como las indemnizaciones que la ley acuerda al propietario por el despojo o la destrucción de la cosa que le pertenece; y, por fin, los salarios u honorarios derivados del trabajo material o intelectual (art. 2330 Ver Texto , Cód. Civ.).

El Código reputa accesorios a los frutos civiles. No los produce la cosa, como los naturales o industriales; no se relacionan con ella en un sentido material. Pero la ley los vincula estrechamente, bien con la cosa, bien con el trabajo del hombre, en los cuales han tenido origen.

1118/794

794. COSAS ADHERIDAS AL SUELO.— Las cosas que natural o artificialmente están adheridas al suelo, son accesorias de él (art. 2331 Ver Texto ), tales los árboles, los edificios. Agrega el Código en el artículo siguiente que las cosas adheridas a las cosas adherentes al suelo, son accesorias de los predios. Era innecesario decirlo, pues esta disposición queda implícita en el artículo anterior.

La aplicación práctica de estos artículos se hallará en los derechos reales, al tratar los problemas que plantea la edificación y la plantación (arts. 2587 Ver Texto a 2593).

1118/795

795. COSAS MUEBLES ADHERIDAS A OTRAS MUEBLES.— Los artículos 2333 Ver Texto a 2335 establecen varias reglas prácticas para resolver los casos dudosos acerca de cuál es la cosa principal y cuál la accesoria.

a) Cuando las cosas muebles se adhieren a otras cosas muebles sin que se altere su sustancia, serán cosas principales aquellas a que las otras no se hubiesen unido sino con el fin de uso, ornato, complemento o conservación (art. 2333 Ver Texto ). Tal ocurre con la malla de un reloj, el engarce de un anillo, el marco de una tela. Es indiferente, en este caso, el valor de una u otra cosa; desde que el destino de una de ellas es servir a la conservación,

lucimiento, etcétera de la otra, es accesoria de ésta. Pero bien entendido que la adhesión o unión no debe alterar la sustancia de ninguna de ellas, como ocurriría en la fusión de varios muebles, porque entonces habría una sola cosa.

b) Si las unas se han adherido a las otras, para formar un todo, sin poderse distinguir la accesoria de la principal, se tendrá por principal la de mayor valor. Si los valores fueren iguales, será la principal la de mayor volumen. Si los valores y volúmenes fueren iguales, no habrá cosa principal ni cosa accesoria (art. 2334 Ver Texto ).

c) Las pinturas, esculturas, escritos e impresos, serán siempre reputados como principales cuando el arte tenga mayor valor e importancia que la materia en que se ha ejercido, y como accesorios la tabla, lienzo, papel, pergamino o piedra a que se hallasen adheridos (art. 2335 Ver Texto ).

El respeto por el trabajo humano ha inspirado esta regla, dándole prevalencia sobre la materia que le ha servido para realizar la obra. Pero la norma no podía ser absoluta. Sobre todo, cuando se trata de cincelado de metales o piedras preciosas, es frecuente que éstas tengan un valor económico muy superior al trabajo del artista o artesano; en tal caso, la materia es la cosa principal.

1118/796

796.— Estas reglas contenidas en los artículos 2333 Ver Texto a 2335 se aplican, sobre todo, en materia de adjunción (arts. 2594 Ver Texto a 2600).

1118/10120

7.— Cosas dentro y fuera del comercio

1118/797

797. CONCEPTO.— Las cosas están en el comercio o fuera de él según puedan o no servir de objeto a relaciones jurídico patrimoniales.

En el derecho romano el concepto era distinto. Llamábase res in commercium aquellas sobre las cuales los particulares podían ejercer un derecho; por el contrario las extra commercium no eran susceptibles de apropiación individual. Pero en el derecho moderno, la comercialidad de las cosas no se vincula con la apropiación y goce sino con la posibilidad de enajenarlas o disponer de ellas.

Por eso dice nuestro Código que están en el comercio todas las cosas cuya enajenación no fuere expresamente prohibida o dependiente de una autorización pública; en el primer caso, son absolutamente inenajenables; en el segundo, lo son relativamente.

1118/798

798. COSAS ABSOLUTAMENTE INENAJENABLES.— Según el artículo 2337 Ver Texto , son absolutamente inenajenables:

1) Las cosas cuyas venta o enajenación fuere expresamente prohibida por la ley; tal es el caso de los bienes del dominio público del Estado, de la indemnización por accidentes del trabajo, etcétera. La prohibición legal obedece siempre a razones de orden público, o bien a la protección de los incapaces o débiles.

2) Las cosas cuya enajenación se hubiere prohibido por actos entre vivos o disposiciones de última voluntad, en cuanto este Código permita tales prohibiciones. El carácter pleno que en principio tiene el derecho de propiedad no se aviene con las limitaciones contractuales que puedan haberse establecido en el título de constitución del dominio. Sin embargo, en algunos casos, la ley autoriza ciertas limitaciones. Así, por ejemplo, es lícita la prohibición de enajenar una cosa a persona determinada (art. 1364 Ver Texto , Cód. Civ.); también lo es la de vender los bienes donados o legados por un término no mayor de diez años (art. 2613 Ver Texto ).

1118/799

799. COSAS RELATIVAMENTE INENAJENABLES.— Son relativamente inenajenables las cosas que necesitan una autorización previa para su enajenación (art. 2338 Ver Texto ); cabe citar como ejemplos los bienes privados del Estado, cuya venta requiere autorización legislativa; los bienes de los menores y dementes, los inmuebles pertenecientes a los emancipados, etcétera.

1118/800

800. DERECHOS INENAJENABLES.— No sólo las cosas son inenajenables; también lo son ciertos derechos. Fundada, por lo general, en razones de protección a los débiles, la ley prohíbe la enajenación, renuncia o embargo de ellos. Entre los numerosos derechos que no pueden cederse citamos, por vía de ejemplo, el de reclamar alimentos futuros, los beneficios que conceden las leyes de trabajo y previsión social, etcétera.

1118/10130

## B.— LAS COSAS CON RELACIÓN A LAS PERSONAS

1118/10140

### 1.— Bienes del Estado

1118/801

801. REMISIÓN.— El estudio del dominio del Estado es materia propia del derecho administrativo, al cual nos remitimos. Nos limitaremos, por ello, en los números siguientes, a fijar los conceptos más generales sobre esta materia.

1118/802

802. BIENES PÚBLICOS: ENUMERACIÓN LEGAL.— El Estado, sea nacional o provincial, posee bienes públicos y privados (art. 2339 Ver Texto ). La ley no ha definido el concepto de unos y otros, limitándose a enumerarlos. Analizaremos estas disposiciones para extraer después las nociones jurídicas que nos interesan.

El artículo 2340 Ver Texto , en la redacción dada por la ley 17711 , enumera los siguientes bienes públicos:

1) Los mares territoriales hasta la distancia que determine la legislación especial, independientemente del poder jurisdiccional sobre la zona contigua. El anterior inciso 1º

fijaba una distancia de una legua marina y de cuatro para el ejercicio del derecho de policía. La nueva disposición ha optado por dejar librado el punto a la reglamentación, considerando que los intereses nacionales pueden exigir una mayor extensión que la que determinaba el anterior inciso 1°.

2) Los mares interiores, bahías, ensenadas, puertos y ancladeros. La redacción de este inciso se ha mantenido sin variación. No se incluyen los golfos, cuya amplitud hace aconsejable que rijan en ellos la libertad de navegación.

3) Los ríos, sus cauces, las demás aguas que corren por cauces naturales y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a la reglamentación. La primera parte de este inciso, relativa a los ríos y demás aguas que corren por sus cauces naturales, estaba contenida en el originario inciso 3°. Todo lo restante fue agregado por la ley 17711. Cabe notar que VÉLEZ se había apartado de sus fuentes (ver nota 1), que sólo atribuían el carácter de bienes públicos a los ríos navegables o flotables, comprendiendo en esta disposición a todos los cursos de agua. El acierto es evidente, pues la navegabilidad o el transporte no es la única utilidad pública que prestan los ríos, que pueden servir de regadío, como fuente de energía eléctrica, etcétera. De ahí que no interese la importancia del volumen de las aguas en un arroyo (ver nota 2). También quedan comprendidos en esta primera parte de la norma los cauces de los ríos o arroyos. Sólo los arroyos que nacen y mueren en una misma heredad pertenecen exclusivamente a su dueño (art. 2350 Ver Texto ).

El agregado hecho por la ley 17711 ha previsto el caso de toda agua que satisfaga un interés general y, particularmente, las aguas subterráneas. La disposición tiende a permitir el uso público de las aguas subterráneas y a evitar que el dueño del suelo pueda hacer una extracción excesiva e irracional que perjudique a los otros vecinos y a la comunidad. Los estudios geológicos han puesto de relieve la existencia de napas acuíferas importantísimas y muy dilatadas, cuyo aprovechamiento debe ser regulado para evitar su agotamiento temporal o definitivo. Por ello, la ley establece que la extracción debe hacerse en la medida del interés del propietario del suelo y conforme con la reglamentación, que, por cierto, podrá limitar la cantidad que puede extraer el propietario.

4) Las playas del mar y las riberas internas de los ríos, entendiéndose por tales la extensión de tierra que las aguas bañan o desocupan durante las altas mareas normales o las crecidas medias ordinarias.

5) Los lagos navegables y sus lechos. Originariamente el Código exigía que fuera navegable por buques de más de 100 toneladas, lo que evidentemente era excesivo. Adviértase que aun los lagos y lagunas no navegables pueden pertenecer al dominio

público si tienen aptitud para satisfacer un interés general, tal como lo dispone el inciso 3°. Por otra parte, es muy difícil que un espejo de agua no pueda ser navegado por lanchas que no tienen más que un calado mínimo. Deben exceptuarse, aunque el inciso no lo diga, los lagos o lagunas que están dentro de una sola heredad, pues es de aplicación analógica el artículo 2350 Ver Texto .

6) Las islas formadas o que se formen en el mar territorial o en toda clase de río, o en los lagos navegables, cuando ellas no pertenezcan a particulares. El anterior inciso 6° no hacía la salvedad final, de lo que resultó la curiosa situación de que mientras el Código establecía que las islas pertenecían al dominio público del Estado, la mayor parte de ellas eran de propiedad particular (el fenómeno era especialmente notable en el delta del Paraná) y el Estado se vio obligado a respetar esos derechos apoyados en un esfuerzo de largos años que era injusto desconocer, tanto más cuanto que coincidía con el interés general del aprovechamiento de la tierra (ver nota 3). La reforma de 1968 ha contemplado el problema, dejando fuera del dominio del Estado las islas que pertenezcan a particulares. Claro está que no sólo se refiere a las islas que en el momento de entrar en vigencia la ley 17711 estuvieran en esa condición. También puede ocurrir que el Estado nacional o provincial desafecte del dominio público algunas islas y las venda a particulares.

7) Las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común. Este inciso, que la ley 17711 no modificó, ofrece algunas dificultades en la interpretación de lo que debe entenderse por obras construidas para utilidad o comodidad común. Algunos autores piensan que todos los edificios públicos (oficinas, correos, etc.) están comprendidos en él, puesto que todos ellos prestan una utilidad común (ver nota 4). Por nuestra parte estamos en desacuerdo con este punto de vista. De la enumeración hecha en el artículo 2340 Ver Texto surge muy claramente que lo que caracteriza el dominio público del Estado es la circunstancia de que todos los ciudadanos tienen el uso y goce inmediato de él: ésta es la utilidad o comodidad común a que alude el inciso. De lo contrario, todos los bienes del Estado deberían incluirse en el dominio público, pues todos ellos tienen una finalidad mediata o inmediata de interés general. ¿Qué cosa la tiene más que los fuertes de guerra o los ferrocarriles? Y, sin embargo, están expresamente enumerados entre los bienes del dominio privado del Estado (art. 2342 Ver Texto , inc. 4°).

Entre las obras de uso común que deben considerarse incluidas en este artículo, están los museos, bibliotecas, balnearios, campos deportivos y, en general, todos aquellos bienes susceptibles de goce directo por el pueblo (ver nota 5).

8) Los documentos oficiales de los poderes del Estado.

9) Las minas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos de interés científico.

Estos últimos dos incisos fueron agregados por la ley 17711 . Se trata de proteger la documentación del Estado y evitar que ella pase a manos privadas, como también los tesoros arqueológicos y paleontológicos, que de esta manera dejan de pertenecer al propietario del suelo para convertirse en un dominio público. Con ello se trata de evitar el saqueo o la comercialización de estas riquezas, lo que infortunadamente ha ocurrido por largos años en nuestro país.

1118/803

803. NATURALEZA Y CARACTERES DEL DOMINIO PÚBLICO.— Aun cuando en la doctrina administrativa no existe acuerdo pacífico sobre el punto, es indudable que, en nuestro derecho, lo que caracteriza el dominio público del Estado es la posibilidad de aprovechamiento y goce directo de los bienes por el pueblo.

Sus caracteres esenciales son los siguientes: a) Son inalienables, lo que se explica en razón de su destino; con ello va implícito que no pueden gravarse con hipoteca ni realizarse sobre ellos ningún acto de disposición; pero el Estado puede vender los frutos (como las flores de un paseo público, los cortes de un bosque) y aun puede conceder su uso exclusivo, mediante ciertas condiciones (por ej., el permiso para instalar puestos de frutas, verduras u otras mercaderías en la vía pública, en las plazas), porque estos actos no afectan el uso y goce popular de la cosa. b) Son imprescriptibles (arg. a contrario, art. 3951 Ver Texto , Cód. Civ.) lo que es una consecuencia necesaria del carácter anterior. c) Son de uso gratuito para todos los miembros de la comunidad.

1118/804

804.— ¿Es el dominio público del Estado un derecho de propiedad? Evidentemente no. El Estado es apenas un administrador, que se limita a reglamentar su uso por los particulares; carece de todos los atributos esenciales del propietario; no puede gozar exclusivamente de la cosa, puesto que su uso es común; no puede disponer de ella. Es más bien un dominio eminente del cual se desprenden algunas facultades que acompañan también a la propiedad: el derecho de reivindicar el bien, de ejercer acciones posesorias, de disponer de sus frutos, de conceder permisos a particulares, etcétera (ver nota 6).

1118/805

805. AFECTACIÓN Y DESAFECTACIÓN DE LOS BIENES PÚBLICOS.— La afectación es el acto por el cual el Estado pone un bien a disposición de todos sus súbditos para que aprovechen de él, con miras al bien común. Así, por ejemplo, un inmueble de

propiedad particular del Estado podría ser convertido en plaza o paseo público; basta para ello un acto administrativo, hecho por autoridad competente (ver nota 7), o, inclusive, un uso inmemorial.

Más delicado es el problema de la desafectación de un bien del servicio o utilidad común. Puede hacerse, ante todo, por ley del Congreso; pero también por una declaración de la Administración o por un hecho de ella, en cuya virtud aparezca indudable que la cosa ha dejado de servir directamente al fin de uso y goce público (ver nota 8); la desafectación de hecho (caminos abandonados, desviados, suprimidos, etc.), ha sido admitida reiteradamente por la Corte Suprema (ver nota 9).

Una vez desafectado el bien, queda sujeto al régimen del dominio privado y, por lo tanto, es susceptible de embargarse, enajenarse, etcétera.

1118/806

806. BIENES DEL DOMINIO PRIVADO.— Son bienes del dominio privado del Estado aquellos que posee como persona jurídica y respecto de los cuales ejerce un verdadero derecho de propiedad, tal como está regido en el Código Civil.

Según el artículo 2342 Ver Texto , Código Civil, son bienes privados del Estado general o de las provincias:

1) Todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales de la República, carecen de otro dueño. Este inciso tiene entre nosotros, una explicación histórica. Al comienzo de la Edad Moderna, la Cristiandad atribuía al Papa las tierras sin dueño. Usando de tal facultad, Alejandro VI acordó a los reyes de España y Portugal el dominio sobre los bienes descubiertos en América. La corona española, a su vez, los repartió entre los primeros conquistadores, para premiar sus empresas; pero lógicamente siguieron perteneciéndole aquellas tierras que no fueron adjudicadas. Después de la independencia, los derechos del Estado español pasaron a la Nación y, constituida ésta federativamente, a la Nación o las Provincias, según donde estuvieran situadas.

El Estado tiene, pues, un título originario sobre las tierras sin dueño. De lo cual se deduce que no está obligado a justificar su dominio; por el contrario, son los particulares que lo invocan quienes deben acreditarlo (ver nota 10).

Este derecho originario explica lo dispuesto por el artículo 15 Ver Texto de la ley 14159, de catastro, según el cual se declara de propiedad fiscal, nacional o municipal, a todos los

excedentes que resulten dentro de las superficies de terrenos particulares, cubiertos que sean sus títulos legítimos y siempre que sobrepasen las tolerancias técnicas admitidas en la materia. Entendemos con LLAMBÍAS que esta norma sólo importa una presunción juris tantum de propiedad fiscal y que los particulares podrían probar la adquisición del dominio por prescripción veintañal (ver nota 11).

2) Las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas y sustancias fósiles, no obstante el dominio de las corporaciones o particulares sobre la superficie de la tierra. No sólo los minerales y metales enumerados en este inciso pertenecen al Estado; la tendencia moderna es a restringir cada vez más los derechos del propietario del suelo sobre los yacimientos o minas. Esta interesantísima y compleja cuestión es materia propia del Derecho de Minería.

3) Los bienes vacantes o mostrencos, y los de las personas que mueren sin tener herederos, según las disposiciones de este Código. Son vacantes los bienes inmuebles que, habiendo pertenecido a un particular, se encuentran abandonados por él (ver nota 12). Se diferencian de las tierras sin dueño de que habla el inciso 1º, en que éstas nunca pertenecieron a ningún particular. Mostrencos son los muebles que no tienen dueño (ver nota 13).

Los particulares pueden adquirir el dominio de estos bienes, sea por usucapión, si se trata de inmuebles, sea por apropiación, en el caso de muebles abandonados. Si son cosas perdidas, deben entregarlas a la autoridad competente y sólo tienen derecho a que se les reembolsen los gastos y a una recompensa (arts. 2534 Ver Texto a 2538).

4) Los muros, plazas de guerra, puentes, ferrocarriles, y toda construcción hecha por el Estado o por los Estados, y todos los bienes adquiridos por el Estado o por los Estados por cualquier título. Al aludir a los puentes se refiere este inciso a aquellos sobre los cuales el pueblo no tiene el uso directo, pues éstos están comprendidos entre los bienes públicos, según el artículo 2340 Ver Texto , inciso 7º.

5) Las embarcaciones que diesen en las costas de los mares o ríos de la República, sus fragmentos y los objetos de su cargamento, siendo de enemigos o corsarios.

1118/807

807. NATURALEZA Y CARACTERES.— El dominio privado del Estado es un derecho de propiedad regido por las disposiciones pertinentes del Código Civil. Pero de la circunstancia de que el titular es el Estado y de que, por tanto, ese dominio está destinado a servir mediata o inmediatamente a la sociedad, surgen inevitablemente algunas diferencias con la propiedad privada. Es necesario, ante todo, distinguir dos clases de bienes:

a) Aquellos que están afectados directamente a un servicio público, como lo son las plazas de guerra, los ferrocarriles, los edificios públicos. Estos bienes no son embargables (ver nota 14), puesto que no podría concebirse la paralización de un servicio público en virtud de la ejecución del crédito de un particular; pero el Estado puede venderlos, arrendarlos, etcétera, si bien estos actos están sujetos a formalidades legales más o menos rigurosas.

b) Los que no están afectados a un servicio público y cuya utilidad general es sólo mediata; tal sería el caso de las tierras sin dueños, de los bienes vacantes o mostrencos. Estos bienes son embargables, pueden venderse, gravarse, e inclusive, son susceptibles de ser adquiridos por prescripción por los particulares que los hubieran poseído.

(nota 1) FREITAS sólo habla de los navegables y sus brazos (art. 328, inc. 4º). En el derecho francés se incluyen también los flotables; véase PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, ed. La Habana, t. 3, n° 126; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Des biens, t. 1, n° 174; AUBRY y RAU, 4ª ed., t. 2, p. 38, nota 5.

(nota 2) C. Civil 1ª Cap., 22/12/1926; J.A., t. 23, p. 822.

(nota 3) Véase el interesante fallo de la C. Apel. Bahía Blanca, 18/12/1941, J.A., 1942-III, p. 33; además, BIELSA, Derecho Administrativo, 4ª ed., t. 2, ps. 487 y s., n° 458; SPOTA, Derecho Civil, t. 1, vol. I, n° 141. La C. Apel. Santa Fe decidió que en el orden provincial la desafectación podía considerarse operada por la sanción de una ley que autorizaba al Gobierno local a vender las islas del Paraná, 26/9/1950, L.L., t. 62, p. 91, con nota de SPOTA.

(nota 4) SALVAT, Parte General, 6ª ed., p. 680, n° 1498.

(nota 5) En este sentido: LLAMBÍAS, Derecho Civil, Parte General, t. 1, n° 1348, p. 7; PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, ed. La Habana, t. 3, n° 130 y 133; BAUDRY LACANTINERIE y CHAUVEAU, Des biens, n° 179; DE RUGGIERO, Instituciones de Derecho Civil, ed. Madrid, t. 1, p. 526.

(nota 6) En concordancia con la tesis sostenida en el texto: BIELSA, Derecho Administrativo, t. 2, p. 422, n° 426; LLAMBÍAS, t. 2, n° 1347; y AUBRY y RAU, 4ª ed., t. 2, § 169; véase también: COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, 11ª ed., t. 1, n° 955; PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, ed. La Habana, t. 3, n° 120.

(nota 7) C.S.N., 15/9/1926, J.A., t. 22, ps. 40 y 47. En estos dos casos, la Corte declaró necesaria, además de la expresión formal de la afectación, la realización de los trabajos que pusieran la cosa en estado de ser utilizada por la comunidad.

(nota 8) C.S.N., 26/6/1926, Fallos, t. 146, p. 288; C. Civil 2ª Cap., 22/10/1948, L.L., t. 52, p. 710.

En cambio creen que es un derecho de propiedad con caracteres singulares; SPOTA, vol. 3.5, nº 1689; LÓPEZ OLACIREGUI, en SALVAT, t. 2, nº 1479-A.

(nota 9) C.S.N., 14/7/1926, Fallos, t. 146, p. 363; íd., 15/9/1926, Fallos, t. 147. p. 154.

(nota 10) MACHADO, t. 6, ps. 221 y s., nota; BIELSA, 4ª ed., t. 2, p. 431, nº 430. En el sentido de que le pertenecen también las que no tengan dueño conocido, C.S.N., 19/11/1924, J.A., t. 14, p. 692.

(nota 11) LLAMBÍAS, Derecho Civil, Parte General, t. 2, nº 1351.

(nota 12) C. Civil 2ª Cap., 23/10/1939, L.L., t. 16, p. 616; C. Civil Cap., Sala D., 19/8/1952, L.L., t. 68, p. 53.

(nota 13) C. Civil Cap., Sala D, fallo citado en nota anterior.

(nota 14) C.S.N., 5/5/1888, Fallos, t. 33, p. 116; en el mismo sentido, BIELSA, 4ª ed., p. 428, nº 430; LLAMBÍAS, t. 2, nº 1352.

1118/10150

## 2.— Bienes municipales

1118/808

808. RÉGIMEN LEGAL.— Son bienes municipales, dice el artículo 2344 Ver Texto , los que el Estado a los Estados han puesto bajo el dominio de las municipalidades. Las leyes de organización de las comunas determinan sus rentas y bienes.

Y puesto que estas entidades desempeñan en la vida política de un pueblo una función eminentemente estatal, forzosamente sus bienes están sometidos al mismo régimen jurídico que los del Estado. También ellos se dividen en públicos y privados, siendo de aplicación los principios estudiados precedentemente.

1118/10160

### 3.— Bienes de la Iglesia Católica (ver nota 1)

1118/809

809. DOMINIO PÚBLICO Y PRIVADO.— La primera cuestión que se presenta en lo que atañe a los bienes de la Iglesia Católica, es si ellos pertenecen a la Iglesia Universal o bien a las iglesias parroquiales locales. El Código ha resuelto que pertenecen a estas últimas (art. 2345 Ver Texto , Cód. Civ.), adoptando así el criterio de los canonistas, quienes dejan a salvo el derecho de alta administración que corresponde al Pontífice romano (ver nota 2).

La solución adoptada por nuestro Código es importante, porque consagrada la independencia entre los bienes de las iglesias y, por ende, la separación de sus patrimonios, los créditos o deudas de cada una serán también independientes y la Iglesia no responderá por ellas (ver nota 3).

La vinculación estrecha que existe entre la Iglesia Católica y el Estado argentino, la protección que ella ha merecido de la Constitución y de las leyes de la Nación por ser la religión predominante en nuestro pueblo, la misión esencial que desempeña en la vida nacional, y el hecho de ser una persona de carácter público (art. 33 Ver Texto . Cód. Civ.), impone consagrar también respecto de sus bienes la distinción entre dominio público y privado. Formarán parte del primero los afectados directamente al culto, con todas las consecuencias que ello importa: inembargabilidad, inejecutabilidad, inalienabilidad, imprescriptibilidad, mientras dure la afectación (ver nota 4). Naturalmente, las autoridades eclesiásticas serán las únicas que pueden desafectar esos bienes.

1118/810

810.— El artículo 2345 Ver Texto permite la enajenación de los bienes de la Iglesia de acuerdo con las disposiciones eclesiásticas y con las leyes que rigen al patronato. Las leyes

canónicas autorizan la enajenación en los siguientes casos: a) Por evidente necesidad. b) Por utilidad manifiesta. c) Por razón de empleo en obras piadosas (ver nota 5). En todos los casos deben preceder deliberación y autorización del capítulo. En cuanto al derecho del patronato, se tendrá presente para determinar en cada caso si el Estado puede o no, como titular de él, oponerse a la enajenación.

1118/811

811. IGLESIAS NO CATÓLICAS.— Todas las Iglesias no católicas son para nuestra ley, meras corporaciones, personas jurídicas de carácter privado (art. 33 Ver Texto , Cód. Civ.). De ahí que no pueda hablarse en su caso de derecho público eclesiástico. Sus bienes, así sean los relativos al culto, se pueden enajenar, como los de cualquier persona jurídica, de acuerdo con sus estatutos (art. 2346 Ver Texto , Cód. Civ.).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: NAVARRO FLORIA, Los bienes de la Iglesia, E.D., diario del 7/2/1990; SPOTA, A. G., El dominio público eclesiástico, J.A., 1942-III, p. 911; DONOSO, J., Instituciones de derecho económico americano, París, 1887, t. 3; CAMPOS y PULIDO, J., Legislación y jurisprudencia canónica novísima, t. 3, Madrid, 1917.

(nota 2) DONOSO, op. cit. en nota anterior, t. 3, ps. 136 y s.; CAMPOS y PULIDO, op. cit. en nota anterior, p. 420.

(nota 3) Así lo resolvió la C. Civil, 2º Cap., 7/7/1942, J.A., 1942-III, p. 911.

(nota 4) De acuerdo: C. Com. Cap., 30/8/1989, E.D., fallo nº 42.083; con notas aprobatorias de USTINOV y ESTRADA; NAVARRO FLORIA, loc. cit. en nota 1218; SPOTA, loc. cit. en nota 1218; LLAMBÍAS-ALTERINI, Código Civil Anotado, t. IV, art. 2345.

(nota 5) DONOSO, op. cit. en nota 1218, t. 3, ps. 140 y s.; CAMPOS y PULIDO, op. cit. en nota 1217, t. 3, ps. 420 y s.

1118/10170

4.— Bienes de los particulares

1118/812

812. PRINCIPIO GENERAL.— Después de enumerar nuestro Código cuáles son los bienes pertenecientes al Estado nacional o provincial, a las municipalidades y a la Iglesia, dice que todos los demás pertenecen a los particulares, sean personas naturales o jurídicas (art. 2347 Ver Texto , Cód. Civ.).

Sin embargo, como algunos casos especiales podrían dar lugar a dificultades, en los artículos 2348 Ver Texto y siguientes se establecen estas reglas:

a) Los puentes y caminos, y cualesquiera otras construcciones hechas a expensas de particulares en terrenos que les pertenezcan, son del dominio privado de los particulares, aunque los dueños permitan su uso o goce a todos (art. 2348 Ver Texto ).

b) El uso y goce de los lagos que no son navegables, pertenece a los propietarios ribereños (art. 2349 Ver Texto ). Sin embargo, la reforma de los incisos 3º y 5º del artículo 2340 Ver Texto por la ley 17711 ha limitado muy sustancialmente el campo de aplicación de esta norma (véase núm. 802, 5).

La ley habla de uso y goce, no de propiedad. Esta queda reservada al Estado y forma parte de su dominio privado (ver nota 1). Sólo en caso de que todo el lago esté incluido dentro de los límites de una misma heredad, creemos que debe reconocerse el derecho de propiedad al dueño de ésta. Tal es la solución que se desprende por aplicación analógica del artículo 2350 Ver Texto .

c) Las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad, pertenecen en propiedad, uso y goce, al dueño de la heredad (art. 2350 Ver Texto ). Todas las demás corrientes de agua integran el dominio público del Estado (art. 2340 Ver Texto , inc. 3º).

1118/813

813. COSAS SUSCEPTIBLES DE APROPIACIÓN PRIVADA.— El artículo 2343 Ver Texto enumera las cosas sin dueño que cualquiera puede tomar para sí por medio de la apropiación. Este es un modo de adquisición del dominio que consiste en la aprehensión de las cosas muebles sin dueño o abandonadas por él, hecha por personas capaz de adquirir y con ánimo de apropiárselas (art. 2525 Ver Texto ).

1) Los peces de los mares interiores, mares territoriales, ríos y lagos navegables, guardándose los reglamentos sobre la pesca marítima o fluvial.

2) Los enjambres de abejas, si el propietario de ellas no los reclamare inmediatamente; el dueño, pues, debe perseguirlos de inmediato si quiere conservar su derecho sobre ellos (véase arts. 2545 Ver Texto y 2546).

3) Las piedras, conchas u otras sustancias que el mar arroja, siempre que no presenten signos de un dominio anterior; si, por el contrario, se encuentran señales de una propiedad anterior, deben aplicarse las disposiciones relativas a las cosas perdidas.

4) Las plantas y yerbas que vegetan en las costas del mar y también las que cubrieren las aguas del mar o de los ríos o lagos, guardándose los reglamentos policiales; este inciso no se aplica, como es obvio, a los ríos y lagos que pertenecen al dueño de la heredad, quien tiene derecho exclusivo a las plantas y yerbas.

5) Los tesoros abandonados, monedas, joyas y objetos preciosos que se encuentran sepultados o escondidos, sin que haya indicios o memoria de quién sea su dueño, observándose las restricciones de la parte especial de este Código, relativas a esos objetos. Es decir, que deben observarse las disposiciones de los artículos 2550 Ver Texto y siguientes, referentes a tesoros. Si hay indicios de sus primitivos dueños y éstos no se hallaren, se los considerará cosas perdidas.

(nota 1) LLAMBÍAS, t. 2, n° 1356; SALVAT, Parte General, 5ª ed., n° 1522 y s.; MACHADO, t. 5, p. 228, nota.

1118/10180

## CAPÍTULO XI - TEORÍA GENERAL DE LOS HECHOS Y ACTOS JURÍDICOS

1118/10190

### I. HECHOS JURÍDICOS (ver nota 1)

1118/10200

§ 1.— Concepto y clasificación

1118/814

814. CONCEPTO.— Dentro del sinnúmero de hechos que acaecen constantemente en el mundo externo, hay algunos que tienen la propiedad de producir efectos jurídicos. A éstos se los llama hechos jurídicos (art. 896 Ver Texto , Cód. Civ.).

Si se analiza esta relación entre el hecho y la consecuencia jurídica, es fácil advertir que esta última no deriva de alguna condición o calidad propia de la naturaleza de ciertos hechos, sino simplemente de que la ley así lo establece. De ahí que el hecho jurídico pueda ser definido como el presupuesto de hecho necesario para que se produzca un efecto jurídico; en otras palabras, es el conjunto de circunstancias que, producidas, deben determinar ciertas consecuencias de acuerdo con la ley.

Los hechos que no tienen ninguna trascendencia jurídica se llaman simples hechos; tales, por ejemplo, el trueno, el vuelo de un pájaro, un eclipse lunar, la lluvia, etcétera.

1118/815

815. CLASIFICACIÓN.— La naturaleza de los hechos jurídicos es tan variada y multiforme, que conviene clasificarlos a fin de introducir un orden en su estudio.

a) Ante todo, pueden clasificarse en naturales y humanos. Los primeros son todos aquellos que acaecen sin intervención del hombre; así, por ejemplo, un granizo que destruye una cosecha puede hacer nacer el derecho a una indemnización si la cosecha hubiera estado asegurada contra ese riesgo; un rayo puede, en algunos casos, dar lugar a una indemnización de accidentes de trabajo. Los hechos humanos son todos aquellos realizados por el hombre y que producen efectos jurídicos: un contrato, un delito, etcétera.

b) Asimismo, pueden clasificarse en hechos positivos o negativos; los primeros importan una transformación efectiva de ciertas circunstancias de hecho, tales como la muerte, un delito, la aceptación de una oferta; los segundos implican una abstención: la falta de

cumplimiento de una obligación de hacer o, por el contrario, el cumplimiento de una obligación de no hacer.

c) Los hechos jurídicos humanos pueden ser voluntarios e involuntarios; sobre este concepto nos remitimos a los números 816 y siguientes.

d) Finalmente, pueden ser lícitos e ilícitos, según sean o no conforme a la ley. A su vez, los hechos ilícitos se clasifican en delitos y cuasidelitos. De ellos nos ocuparemos en los números 822 y siguientes.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: CIFUENTES, *Negocio jurídico*, Buenos Aires, 1986; ORGAZ, A., *Concepto del hecho jurídico*, L.L. t. 59, ps. 892, y s.; *El concepto del acto jurídico*, en *Estudios de Derecho civil*, Buenos Aires, 1948, ps. 128, s.; ALSINA ATIENZA, *Los hechos jurídicos*, J.A., 1955-IV, sec. doct., ps. 57 y s.; BREBBIA, *Hechos y actos jurídicos*, Buenos Aires, 1979; AGUIAR, H., *Hechos y actos jurídicos*, Buenos Aires, 1950; PETRACCHI, *Hechos y actos jurídicos*, Seminario dirigido por TORINO, E., Facultad Derecho de Buenos Aires, 1938; FARINA, *Hecho jurídico, acto jurídico, negocio jurídico*, J.A., Doctrina, 1975, p. 545; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, 7ª ed., ps. 632 y s.; BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico*, trad. esp., Madrid, ps. 3 y s.; LARENZ, *Derecho Civil, Parte General*, trad. esp., Jaen, 1978.

1118/10210

§ 2.— Hechos voluntarios

1118/10220

A.— CONDICIONES INTERNAS

1118/816

816. CRÍTICA DEL CÓDIGO.— Según el artículo 897 Ver Texto del Código Civil, hechos voluntarios son aquellos realizados con discernimiento, intención y libertad. Y como consecuencia lógica de esta premisa, el artículo 900 Ver Texto dispone que los

hechos ejecutados sin alguno de estos elementos internos, no producen por sí obligación alguna.

Esta disposición merece dos serias objeciones: por una parte, importa un concepto puramente doctrinal, impropio de un Código; por la otra, significa enrolarse en la concepción psicológica de los actos voluntarios, dominante en la época en que VÉLEZ redactó el Código, pero cuya insuficiencia y falsedad ha quedado demostrada por la doctrina moderna (ver nota 1).

Por de pronto, es evidente que los tres elementos internos del acto voluntario, enumerados en el artículo 897 Ver Texto , pueden reducirse a uno solo: la intención. En efecto, si falta el discernimiento, no puede hablarse de acto intencional, porque la intención presupone la aptitud de discernir; tampoco puede decirse que un acto es intencional si el agente ha obrado bajo violencia, lo que significa que la falta de libertad afecta también la intención (ver nota 2).

1118/817

817.— Además, es falso que los actos realizados sin discernimiento, intención y libertad no produzcan por sí obligación alguna. El propio Código, no obstante que ello importa una contradicción palmaria, ha debido reconocer la plena validez de actos en los que faltan aquellos elementos. Los actos válidos de personas que carecen (por lo menos legalmente) de discernimiento, son numerosísimos (véase núm. 818). También lo son muchos actos en que falta la intención. Así, por ejemplo, en materia de error, el artículo 922 Ver Texto establece que se presumen practicados sin intención los actos realizados por error, lo que implica que tales actos deben reputarse involuntarios; no obstante ello, poco más adelante dispone que los actos realizados por error no excusable o no esencial (en los que, por adolecer de error, falta intención) son válidos (arts. 928 Ver Texto y 929). Del mismo modo, falta intención en el caso de dolo recíproco y en las declaraciones hechas bajo reserva mental (véase núm. 828); y falta libertad en la hipótesis de temor reverencial o de obligaciones contraídas en estado de necesidad, no obstante lo cual, todos estos actos son válidos (véase arts. 932 Ver Texto , inc. 4º, y 940 Ver Texto ; y nuestro número 1170).

Estas contradicciones son inevitables si se adopta la teoría psicológica de los actos voluntarios. Según ya lo hemos dicho, esa posición es hoy insostenible. Lo que interesa al derecho no son los procesos íntimos, desarrollados en el fondo de la conciencia individual, sino la exteriorización de ellos. El acto debe ser reputado voluntario siempre que haya una declaración de voluntad consciente emanada de una persona capaz (ver nota 3), salvo, naturalmente, el derecho del autor de esa declaración de impugnar su validez, cuando medie una causa legal para hacerlo (dolo, violencia, lesión, fraude, simulación, etc.). Sobre esta cuestión de fundamentalísima importancia, hemos de volver más adelante (véase núms. 828 y sigs.).

818. LA CUESTIÓN DEL DISCERNIMIENTO.— Luego de disponer el artículo 900 Ver Texto que los actos celebrados sin discernimiento no producen obligación alguna, el artículo 921 Ver Texto establece: Los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos por menores de 10 años; como también los actos de los dementes que no fuesen practicados en intervalos lúcidos, y los practicados por los que, por cualquier accidente, están sin uso de razón. Siendo el discernimiento un elemento inexcusable de los actos voluntarios y tratándose de algo tan sutil y variable según la edad y las personas, era inevitable señalar una regla general que zanjase la dificultad, de otra manera insalvable, de establecer cuándo existe o no discernimiento.

Pero al trazar una regla fija, de validez general, cualquiera sea el acto de que se trate, el Código se ha alejado intolerablemente de la realidad humana. Si discernimiento es una facultad elemental de valoración, es obvio que esa facultad no se tiene invariablemente a una misma edad para cualquier acto. Una criatura de 8 años puede discernir perfectamente si los útiles de colegio que compra en la librería son los que le ha pedido su maestra; si las golosinas que adquiere son las de su agrado; si el ómnibus que toma es el que la lleva a su casa. No tiene, en cambio, discernimiento para entender el significado de un contrato de sociedad o de constitución de hipoteca.

Este desacuerdo entre la norma legal (art. 921 Ver Texto ) y la realidad humana conduce a consecuencias paradójicas. Según nuestra ley, una menor que todavía no ha cumplido 14 años, puede, con autorización judicial, contraer matrimonio; en cambio, esa misma criatura no puede comprar una muñeca. Es decir, que para un acto tan trascendental como el matrimonio, se ha prescindido lisa y llanamente del régimen del discernimiento (ver nota 4); en cambio, se lo mantiene para actos baladíes. O mejor dicho, se lo pretende mantener; porque las reglas jurídicas que violan elementales necesidades de la vida social están inexorablemente destinadas a caer en desuso; es así como ha debido reconocerse la validez de numerosos actos, que nosotros hemos llamado pequeños contratos (véase núm. 489), a pesar de ser realizados por menores que todavía no han cumplido 14 años.

Todavía más contradicciones. Una mujer casada a los 12 ó 13 años tiene, a partir de ese momento, capacidad para realizar todos los actos de la vida civil, con muy pocas excepciones. Inclusive puede disponer de sus bienes (art. 135 Ver Texto ). ¿No era que carecía de discernimiento?

Igualmente, el acto celebrado por un demente es válido si quien contrató con él era de buena fe y adquirió el derecho a título oneroso (art. 473 Ver Texto ).

Sigamos adelante. Hemos visto que hay muy numerosos y a veces muy importantes actos jurídicos que pueden ser celebrados por personas que legalmente carecen de discernimiento. Pero hay más aún: no obstante haberse celebrado un acto con discernimiento, intención y libertad, puede ser nulo. Tal ocurre con los actos jurídicos celebrados por menores adultos o sordomudos que no saben darse a entender por escrito. Se dirá que no basta que estén reunidas aquellas condiciones y que es necesaria, además, la capacidad. ¿Pero entonces de qué sirve la noción del discernimiento? Lo que hay que preguntarse, en relación a los actos jurídicos, no es si se tiene o no aquella aptitud psicológica, sino, simplemente, si se tiene o no capacidad; basta con esto para que el acto sea válido, porque este concepto involucra en sí el discernimiento. Y si la ley no reconoce capacidad, el acto será nulo, sea porque se carece de discernimiento o porque se tiene un impedimento físico para ejercer los derechos (sordomudos) o por una imposibilidad práctica de ejercerlos (penados) o por otros motivos distintos (incapacidades de derecho).

Recapitulando: no obstante reunir las tres condiciones de discernimiento, intención y libertad, hay actos que son nulos; no obstante carecer el agente de discernimiento, puede realizar actos válidos. ¿En qué queda entonces la teoría de la voluntad psicológica? (ver nota 5).

1118/818

818. bis.— Hasta aquí nos hemos ocupado del discernimiento en relación con los actos voluntarios lícitos. Veamos ahora el problema en cuanto a los actos ilícitos. Para el Código, los dementes, los menores de 10 años carecen de discernimiento (art. 921 Ver Texto ), y no son responsables de los daños que causaren (art. 1076 Ver Texto ). Es una solución muchas veces inicua, aunque sea una consecuencia lógica de la teoría de la voluntad psicológica; y, por ello, la ley 17711 introdujo una importante limitación a esta exención de responsabilidad, agregando un nuevo párrafo al artículo 907 Ver Texto . Hemos tratado esta cuestión en otro lugar (núms. 550-551).

Cabe todavía señalar una contradicción más, dentro del sistema del Código. Los ebrios están privados momentáneamente de su discernimiento (art. 921 Ver Texto ) y, sin embargo, son responsables de sus actos, a menos que se probare que la embriaguez fue involuntaria (art. 1070 Ver Texto ). La solución es acertada, pero es preciso reconocer que resulta incoherente con el artículo 921 Ver Texto .

Ello significa que el Código se inclina por soluciones injustas cuando permanece fiel a su concepción psicológica de los actos voluntarios, y acierta cuando se aparta de ella.

(nota 1) Con razón dice BEKKER: “¡Dios nos libre de una escuela de civilistas psicólogos!”, cit. por FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, trad. esp. Madrid, 1926, p. 28.

(nota 2) De acuerdo con esta observación, AGUIAR, H., *Hechos y actos jurídicos*, Buenos Aires, 1950, t. I, ps. 73 y 91, quien, sin embargo, no suscribe nuestra crítica. En igual sentido, SALVAT, *Parte General*, 6ª ed., n° 1576; SPOTA, t. 8, n° 1777.

(nota 3) De acuerdo: SPOTA, t. 8, n° 1777, p. 64.

(nota 4) Y hay que añadir que esta solución se impone necesariamente, pues no es posible negar el derecho de casarse a la mujer que se encuentra embarazada. Lo que demuestra que el matrimonio no es solamente una cuestión de desarrollo mental, sino también de sexo y de desarrollo físico. Este acto tan importante pone a prueba la teoría psicológica de la voluntad; sobre el punto remitimos a nuestro estudio *La teoría de los vicios del consentimiento y en particular el error, con relación al matrimonio*, L.L., t. 74, p. 831.

(nota 5) Restaría, sin embargo, una hipótesis en que la exigencia del discernimiento parecería conservar su utilidad: nos referimos al caso de los actos celebrados por ebrios y sonámbulos, que tienen capacidad, pero que carecen de discernimiento y que por ello serían anulables. Pero es obvio que para explicar la nulidad de tales actos no es necesario recurrir a la teoría de la voluntad psicológica. Lo explica muy bien la de la declaración de la voluntad (véase núms. 830 y sigs.). Esta teoría ha remarcado muy especialmente la importancia de las circunstancias que rodean la manifestación, a los fines de su validez y efectos. Porque la declaración no consiste únicamente en las palabras dichas o escritas, sino en la conducta exterior de una persona que, según las circunstancias que la rodean y de acuerdo con la buena fe permitan inferir la existencia de una voluntad de obligarse. Va de suyo que los actos realizados en un estado onírico, hipnótico o de ebriedad, carecen de validez. Si ese estado fuere notorio, nadie podrá prevalerse de una declaración de voluntad hecha en tales condiciones, porque ello sería contrario a la buena fe; si no fuere notorio, el que pretende luego desligarse de sus compromisos alegando que dio su consentimiento en ese estado, no tendrá medio de probarlo y la declaración producirá todos sus efectos.

1118/10230

## B.— CONDICIÓN EXTERNA

1118/819

819. LA DECLARACIÓN DE LA VOLUNTAD.— Reconociendo la insuficiencia de los elementos internos de la voluntad para conferirle valor jurídico, el artículo 913 Ver Texto dispone que ningún hecho tendrá el carácter de voluntario, sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste. Es lo que se llama la manifestación o declaración de la voluntad.

Por declaración de voluntad debe entenderse no sólo la palabra verbal o escrita, sino toda conducta o proceder que de acuerdo con las circunstancias permita inferir la existencia de una voluntad.

1118/820

820. DISTINTAS FORMAS DE MANIFIESTACIÓN DE LA VOLUNTAD.— La declaración de la voluntad puede ser formal o no formal, positiva o tácita, o inducida por una presunción de la ley (art. 915 Ver Texto ).

a) Declaración formal y no formal. Llámense declaraciones formales a aquellas cuya eficacia depende de la observancia de las formalidades exclusivamente admitidas como expresión de la voluntad (art. 916 Ver Texto ); ejemplo típico es el testamento, el casamiento, etcétera. Declaraciones no formales son aquellas que no están sujetas a ninguna solemnidad legal. De este tema nos ocuparemos con la debida extensión en los números 922 y siguientes.

b) Declaraciones expresas y tácitas. Declaraciones expresas son aquellas en que la voluntad se manifiesta verbalmente, o por escrito, o por signos inequívocos (art. 917 Ver Texto ). Los ejemplos de la última hipótesis son frecuentes en la vida diaria: una persona sube a un ómnibus y, sin pronunciar palabra, paga su boleto; o bien saca una revista de un puesto y deja el importe; o bien levanta la mano en un remate para hacer una postura. No han mediado palabras, pero la conducta ha sido inequívoca e importa, por consiguiente, una declaración expresa de voluntad.

El concepto de una voluntad tácita no está bien logrado en el artículo 918 Ver Texto , que habla de actos por los cuales se pueda conocer con certidumbre la voluntad. Ahora bien: si de los actos realizados se desprende esa certidumbre, es porque se trata de signos inequívocos, como lo afirma el artículo 917 Ver Texto y, por consiguiente, la manifestación es expresa. Está claro así que, ateniéndonos rigurosamente a los términos del artículo 917 Ver Texto , la única manifestación tácita de voluntad sería aquella que, en ciertos casos, se infiere del silencio. Pero lo cierto es que tanto en muchas disposiciones del Código como en el lenguaje jurídico más generalizado, se llama manifestación tácita a la que surge de la

conducta clara e inequívoca de una persona que, empero, no ha dado un consentimiento escrito o verbal.

c) Declaración presumida por la ley. A veces, la declaración de la voluntad resulta de una presunción legal. Si la víctima de un delito hace con el autor un convenio sobre el pago de los daños y perjuicios, la ley presume que se renuncia a la acción criminal (art. 1097 Ver Texto ); si un pagaré se encuentra sin anotación alguna en poder del deudor, se presume que su entrega le ha sido hecha voluntariamente por el acreedor (art. 878 Ver Texto ).

1118/821

821. EL SILENCIO COMO MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD (ver nota 1).— En principio, el silencio guardado por una persona con respecto a una oferta o a la conducta de otra, no puede ser tomado como manifestación de voluntad (art. 919 Ver Texto , 1ª parte). Por silencio debe entenderse no sólo el abstenerse de pronunciar o escribir palabras, sino también la abstención de realizar signos inequívocos, que permitan inferir la voluntad de una persona.

Sin embargo, hay algunas hipótesis en que la ley atribuye también al silencio el alcance de una manifestación de voluntad. Esas hipótesis son las siguientes:

a) Cuando haya una obligación de explicarse por la ley (art. 919 Ver Texto ). Por ejemplo, si una persona es llamada judicialmente a reconocer la firma que está al pie de un documento y guarda silencio, la firma se tiene por reconocida, es decir, que el silencio equivale a una declaración de reconocimiento.

b) Cuando haya obligación de explicarse por las relaciones de familia (art. 919 Ver Texto ). Ejemplo: si el marido no impugna la paternidad del hijo dentro del año de la inscripción del nacimiento o desde que tuvo conocimiento del parto, caduca su acción de impugnación (art. 259 Ver Texto ).

c) Cuando haya una obligación de explicarse a causa de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes (art. 919 Ver Texto ). Ejemplo: un comerciante suscribe con otro un contrato mediante el cual éste se obliga a hacerle entrega periódica de una mercadería a un precio que se estipula y pagadero trimestralmente, sujetando la duración del contrato a un preaviso. Al cabo de un tiempo, el proveedor le hace saber al otro contratante que la mercadería ha subido de precio y que, en adelante, se la cobrará a tanto más. El comerciante guarda silencio y sigue recibiendo la mercadería. Este silencio debe ser interpretado como aceptación del nuevo precio. Se ha resuelto también que si avisado el

mandante por el mandatario, que se ha extralimitado en sus poderes, guarda silencio, debe entenderse que ha habido ratificación (ver nota 2).

d) A estos casos previstos en el artículo 919 Ver Texto del Código Civil hay que añadir la siguiente hipótesis: que las partes hayan convenido que el silencio de una de ellas sea tomado como declaración de voluntad en un sentido dado. En tal caso, es la voluntad de las partes la que le confiere ese valor (ver nota 3). Ejemplo: dos personas celebran un contrato de sociedad por cinco años de duración y estipulan que el término se prorrogará por cinco años más si las partes no manifestaran su voluntad en contrario antes del primer vencimiento.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: NOVILLO SARAVIA, L. (h), El silencio en la formación de los contratos, Córdoba, 1941; SPOTA, A.G., El silencio como manifestación del consentimiento en los contratos, L.L., t. 24, p. 715; HALPERÍN, I., El silencio en la formación de los contratos, L.L., t. 3, sec. jurisp. extr., p. 33; DE DIEGO, El silencio en el derecho, Madrid, 1925; MORAES LEME, L., Da efficacia juridica do silencio, São Paulo, 1933; MELO, B., O silencio no direito, Lisboa, 1939; OSSILIA, E., Il silenzio come dichiarazione de volontà, Riv. Dir. Commerciale, 1924-II, p. 8; PACCIONI, G., Il silenzio nella conclusione dei contratti, Riv. Dir. Commerciale, 1906-II, p. 23; TESAURO, Il silenzio e l'omissione nella teoria degli contratti, Torino, 1921.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala E, 29/12/1952, J.A., 1953-II, p. 490.

(nota 3) Véase NOVILLO SARAVIA, L. (h), El silencio en la formación de los contratos, p. 51; y C. Civil Cap., Sala A, 26/11/1962, L.L., t. 100, p. 498 y J.A., 1963-II, p. 606.

1118/10240

## C.— HECHOS ILÍCITOS

1118/11150

821 bis. CONCEPTO Y ELEMENTOS DE LOS ACTOS ILÍCITOS.— Para que exista un acto ilícito, del punto de vista del derecho civil, es indispensable: a) que sea contrario a la ley; b) que haya ocasionado un daño a terceros. En efecto, mientras no haya un tercero damnificado, no interesa, en el orden civil, juzgar la actitud e ilicitud de la conducta

humana, puesto que el interés es la medida de las acciones. Este daño puede ser actual (ya producido) o simplemente eventual (futuro y posible); aun en este último caso, es evidente el interés de la víctima de poder ejercer las acciones que eviten o prevengan el evento dañoso. Así, por ejemplo, si mediante dolo o violencia una persona ha conseguido de otra la firma de un contrato que tendrá indudablemente para ésta graves consecuencias económicas, habrá derecho a reclamar la nulidad, aunque todavía no hayan tenido lugar esas consecuencias dañosas.

1118/822

822. DELITOS Y CUASIDELITOS.— Los actos ilícitos se clasifican en delitos y cuasidelitos. Los primeros son aquellos realizados con la intención de producir el resultado contrario a la ley; así, por ejemplo, el homicidio o lesiones premeditados, el robo, etcétera. En los segundos, en cambio, no media intención, sino que el daño ha resultado de un acto (o de una omisión) llevado a cabo sin tomar todas las diligencias para evitar el daño: ejemplo típico es el accidente de tránsito ocasionado por el exceso de velocidad o por cualquier otra negligencia.

En el sistema seguido por nuestro Código, también los cuasidelitos son actos voluntarios, en el sentido de que han sido realizados con discernimiento, intención y libertad (arts. 897 Ver Texto y sigs.); sólo que en este caso la intención no estaba dirigida a producir el daño, sino a realizar un acto que, por culpa o negligencia, ha resultado dañoso.

1118/11160

822 bis. CONSECUENCIAS DE LA DISTINCIÓN ENTRE DELITOS Y CUASIDELITOS.— Interesa formular con prolijidad esta distinción, por las consecuencias que tiene en orden a la responsabilidad del agente.

a) Si el hecho es culposo, el autor no responde de las consecuencias casuales; pero sí responderá cuando hay dolo y las tuvo en miras al ejecutar el hecho (art. 905 Ver Texto ).

Vale decir que no basta que haya dolo (cuyas consecuencias, en principio, son las mismas que las de la culpa, art. 1109 Ver Texto ), sino que es necesario además que el autor del hecho haya tenido en mira determinadas consecuencias casuales al cometerlo. Basta con decirlo, para advertir que esta diferencia tiene muy escasa significación, porque es muy poco probable que un delito se cometa teniendo en mira una cierta consecuencia casual y más difícil todavía probar que se la tuvo en mira. Finalmente, si se prueba que se tuvo en mira, será poco menos que imposible que se trate de una consecuencia casual.

b) El coautor de un delito civil que hubiera indemnizado a la víctima, no tiene acción contra sus coautores para reclamarles la parte que a ellos les correspondiere (art. 1082 Ver Texto ); en cambio el coautor de un cuasidelito la tiene (art. 1109 Ver Texto , 2º ap., agregado por ley 17711 ).

c) Tratándose de un cuasidelito, los jueces pueden disminuir equitativamente el monto de la indemnización de los daños probados en atención a la situación patrimonial del deudor; en cambio, si hay dolo, los jueces carecen de tal atribución y deben indemnizarse todos los daños probados a su verdadero valor (art. 1069 Ver Texto , 2º ap. agregado por la ley 17711 ).

Agreguemos que la ley 17711 zanjó definitivamente una cuestión que todavía daba lugar a controversias, aunque la jurisprudencia se había inclinado decididamente en favor del sistema hoy imperante (ver nota 1). La cuestión era si la responsabilidad por los cuasidelitos era o no solidaria para los coautores, como lo es indudablemente en los delitos, por disposición expresa del artículo 1081 Ver Texto . La ley 17711 adoptó la solución de que la responsabilidad es solidaria en cualquier caso. Ello resulta: a) de la supresión del artículo 1108 Ver Texto , que para el supuesto de cuasidelitos remitía a ciertos artículos relativos a los delitos, entre los que no estaba el que establece la solidaridad. Con esta supresión cobra plena vigencia la regla del artículo 1109 Ver Texto que dispone que la obligación de resarcir el daño en los cuasidelitos está sujeta a las mismas disposiciones relativas a los delitos de derecho civil, entre los que se cuenta la solidaridad; b) más aún, el artículo 1109 Ver Texto expresamente da por sentado que existe solidaridad en los cuasidelitos al disponer que los coautores que han pagado el total de la indemnización tienen acción de contribución contra los restantes.

1118/823

823.— Es necesario no confundir el delito civil con el criminal. El primero está caracterizado, según ya lo hemos dicho, por la intención de cometer el acto contrario a la ley. En cambio, delito criminal es todo acto previsto y penado por las leyes penales, sea intencional o culposo. De esta divergencia conceptual resulta que muchas veces un hecho importa la comisión de un delito criminal, pero no de uno civil, y viceversa. Así, por ejemplo, un homicidio culposo, tal como el que resulta de un accidente de tránsito, es un delito criminal, pero no civil; antes bien, es un caso típico de cuasidelito.

Además, el daño causado no es elemento indispensable del delito criminal, como es en el civil; la simple tentativa es un hecho punible.

(nota 1) C.S.N., 24/11/1941, L.L., p. 25, p. 581 y J.A., t. 76, p. 973; íd., 2/4/1948, J.A., 1948-II, p. 99; C. Civil Cap., Sala B, 24/6/1957, L.L., t. 89, p. 481; C. Civil Cap., Sala C, 19/11/1951, J.A., 1952-II, p. 370; íd., Sala D, 17/11/1953, L.L., t. 74, p. 373; Sala E, 31/7/1961, E.D., t. 2, p. 567; C. Paz Cap. en pleno, 29/5/1956, J.A., 1957-I, p. 64; C. Apel. Río Cuarto, 24/12/1951, J.A., 1953-III, p. 222; S. T. Córdoba, 15/9/1944, J.A. 1944-IV, p. 746; etc.

1118/10250

## II. ACTOS JURÍDICOS (ver nota 1)

1118/824

824. CONCEPTO E IMPORTANCIA.— Dentro de la categoría de actos voluntarios lícitos existe una especie, los actos jurídicos, que tiene una enorme importancia en el campo del derecho. Es el medio con que cuentan los hombres para establecer entre ellos el tejido infinito y complejísimo de sus relaciones jurídicas. La inmensa masa de actos jurídicos comprende hechos de tan diversa importancia y naturaleza como, por ejemplo, las pequeñas compras de mercaderías al contado (cigarrillos, golosinas, comestibles, etc.), la adquisición de un inmueble, de un establecimiento comercial o industrial, un pago, etcétera.

No resulta extraño, por consiguiente, que los juristas se hayan encontrado con serias dificultades para formular un concepto que abarque actos tan diversos. En la doctrina alemana la cuestión ha dado lugar a dificultades tan graves, que WINSCHIED ha podido escribir: “En rigor, aquí no se debería decir: negocio jurídico es esto y esto, sino: por negocio jurídico, yo entiendo esto y esto (ver nota 2).

De estas dificultades nos hemos librado en nuestro derecho, merced a una acertadísima disposición contenida en el artículo 944 Ver Texto , que define con toda precisión el acto jurídico: Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos.

1118/825

825. CARACTERES.— De esta definición se desprenden los caracteres propios de los actos jurídicos: 1) son actos voluntarios; 2) son lícitos; 3) tienen por fin inmediato la

producción de efectos jurídicos. Este último es el carácter específico de los actos jurídicos y el que permite distinguirlos de otros actos voluntarios lícitos.

Sostiene DANZ que es inexacto que los actos jurídicos se caractericen porque las partes se propongan un fin jurídico. Lo que ellas se proponen es siempre un fin práctico, generalmente de orden económico, pero no uno jurídico. Cuando una persona sube a un ómnibus, no procura celebrar un contrato de transporte, sino simplemente hacerse conducir hasta el lugar de destino. Cuando se compra una camisa, una corbata, nadie piensa en el contrato de compraventa, sino en el placer que le deparará la compra o en la necesidad que llena (ver nota 3). La objeción de DANZ no nos parece decisiva. Es indiscutible que las partes, al celebrar un negocio jurídico, tienen en cuenta un fin de orden práctico; pero si ese fin práctico tiene al mismo tiempo un resultado jurídico, tal como la adquisición, modificación o pérdida de un derecho, es legítimo decir que las partes —sépanlo o no— han estado persiguiendo un fin jurídico. Cuando compro un paquete de cigarrillos, sólo pienso en el placer que me deparará fumar; pero al hacer la compra he tenido en vista adquirir el derecho a los cigarrillos. Es posible también que quien viaja en subterráneo ignore que ha celebrado un contrato de transporte e, incluso, que exista tal contrato, pero, al pagar el viaje, ha tenido como fin inmediato hacerse transportar a su destino, o sea adquirir el derecho a ello.

1118/826

826. **DISTINCIÓN CON OTROS ACTOS VOLUNTARIOS LÍCITOS.**— Según ya lo hemos dicho, los actos jurídicos se distinguen de los demás actos voluntarios lícitos en que tienen por fin inmediato producir efectos jurídicos. En cambio, en los restantes actos voluntarios lícitos las partes no se proponen un fin jurídico que, no obstante, puede producirse por imperio de la ley. Así, por ejemplo, el acto de alambrar un campo tiene un fin exclusivamente práctico (evitar el paso de hacienda); sin embargo, es un acto posesorio del que derivan todas las consecuencias establecidas en la ley. El artista que pinta una tela o que talla la piedra, sólo se propone crear una obra de arte; pero, por imperio de la ley, se produce un efecto jurídico, la adquisición del derecho intelectual sobre el cuadro o la escritura (ver nota 4).

1118/827

827. **TERMINOLOGÍA.**— Nuestro Código, siguiendo las huellas de la doctrina francesa, ha adoptado la denominación de acto jurídico, que han seguido también códigos tan modernos como el brasileño y el peruano. En cambio, en el derecho alemán, en el italiano y en el español se prefiere la expresión negocio jurídico, dejando la de acto jurídico para todos los actos voluntarios lícitos.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: CIFUENTES, *Negocio jurídico*, Buenos Aires, 1986; ORGAZ, *El concepto del acto jurídico en estudios de derecho civil*, ps. 127 y s.; íd., *El acto o negocio jurídico*, en *Nuevos Estudios de Derecho Civil*, Buenos Aires, 1945, ps. 200 y s.; AGUIAR, H., *Hechos y actos jurídicos*, Buenos Aires, 1950; BREBBIA, *Hechos y actos jurídicos*, Buenos Aires, 1979; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, 7ª ed., Madrid, 1949, ps. 655 y s.; BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico*, trad. esp., Madrid; CARIOTTA FERRARA, L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Nápoli, 1949; SCIALOJA, V., *Negozio Giuridico*, en *Nuovo Digesto Italiano*, t. 8, ps. 973 y s.; DANZ, E., *Interpretación de los negocios jurídicos*, trad. esp., Madrid, 1926; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *Parte General*, t. 1, vol. 2, ps. 52 y s.; VON TUHR, A., *Teoría General del Derecho civil alemán*, t. 3, ps. 161 y s.; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, ed. La Habana, t. 6, nº 46 y s.; LARENZ, *Derecho Civil, Parte General*, trad. esp., Jaen, 1978.

(nota 2) WINSCHIED, *Diritto delle pandette*, t. 1, § 69, nota 1.

(nota 3) DANZ, *La interpretación de los negocios jurídicos*, ps. 21, y s.; ORGAZ, que había manifestado su adhesión al punto de vista de DANZ (*El concepto del acto jurídico*, en *Estudios de Derecho Civil*, p. 145), ha rectificado más tarde su opinión (*El acto o negocio jurídico*, en *Nuevos Estudios de Derecho Civil*, p. 213, nº 5).

(nota 4) ENNECCERUS los llama actos reales, que serían una categoría dentro de los actos voluntarios lícitos. Sobre la sutil y, a nuestro modo de ver, muy discutible clasificación de estos actos, por este autor, véase *Tratado, Parte General*, t. 1, vol. 2, ps. 11 y s.

1118/10260

§ 1.— La voluntad y la declaración en los actos jurídicos

1118/828

828. EL PROBLEMA DE LAS DIVERGENCIAS ENTRE LA INTENCIÓN Y LA DECLARACIÓN DE LA VOLUNTAD (ver nota 1).— Si bien lo normal en un acto jurídico es que la intención coincida con la declaración de la voluntad, suelen presentarse algunas hipótesis de desencuentro entre ambas: a) cuando por error se manifiesta una cosa distinta de la que en realidad se desea; b) en el caso de reserva mental, o sea cuando deliberadamente se hace una manifestación que no coincide con la intención, haciendo

reserva interior de que no se desea lo que se manifiesta desear; c) cuando se hace una declaración con espíritu de broma o sin entender obligarse, como, por ejemplo, las palabras pronunciadas en una representación teatral; d) cuando se simula un acto jurídico; e) cuando la declaración ha sido forzada por violencia o ha resultado de un engaño.

La comprobación de la posibilidad de desacuerdo entre la intención y la declaración hace inevitable este interrogante: ¿debe darse prevalencia a la intención sobre la declaración o a ésta sobre aquélla?

Digamos, desde ya, que esta cuestión no ofrece interés práctico en algunas de la hipótesis señaladas; así, por ejemplo, en materia de dolo y de violencia, en que la nulidad del acto se funda en el hecho ilícito. En cambio, tiene importancia decisiva en otros casos; tal, por ejemplo, en el error, y muy particularmente en el delicado problema de la interpretación de los actos jurídicos.

1118/829

829. TEORÍA DE LA VOLUNTAD.— La teoría clásica sostenía el imperio absoluto de la voluntad interna. Según ella, la esencia misma, el origen íntimo y verdadero de toda vinculación contractual es la voluntad de las partes. “Implicando la noción de contrato — dice CELICE— el concurso de dos voluntades internas, lo que hay que interpretar son esas voluntades; todo lo que las acompaña, gestos, palabras, escritos, etcétera, no son más que despreciables vestigios de los procesos por los cuales se han dado a conocer” (ver nota 2). La declaración sólo sería un elemento formal, accidental; y la noble tarea judicial consiste en desentrañar la verdadera voluntad de las partes y hacerle producir efectos.

Esta teoría imperó sin contradicción hasta principios del siglo XIX, en que los juristas alemanes la hicieron objeto de duros ataques, sosteniendo, por su parte, una doctrina objetiva, sustentada en la declaración de la voluntad (ver nota 3).

1118/830

830. TEORÍA DE LA DECLARACIÓN DE LA VOLUNTAD.— Dejando de lado algunas exageraciones que condujeron a negar todo papel a la voluntad en la formación de los actos jurídicos (ver nota 4), es preciso destacar cuál fue el mérito principal de la doctrina alemana: poner de relieve la importancia principalísima de la declaración en la formación de los actos jurídicos. No es exacto que la declaración sea un despreciable vestigio de la voluntad interna; por el contrario, forma con ésta un todo indisoluble, a tal punto que no puede concebirse una sin la otra. Para que la intención se transforme de fenómeno de conciencia en fenómeno volitivo, es indispensable la exteriorización; de ahí que ésta sea

necesaria para la existencia misma de la voluntad y que por consiguiente sea falso e impropio hablar de voluntad interna (ver nota 5).

Por lo demás, y planteando la cuestión en un terreno estrictamente jurídico, es necesario reducir a sus justos límites el papel de la voluntad en lo que atañe a los efectos de los actos jurídicos. Es preciso afirmar que la fuerza obligatoria de los contratos no deriva de la voluntad de las partes, sino de la ley. Es verdad que al atribuirle esa obligatoriedad, la ley tiene en cuenta de modo muy primordial el respeto por la voluntad del hombre; pero también considera otros factores no menos importantes: la obligatoriedad de los contratos es una exigencia ineludible del comercio y de la vida social; media inclusive una razón de orden moral en el cumplimiento de la palabra empeñada.

Son muchos, pues, los factores que han inducido al legislador a establecer la obligatoriedad de los actos jurídicos y no tan sólo el respeto de la voluntad. Prueba de ello es que ese efecto persiste, aunque cambie la voluntad de alguna de las partes. “En el momento en que se dice que mi voluntad me obliga —dice TARDE— esta voluntad ya no existe; ella me ha devenido extraña, de tal modo que es exactamente como si yo recibiera una orden de otro” (ver nota 6).

Pero es en la faz práctica en la que la teoría clásica revela toda su debilidad. Es evidente que la intención o voluntad íntima (como tan impropriamente se llama) justamente por ser puramente psicológica e interna, es inaccesible a los terceros y no puede ser la base de un negocio jurídico, que por ser fuente de derechos y obligaciones, quizá gravosas, debe tener un fundamento concreto, seguro y serio, condiciones que no podrán encontrarse en la simple intención.

Resulta así evidente que la formación de los contratos en general, no puede surgir sino de la coincidencia de las voluntades declaradas, únicas que pueden conocer y apreciar las partes. Ni éstas ni el juez llamado a entender en un litigio, pueden ni deben intentar vanas investigaciones psicológicas, destinadas a resultados inciertos.

No debe pensarse, por ello, que la teoría de la declaración menosprecia la intención; por el contrario, su aplicación conducirá a respetarla en la enorme mayoría de los casos, porque lo normal es que las palabras de una persona coincidan con su intención, tanto más cuanto que se trata de negocios jurídicos en que precisamente por ser fuente de derechos y obligaciones, las partes ponen un especial esmero en traducir con fidelidad su pensamiento (para mayores desarrollos véase núms. 888 y sigs.).

831.— La doctrina de la voluntad, llevada a sus extremos lógicos, conduce a consecuencias inaceptables. Así, por ejemplo, la obligación contraída bajo reserva mental debería anularse; pero como ello importaría premiar la mala fe, universalmente se admite su validez. Pero si la voluntad psicológica es el origen de las obligaciones contractuales y en este caso se prueba que no ha existido tal voluntad, la obligación tendría que ser anulada dejando a salvo el pago de daños y perjuicios. Tampoco puede explicar la teoría de la voluntad que los actos simulados (y, por lo tanto, no queridos) sean perfectamente válidos respecto de terceros.

La aplicación rigurosa de la teoría de la voluntad llevaría tal desorden e inseguridad al comercio jurídico que todos los códigos, aun aquellos que han llevado el dogma de la voluntad a los mayores extremos, han tenido que hacer concesiones tales que, prácticamente, sus soluciones no difieren de las que se desprenden de la teoría de la declaración (ver nota 7). De lo contrario se daría pábulo al engaño y a la mala fe, pues la simple posibilidad de probar que se tenía una voluntad distinta de la declarada para desligarse de las obligaciones contraídas, abriría un ancho camino a toda clase de artimañas para eludir el cumplimiento de obligaciones legalmente consentidas. Así, por ejemplo, no sería difícil preconstituir prueba documental o de testigos para comprobar que se tiene una voluntad distinta de la manifestada; si el negocio sale bien, se cumple el contrato y la prueba se mantiene oculta; si sale mal, se exhibe la prueba preconstituida y se pide la nulidad.

1118/832

832.— Los sostenedores de la teoría clásica han pretendido formular algunas objeciones contra el planteo de la doctrina de la declaración. Afirman que, de aceptar plenamente su tesis, es decir, si nos debiéramos atener únicamente a la manifestación externa y no a la verdadera voluntad, sería válido el consentimiento prestado por una persona en estado de ebriedad o de hipnotismo. Pero tal crítica es evidentemente superficial. La teoría de la declaración —tal como nosotros la exponemos y aceptamos— no desconoce el papel de la voluntad en la formación de los actos jurídicos. Precisamente por ello se llama teoría de la declaración de la voluntad. Las palabras o gestos de una persona ebria o dormida no constituyen la exteriorización de una voluntad. Más que palabras son sonidos, que no pueden producir efecto jurídico alguno. Para que la declaración sea considerada como expresión de la voluntad, es menester la intención de obligarse jurídicamente, tener conciencia de que la manifestación que se formula puede ser fuente de derechos y obligaciones (ver nota 8). Esa intención o conciencia de obligarse, surge de las circunstancias en que se la emitió y de la seriedad con que se la hizo. Por ello la declaración hecha por un actor a otro, durante una representación teatral en la que le afirma que le pagará cierta suma de dinero, no da derecho al segundo a reclamarle posteriormente esa cantidad; ni tampoco tiene valor alguno una declaración similar, cuando ha sido hecha con un claro y evidente espíritu de broma (ver nota 9). Porque por declaración de voluntad no debe entenderse las palabras o gestos de una persona considerados en sí mismos, sino que deben tomarse en cuenta también las circunstancias en que se emitieron y que le dan un

significado peculiar (véase núm. 903). Por ello DANZ define la declaración de voluntad como “la conducta de una persona, que según la experiencia del comercio social y apreciando las circunstancias, permite ordinariamente inferir la existencia de una determinada voluntad, aunque la persona de que se trata no tenga en realidad esa voluntad interna que de su declaración se infiere (ver nota 10).

La teoría de la declaración impone a ambas partes el deber de obrar lealmente; de ahí que nadie podría ampararse en las palabras pronunciadas por un ebrio o un loco, para obtener ventajas.

1118/833

833.— En conclusión: la buena fe, la seguridad de los negocios, la confianza que debe presidir las relaciones humanas, están interesadas en que los actos jurídicos reposen sobre una base cierta y segura, que no puede ser otra que la voluntad declarada; las intenciones que no existen sino en el espíritu de las partes, no entran en el dominio del derecho. Bien claro que por declaración de voluntad no debe entenderse tan sólo la palabra hablada o escrita, sino toda conducta o proceder que de acuerdo con las circunstancias y apreciada de buena fe, permita inferir la existencia de una voluntad de obligarse (ver nota 11).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: BORDA, G.A., Error de hecho y de derecho, 2ª ed., Buenos Aires, 1950; CHABAS, J., De la declaration de al volonté en droit civil français, París, 1930; CHARMONT, J., De la declaration de la volonté, *Revue Critique*, 1902, ps. 456 y s.; GOUMARS, N., Le rôle de la volonté dans l'acte juridique, París, 1931; DEREUX, G., Etude des diverses conceptions actuelles du contrat, *Revue Critique*, París, 1901, ps. 513 y s.; HAURIOU y DE BEZIN, La declaration de volonté dans le droit administratif français, *Revue Trimestrielle*, 1903, ps. 543 y s.; LOUIS-LUCAS, P., Volonté et cause, París, 1918; MEYNIAL, La declaration de la volonté, *Revue Trimestrielle*, 1902, t. 1, ps. 550 y s.; PONCEAU, R., La volonté dans les contrats suivant le Code Civil, París, 1921; RIEG, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, París, 1911; SALEILLES, R., De la declaration de la volonté, París, 1901; FERRARA, F., Introducción a su obra La simulación de los negocios jurídicos, donde puede encontrarse una importante síntesis de la doctrina alemana sobre esta materia; BETTI, E., Teoría general del negocio jurídico, ps. 51 y s.; DANZ, E., La interpretación de los negocios jurídicos, trad. esp., Madrid, 1926; MC KEAG, E. C., Mistake on contracts, *Studies in History, Economic and Public Law*, t. 23, nº 2, New York, 1905; CHEATA, C., Volonté réelle et volonté déclarée dans le nouveau Code Civil Egyptien, *Revue Internationale de droit comparé*, abril-junio 1954, p. 241.

(nota 2) CELICE, R., El error en los contratos, trad. esp., Madrid, p. 16; véase también COELHO DE OLIVEIRA, B., La doctrina del error en el derecho civil uruguayo, Montevideo, 1937, p. 12.

(nota 3) Para un excelente resumen de la doctrina alemana sobre este punto: FERRARA, F., Introducción a su obra La simulación de los negocios jurídicos, trad. esp. Madrid, 1926; y MC KEAG, Mistake on contracts, Studies in History, Economic and Public Law, t. 23, n° 2, New York, 1905.

(nota 4) Además de los autores citados en nota anterior, véase sobre este punto: DEREUX, G., De l'interpretation des actes juridiques privés, París, 1905, quien cita la opinión de SCHLOSSMAN, en p. 328. El punto de vista que niega a la voluntad todo papel en la formación de los actos jurídicos, ha sido llevado a sus últimas consecuencias por KELSEN. Sobre su pensamiento en esta materia, véase RECASÉNS SICHES, L., Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico, cap. V. n° 11 y s.; entre nosotros, adhiere a su opinión, ORGAZ, A., El concepto del acto jurídico, en Estudios de Derecho Civil, ps. 135 y s.

(nota 5) De acuerdo: LOUIS-LUCAS, P., Volonté er cause, París, 1918, p. 102; RIBOT, Malaties de la volonté, 30ª ed., París, 1919, p. 37.

(nota 6) TARDE, G., Les transformations du droit, 2ª ed., París, 1894, p. 121.

(nota 7) Sobre este punto véase: BORDA, G. A., Error de hecho y de derecho, 2ª ed., Buenos Aires, 1950, ps. 46 y s., n° 48 y 49.

(nota 8) De acuerdo: ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 1, p. 58; BONFANTE y MESSINA, cit. por CARIOTTA FERRARA, Il negozio giuridico, p. 394, n° 99; BETTI, Teoría general del negocio jurídico, p. 126, n° 19.

(nota 9) C. Civil Cap., Sala F, 13/3/1979, fallo n° 77.495 con nota de acuerdo de FLEITAS ORTIZ DE ROSAS.

(nota 10) DANZ, E., La intepretación de los negocios jurídicos, p. 28.

(nota 11) Aceptó expresamente este criterio, tal como lo manifestamos en el texto la C. Civil Cap., Sala E, 28/11/1961, L.L., t. 106, p. 93; también la Sala B, 27/12/1991, L.L. fallo n° 90.890.

1118/10270

§ 2.— Clasificación

1118/834

834. DISTINTOS CRITERIOS.— Para introducir un orden dentro de la compleja trama que forman los actos jurídicos, se los ha clasificado de acuerdo con diversos criterios:

1118/835

835. a) Actos positivos y negativos.— En los primeros, el nacimiento, modificación, extinción, etcétera, de un derecho, depende de la realización del acto; tal es, por ejemplo, la firma de un pagaré, el pago de una suma de dinero, la realización de un trabajo o de una obra de arte. En los segundos, en cambio, la conducta jurídica consiste en una omisión o abstención; tal es el caso de las obligaciones de no hacer. El propietario de una casa alquilada a un tercero debe abstenerse de perturbarlo en el goce de ella; en este hecho negativo, en esta abstención, consiste el cumplimiento de su obligación (véase art. 945 Ver Texto del Cód. Civ.).

1118/836

836. b) Actos unilaterales y bilaterales.— Los actos jurídicos son unilaterales cuando basta para formarlos la voluntad de una sola persona, como el testamento. Son bilaterales cuando requieren el consentimiento de dos o más personas, como los contratos (art. 946 Ver Texto , Cód. Civ.).

Esta clasificación no debe confundirse con la de contratos unilaterales y bilaterales. Los contratos son siempre actos jurídicos bilaterales, desde que no existen sin el concurso de voluntades; pero en orden a sus efectos, se llama unilaterales a los que crean obligaciones a cargo de una sola de las partes, tales como el depósito, la donación; y bilaterales a aquellos que las crean para ambas, como la compraventa, el contrato de trabajo.

1118/837

837. c) Actos entre vivos y de última voluntad.— Los actos jurídicos cuya eficacia no depende del fallecimiento de aquellos de cuya voluntad emanan, se llaman en este Código actos entre vivos, como son los contratos. Cuando no deben producir efectos sino después del fallecimiento de aquellos de cuya voluntad emanan, se denominan disposiciones de última voluntad, como son los testamentos (art. 947 Ver Texto , Cód. Civ.).

1118/838

838. d) Actos gratuitos y onerosos— Actos a título gratuito o simplemente gratuitos son aquellos en que la obligación está a cargo de una sola de las partes y responden a un propósito de liberalidad; tales los testamentos, la donación, la renuncia sin cargo a un derecho. En cambio, en los actos onerosos las obligaciones son recíprocas y cada contratante las contrae en vista de que la otra parte se obliga a su vez; así ocurre en la compraventa, la permuta, etcétera.

1118/839

839. e) Actos formales y no formales.— Actos formales son aquellos cuya eficacia depende de la observancia de las formas ordenadas por la ley (art. 916 Ver Texto , Cód. Civ.); y no formales aquellos cuya validez no depende del cumplimiento de solemnidad alguna. Sobre esta importante materia nos remitimos a nuestros números 922 y siguientes.

1118/840

840. f) Actos de derecho patrimonial y de derecho personal y familiar.— Los primeros son los que tienen un contenido económico; los segundos, en cambio, se refieren a derechos y obligaciones extrapatrimoniales (véase sobre este punto el núm. 732).

1118/841

841. g) Actos de administración y de disposición o enajenación (ver nota 1). —No resulta sencillo delimitar con precisión estos conceptos. La doctrina es poco precisa y nuestra ley positiva no ha contribuido por cierto a poner claridad en las ideas (ver nota 2).

Acto de administración es aquel que tiende a mantener en su integridad el patrimonio e inclusive a aumentar, por medio de una explotación normal, los bienes que lo componen. La explotación agrícola o ganadera de un inmueble, la continuación del giro comercial de

un negocio, la reparación de un edificio para mantenerlo en estado de habitabilidad o utilización, son ejemplos típicos.

En cambio, el acto de disposición implica el egreso anormal de bienes y, por lo tanto, una modificación sustancial de la composición del patrimonio. A veces el acto supone un empobrecimiento neto del patrimonio, como en el caso de una donación; en otras hay bienes que ingresan en compensación de los que egresan, como en la compraventa. Pero en ambos casos hay, como se ha dicho, una modificación sustancial y anormal de la composición del patrimonio.

Es necesario destacar que la caracterización de un acto como de administración o de disposición, no depende casi nunca de la naturaleza jurídica del acto mismo; es, como dicen PLANIOL y RIPERT, una operación económica que puede efectuarse por medios jurídicos diversos (ver nota 3). Así, la compraventa suele ser citada como ejemplo típico de acto de disposición; pero la venta del producto anual y regular de un establecimiento agrícola-ganadero o industrial, es un acto de administración. La locación importa por lo general un acto de administración; pero cuando el tiempo convenido es muy prolongado, ella supone afectar sustancialmente el valor del inmueble. Por excepción, deben considerarse siempre actos de disposición aquellos realizados a título gratuito.

(nota 1) Sobre este punto resulta insustituible el prolijo estudio de LAJE, E. J., Actos de administración, de disposición y de enajenación, Rev. Fac. Derecho, Buenos Aires, mayo-junio 1951, p. 603 y J.A., 1950-I, sec. doct., p. 128; ver asimismo, ORGAZ, A., El acto de administración en el Código Civil, Córdoba, 1948; y BETTI, E., Teoría general del negocio jurídico, ps. 212 y s., n° 35 y s.

(nota 2) LAJE ha puesto de manifiesto las numerosas incongruencias contenidas en el Código Civil sobre esta materia, en el estudio citado en la nota anterior.

(nota 3) PLANIOL-RIPERT-NAST, t. 8, n° 514.

1118/10280

§ 3.— La causa (ver nota 1)

1118/842

842. DIVERSOS SIGNIFICADOS DE LA PALABRA CAUSA.— La palabra causa tiene en derecho dos acepciones diferentes: a) designa, a veces, la fuente de las obligaciones, o sea los presupuestos de hecho de los cuales derivan las obligaciones legales: contratos, hechos ilícitos, etcétera (en este sentido, art. 499 Ver Texto , Cód. Civ.); b) otras veces, en cambio, es empleada en el sentido de causa final; significa el fin, que las partes se propusieron al celebrar el acto jurídico (en este sentido, los arts. 500 Ver Texto , 501, 502, 792 Ver Texto , 926 Ver Texto , etc.) (ver nota 2).

El primer significado es ajeno a la teoría del acto jurídico; sólo nos interesa el segundo. Y es precisamente respecto de éste que se ha trabado un interesantísimo debate doctrinario. Se ha discutido si la causa debe o no ser considerada como un elemento esencial del acto jurídico; se ha cuestionado incluso la propiedad de la palabra causa; y, lo que es más grave, existen profundas divergencias respecto de su significado, del punto de vista jurídico. ¿Qué es la causa? Es necesario confesar que los esfuerzos de los juristas por precisar con claridad el concepto no han sido muy fructíferos. Subsisten aún hoy, después de una abundantísima literatura sobre el tema, profundas divergencias. En los párrafos que siguen, daremos un panorama general sobre esas divergencias.

1118/843

843. LA DOCTRINA CLÁSICA.— La doctrina clásica sobre la causa encontró su máximo exponente en DOMAT. Esta concepción es definidamente objetiva: la causa es el fin del acto jurídico; cuando se habla del fin, no debe creerse que se trata de los móviles personales y psicológicos de cada contratante, sino de los elementos que existen en todo contrato; por consiguiente, en los contratos sinalagmáticos la causa de la obligación de cada una de las partes es la contraprestación de la otra; en los actos a título gratuito es el animus donandi, o intención de beneficiar al que recibe la liberalidad. Faltaría la causa si no existe contraprestación o si no hay animus donandi.

1118/844

844. LA TESIS ANTICAUSALISTA.— A partir de un célebre artículo publicado en Bélgica por ERNST (ver nota 3), la teoría de la causa sufrió rudos ataques de parte de los más ilustres juristas (ver nota 4). PLANIOL la impugnó por falsa e inútil.

Es falsa, sostiene, porque existe una imposibilidad lógica de que en un contrato sinalagmático, una obligación sea la causa de la obligación de la contraparte. Las dos nacen al mismo tiempo. Ahora bien: no es posible que un efecto y su causa sean exactamente contemporáneos; el fenómeno de la causa mutua es incomprensible.

Es inútil, porque esta noción de causa se confunde con la de objeto; y, particularmente, la causa ilícita no parece ser otra cosa que el objeto ilícito.

Finalmente, en materia de actos gratuitos, el animus donandi, considerado de una manera abstracta y con independencia de los motivos verdaderos que inspiraron el acto, resulta una noción vacía de todo sentido (ver nota 5).

1118/845

845.— El primer argumento de PLANIOL, resulta más atrayente que sólido. Es evidente que, desde el punto de vista lógico, un efecto no puede nacer contemporáneamente con su causa. Pero es que no existe tal contemporaneidad. El efecto —acto jurídico— ocurre porque ya antes cada una de las partes había querido, en su fuero interno, obtener lo que la otra prometió al contratar. El proceso es éste: yo quiero \$ 100.000, por eso vendo mi casa. El deseo de obtener el precio me ha determinado a vender; la causa ha nacido antes del acto, no contemporáneamente con éste.

Más convincentes son los otros argumentos. En la teoría clásica no se advierte con claridad la distinción entre causa y objeto en los contratos bilaterales. Muchos menos satisface la afirmación de que la causa en las donaciones es el animus donandi; con igual fundamento podría decirse que, en la venta, la causa de la obligación del vendedor es el propósito de vender. Hay una redundancia manifiesta; y la esterilidad del concepto resulta patente.

1118/846

846. LA DOCTRINA MODERNA.— La tesis anticausalista está hoy en franca derrota. La doctrina y la legislación más modernas (incluso un Código de tanto prestigio científico como el italiano de 1942, arts. 1325, 1343, 1345) siguen reputando que la causa es uno de los elementos esenciales del acto jurídico. Pero es necesario reconocer que los ataques contra el concepto clásico han sido fructíferos, porque han permitido ahondar el análisis del problema y lograr una concepción más flexible y útil. En esta faena, la labor de la jurisprudencia ha sido primordial. Mientras los juristas se sentían perplejos ante los vigorosos ataques contra la teoría de la causa, los jueces seguían haciendo una aplicación constante y fecunda de ella. Esto estaba indicando que la noción de causa era una exigencia de la vida del derecho.

Si la fuerza obligatoria de los actos jurídicos se hace residir exclusivamente en la voluntad de los otorgantes, es claro que la idea de causa resulta inútil: basta el acto volitivo para explicar la obligación. Pero esta concepción es estrecha, cuando no falsa. La tutela jurídica

no se brinda a una voluntad cualquiera, vacía e incolora, sino a aquella que tiene un contenido socialmente ponderable. La sola voluntad, escindida de un interés plausible que la determine, no es justificación suficiente de la validez del acto jurídico, puesto que no es un fin en sí misma. Quien promete, dispone, renuncia, acepta, no tiene pura y simplemente a despojarse de un bien, transmitirlo, sino que mira a alcanzar una de las finalidades prácticas típicas que rigen la circulación de los bienes y la prestación de los servicios en la vida de relación (ver nota 6). Sólo así la declaración de la voluntad merece la protección del derecho. El acto volitivo, para ser fuente de derechos y obligaciones, debe estar orientado a una finalidad útil del punto de vista social; en otras palabras, debe tener una causa o razón de ser suficiente. La idea de justicia toma así el lugar que le corresponde en las relaciones contractuales. Y precisamente, donde más fecunda se ha mostrado la noción de causa, es sirviendo al ideal de justicia y moralidad en el derecho (ver nota 7).

1118/847

847.— Según la doctrina más difundida, causa es el fin inmediato y determinante que han tenido en mira las partes al contratar, es la razón directa y concreta de la celebración del acto, y precisamente por ello, resalta para la contraparte, que no puede ignorarla (ver nota 8). En los contratos onerosos, la causa para cada uno de los contratantes será la contraprestación del otro, integrada por todos los elementos que han sido determinantes del consentimiento. En los actos gratuitos, la causa será el propósito de beneficiar a un amigo o pariente, a alguien con quien se mantiene una deuda de gratitud, o simplemente a un extraño; o bien el deseo de crear una institución benéfica o de ayudar a las existentes. No se trata ya solamente del animus donandi, abstracto y vacío, de la doctrina clásica, sino también de los motivos concretos que inspiraron la liberalidad.

1118/848

848. **DISTINCIÓN CON LOS MOTIVOS.**— Es necesario no confundir la causa con los motivos que han impulsado a contratar. La primera es el fin inmediato, concreto y directo que ha determinado la celebración del acto; los motivos son los móviles indirectos o remotos, que no se vinculan necesariamente con el acto. Así, por ejemplo, en un contrato de compraventa de un inmueble, la causa para el vendedor es el precio que ha de recibir; si ha realizado la operación con el ánimo de costearse un viaje a Europa, éste sería un simple motivo, que no afecta en nada el acto. Estos motivos, por ser subjetivos e internos, contingentes, variables y múltiples, son imponderables y, por lo tanto, resultan jurídicamente intrascendentes. Es claro que un motivo puede ser elevado a la categoría de causa, si expresamente se le da tal jerarquía en el acto o si la otra parte sabía que el acto no tenía otro fundamento que él (ver nota 9). Un ejemplo, ya clásico, lo muestra claramente: la compra de un revólver se hace en vista de adquirir el arma. La causa es lícita, aunque el móvil sea matar a un tercero. Pero si el vendedor sabía que el revólver se compraba con el fin de cometer el crimen, debe estimarse que la causa misma del contrato es inmoral.

849. DOCTRINAS OBJETIVAS.— En la doctrina italiana predomina una concepción objetiva de la causa, identificándola con la función económico-social del acto. En este sentido, dice DE RUGGIERO que causa es el fin económico y social reconocido y protegido por el derecho; es la función a que el negocio —objetivamente considerado— se dirige; es la condición que justifica la adquisición en cuanto excluye que sea lesiva al derecho ajeno (ver nota 10). Para MESSINEO, la causa del negocio es su finalidad, en el sentido de que el sujeto emplea el negocio como medio de obtener de él un determinado resultado (que sirva para satisfacer una necesidad y un interés suyos). Es la razón de ser del negocio, por la cual éste se transforma de mecanismo inerte en cosa efectiva. Se trata de una finalidad típica y constante, cualquiera que sea el sujeto que se valga del negocio y cualesquiera sean sus móviles individuales. La causa es finalidad objetiva y no subjetiva (ver nota 11).

En una obra seductora, el jurista barcelonés Joaquín DUALDE ha expuesto un punto de vista novedoso. Según él, la causa en los contratos es el consentimiento mutuo; no existe, por lo tanto, una causa para el comprador (la prestación de la cosa) y otra para el vendedor (la prestación del precio), sino que, mediante el consentimiento, se quiere por las partes contratantes el total contrato, las mutuas y dependientes obligaciones. El comprador quiere su obligación y la del vendedor, y lo mismo el vendedor. Se quiere el régimen, se quiere el mutuo cumplimiento, se quiere la rescisión por incumplimiento. Se quiere el mosaico, no sus piezas separadas, que se hayan de ensamblar por vía de tanteo. Además, serán con causa las normas imperativas en la zona imperativa del contrato y los elementos de la teoría objetiva. Cuando el consentimiento esté condicionado por una forma, como la escritura, u otra circunstancia, todo ello integrará la causa (ver nota 12).

849-1. LA CUESTIÓN EN NUESTRO DERECHO.— ¿Es la causa un elemento autónomo y esencial de los actos jurídicos en nuestro derecho positivo? La cuestión está controvertida; y es preciso decir que la ambigüedad de los textos del Código ha dado pie a esta divergencia. Para apreciar las dificultades, conviene transcribir los artículos 499 Ver Texto a 502, en los cuales se ha centrado principalmente la discusión.

No hay obligación sin causa, es decir, sin que sea derivada de uno de los hechos o de uno de los actos lícitos o ilícitos, de las relaciones de familia o de las relaciones civiles (art. 499 Ver Texto ). Aunque la causa no esté expresada en la obligación, se presume que existe, mientras el deudor no pruebe lo contrario (art. 500 Ver Texto ). La obligación será válida aunque la causa expresada en ella sea falsa, si se funda en otra causa verdadera (art. 501 Ver Texto ). La obligación fundada en una causa ilícita es de ningún efecto. La causa es ilícita cuando es contraria a las leyes o al orden público (art. 502 Ver Texto ).

Ninguna duda cabe de que el artículo 499 Ver Texto se refiere exclusivamente a la fuente de la obligación (contrato, voluntad unilateral, delito, cuasidelito y ley); su texto es claro. La cuestión se plantea respecto de los siguientes artículos: ¿se refieren también ellos a la causa-fuente o, por el contrario, aluden a la causa-fin?

La primera opinión ha sido sostenida desde luego por autores anticausalistas; se hace notar que no es explicable que el codificador haya dado un significado diferente a la palabra causa en disposiciones ubicadas unas a continuación de otras; además, como, según ellos, la causa no es un elemento esencial y autónomo de las obligaciones, se impone la conclusión de que todas estas normas se refieren a la causa fuente (ver nota 13).

Pero otro sector muy importante de nuestra doctrina, al que nosotros adherimos, sostiene que los artículos 500 Ver Texto a 502 aluden a la causa-fin, es decir, al significado propio que la palabra causa tiene en derecho (ver nota 14). La simple lectura de los textos lo demuestra. Así, el artículo 500 Ver Texto habla de la causa expresada en la obligación; la obligación significa aquí manifestación de voluntad, documento, contrato, en otras palabras, la fuente. Obvio resulta entonces que cuando se alude a la causa expresada en ella no se puede indicar también la propia fuente, porque entonces el texto carecería de sentido. Lo mismo puede decirse del artículo 501 Ver Texto . No menor es la evidencia que surge del análisis del artículo 502 Ver Texto . También esta norma carecería de sentido si la palabra causa se refiere a la fuente. Dispone que la obligación fundada en una causa ilícita es de ningún valor; pero es que los hechos ilícitos son una de las típicas causas-fuentes de obligaciones. Es obvio, pues, que el texto se refiere a la causa final de las obligaciones que nacen de la voluntad de las partes.

Digamos, para concluir, que la jurisprudencia de nuestros tribunales ha sido constante en atribuir a la palabra causa, contenida en los artículos 500 Ver Texto a 502, el significado de causa-fin; y que la aplicación que ha hecho de ella ha sido fecunda.

849-2.— Sentado que el Código alude a la causa final en estos artículos, cabe preguntarse si, no obstante ello, es realmente ésta un elemento autónomo de los actos jurídicos. El artículo 953 Ver Texto ha dado pie a que algunos autores sostengan en nuestro derecho, con un significado novedoso, la tesis anticausalista. Según ellos, la noción de causa se resume en la de objeto. El artículo 953 Ver Texto , de tan rico y valioso contenido, no aludiría tan sólo a la materia del acto considerada en sí misma, sino también al fin individual perseguido por las partes y al fin social del acto. La amplitud de este precepto (véase núm. 856) tornaría inútil la noción de causa-fin (ver nota 15). Como los primeros anticausalistas (véase núm. 844), estos autores identifican causa y objeto; pero mientras aquéllos reducían la noción de causa a la de objeto, éstos amplían el concepto de objeto hasta confundirlo en el de causa final.

No podemos compartir una opinión que, a nuestro juicio, introduce confusión entre dos ideas que deben separarse cuidadosamente. El objeto designa la materia de la obligación, la prestación debida, que es algo exterior a la personalidad de las partes; la causa forma parte del fenómeno de volición (ver nota 16). Un ejemplo pone en claro estas ideas. He aquí un legado de cosa cierta. El objeto de este acto es la cosa legada; la causa es el ánimo de hacer una liberalidad y, más aún, la voluntad de beneficiar a determinada persona en razón de haber sido el amigo íntimo o el sobrino predilecto del testador.

849-3. NUESTRA OPINIÓN.— Por nuestra parte adherimos al concepto subjetivo de causa. Con ello queremos expresar nuestro repudio a la idea de causa como finalidad típica y constante en cada acto jurídico, con independencia de la voluntad de los sujetos que los celebran. Pero nos guardamos bien de caer en subjetivismos excesivos y estériles, que no hacen sino desprestigiar esta teoría. Entendemos que la causa está integrada por todo lo que ha sido determinante de la voluntad del sujeto, siempre que esa finalidad esté incorporada expresa o implícitamente al acto mismo (ver nota 17). Por consiguiente, comprende: a) la contraprestación, o sea el objeto del acto, que en los contratos bilaterales queda comprendido dentro de la idea de causa, como que es el fin primero e inmediato por el cual se contrata; b) los fines o motivos mediatos o personales, y por lo tanto, eminentemente subjetivos, con tal de que esos móviles integren expresa o implícitamente la declaración de voluntad (entendida en el sentido que indicamos en el núm. 833) o sean conocidos por la otra parte (véase núm. 848) y, atentas las circunstancias, deban ser tenidos como fundamento de la volición; c) en los actos gratuitos, la causa será el ánimo liberal y, además, la razón inmediata por la cual esa liberalidad se hace (amistad, parentesco, deseo de ayudar a un necesitado, de contribuir a una obra benéfica, etc.). Como en el caso anterior, este motivo de la liberalidad no puede considerarse como causa si no integra expresa o implícitamente la declaración de voluntad.

Lo que no está en el acto, lo que no ha sido expresado por las partes al contratar, lo que no está implícito en la declaración de voluntad o en la naturaleza del acto, no puede considerarse la causa final determinante; cuanto más serán motivaciones íntimas, inaprehensibles e indiferentes en la vida del derecho.

Así entendida, la idea de causa es fecundísima. Verdad es, sin embargo, que en nuestro derecho esta noción no ha tenido la aplicación moralizadora, tan notable en la jurisprudencia francesa. Ello se debe a que nuestros tribunales, con criterio eminentemente práctico y huyendo de teorizaciones, se han servido para igual fin del artículo 953 Ver Texto , sin interesarse mayormente si lo inmoral es la causa o el objeto del negocio. Basta con la comprobación de que tiene un contenido inmoral para declararlo nulo. Aun así, la idea de causa sigue siendo útil. La repetición del pago de lo indebido no tiene otra fundamentación posible que la falta de causa; no podría fundarse en el error (para los que aún admiten que éste es un vicio de los actos jurídicos), puesto que nuestra ley no admite la invocación del error de derecho, no obstante lo cual el pago de lo que no se debe, hecho por error de derecho, es repetible (véanse núms. 1141 y 1142). En materia de actos gratuitos, la teoría de la causa permite dejar sin efecto liberalidades que, desprovistas del fin perseguido

por el donante o testador, resultan inexplicables y no merecen subsistir. También se vincula con ella la institución del enriquecimiento sin causa, que empero, comprende no sólo a los actos jurídicos, sino a cualquier hecho que engendre un enriquecimiento incausado.

1118/850

850. LOS ACTOS ABSTRACTOS (ver nota 18).— En ciertos casos, por razones de seguridad jurídica, las partes tienen interés en que una declaración de voluntad tenga validez por sí, con independencia de la existencia de causa. Tal es el caso de los títulos al portador. Para que éstos puedan desempeñar eficazmente su función económica, es necesario reconocerles validez por sí mismos; de ahí que el firmante de un cheque o un pagaré no puede oponer a los terceros que han venido a entrar en posesión del documento una excepción basada en la falta de causa. Por voluntad de los otorgantes, estas obligaciones quedan desvinculadas de su causa; sólo así pueden servir como medio de pago, en cierta manera equiparable al dinero, que tienen en la práctica de los negocios.

Pero no ha de creerse que estos actos abstractos carezcan de causa; por el contrario, la tienen, como debe tenerla necesariamente todo acto jurídico; sólo que la excepción de falta de causa no puede ser opuesta a terceros, aunque sí puede serlo entre los otorgantes originales (ver nota 19). Si, por ejemplo, una persona otorga un pagaré en favor de un tercero creyendo ser deudor de él, cuando en realidad no lo es, la obligación carece de causa y el firmante puede negarse a pagarla; y si el documento hubiera sido negociado y hubiera tenido que pagarlo a un tercero (contra quien no tiene excepciones), podrá repetir su importe del acreedor originario.

1118/851

851.— Otro caso muy interesante de acto abstracto, es la fianza. La causa que determina al fiador a garantizar una deuda debe buscarse en las relaciones de éste con el deudor principal; el acreedor es ajeno a ellas y, por lo general, la ignora; por consiguiente, la obligación del fiador con el acreedor es válida, aunque careciera de causa. De lo contrario, la fianza perdería su función económico-jurídica. Estas consideraciones no rigen, desde luego, para el caso excepcional de que el fiador se obligue en interés del acreedor.

Sin embargo, un tribunal francés resolvió un caso muy interesante en contra de los principios sentados precedentemente. El fiador había garantizado la deuda de una mujer galante, sólo para obtener la continuación de sus favores y proseguir las relaciones adúlteras que existían entre ambos; el acreedor, habituado a semejantes operaciones, estaba completamente al corriente de esta situación. El tribunal resolvió que la causa de la obligación era contraria a las buenas costumbres y, por lo tanto, nula (ver nota 20).

1118/852

852. PRESUNCIÓN DE LA EXISTENCIA DE LA CAUSA.— Establece el artículo 500 Ver Texto , Código Civil, que aunque la causa no esté expresada en la obligación, se presume que existe, mientras el deudor no pruebe lo contrario.

La solución de nuestra ley es perfectamente lógica; los hombres no actúan jurídicamente porque sí, sin motivo o causa valedera, porque ello sería irrazonable. Además, una razón de buena fe y de seguridad de los negocios obliga a reconocer efectos jurídicos a la declaración de voluntad, mientras no se pruebe que adolece de algún defecto legal que la invalida. Por ello se presume la existencia y licitud (ver nota 21) de la causa. Pero queda a salvo el derecho del deudor de demostrar que no es así.

1118/853

853. FALTA DE CAUSA Y FALSA CAUSA.— Importando la causa un requisito esencial de los actos jurídicos, la falta de ella implica la anulación del acto.

En teoría se ha pretendido distinguir la falta de causa de la falsa causa. Pero es evidente que ambas hipótesis se confunden. Cuando una persona contrae una obligación en virtud de una determinada causa y luego resulta que ésta no existe, falta la causa; y éste es, precisamente, un caso típico de falsa causa. No se puede concebir que falte la causa sin vincular ese hecho con un error, que hizo creer en la existencia de algo que en verdad no existía. Un compromiso sin causa, dice COLMET DE SANTERRE, sería un acto de locura (ver nota 22).

Sin embargo, puede ocurrir que en el título de la obligación se exprese una causa que no es la verdadera; si ésta existe y es lícita, la obligación es siempre válida (art. 501 Ver Texto , Cód. Civ.).

Lo que interesa, en definitiva, es la causa real, no la aparente. Esta cuestión se vincula con el problema de la simulación, que estudiaremos oportunamente (núms. 1172 y sigs.).

1118/854

854. CAUSA ILÍCITA O INMORAL.— La causa de los actos jurídicos debe ser lícita; una obligación fundada en una causa ilícita es de ningún efecto (art. 502 Ver Texto , Cód. Civ.).

Del mismo modo, la causa contraria a la moral y a las buenas costumbres anula el acto (arts. 792 Ver Texto y 502 Ver Texto (ver nota 23) del Cód. Civ.).

De este tema capital trataremos en los números 857 y siguientes.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: BUSSO, Código Civil anotado, t. 3, coment. art. 500, y s.; GALLI, E., El problema de la causa y el Código Civil Argentino, Córdoba, 1936; LAJE, La noción de causa en el derecho civil, Buenos Aires, 1954; GOROSTIAGA, N., La teoría de la causa ante el derecho civil comparado, Buenos Aires, 1942; COLMO, A., Sobre la causa de las obligaciones, Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, t. 9, ps. 1 y s.; BARCIA LÓPEZ, A., La causa ilícita en el derecho de las obligaciones, Córdoba, 1951; NOVILLO SARAVIA, L., (h), Concepto y función de la causa de las obligaciones en la jurisprudencia nacional, Boletín del Instituto de Derecho Civil de Córdoba, diciembre de 1950, ps. 254, y s.; LAFAILLE, H., La causa de las obligaciones en el Código Civil y en el proyecto de reformas, Curso de seminario de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, 1940; COSSIO, C., La coordinación de las normas jurídicas con especial referencia al problema de la causa en el derecho, L.L., t. 47, ps. 959 y s.; DUALDE, J., Concepto de la causa de los contratos, Barcelona, 1949; CASTÁN TOBEÑAS, J., Derecho Civil español, común y foral, 7ª ed., ps. 694 y s.; DABIN, J., La teoría de la causa, trad. esp., Madrid, 1929; CAPITANT, H., De la causa de las obligaciones, trad. esp., Madrid; PLANIOL, Traité élémentaire, 9ª ed., t. 1, ps. 352 y s., n° 1026 y s.; RIPERT, G., La regla moral en las obligaciones civiles, trad. esp., Bogotá, 1946; JOSSERAND, L., Les mobiles dans les actes juridiques, París, 1928; IONASCO, T., Les recentes destinées de la théorie de la cause dans les obligations, Revue Trimestrielle, 1931, ps. 31 y s.; LOUIS LUCAS, P., Volonté et cause, París, 1918; DE BOIS JUZAN, G., De la cause en droit français, Burdeos, 1940; REIG, Les rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, París, 1961; BETTI, E., Teoría general del acto jurídico, trad. esp., ps. 132 y s., n° 20 y s.; CARIOTTA FERRARA, L., Il negozio giuridico, ps. 548 y s., n° 120 y s.; BONFANTE, P., Il contratto e la causa del contratto, en Scritti giuridici varii, Torino, 1921, t. 3; MOTTA, A., Causa nei negozi giuridici, en Nuovo Digesto Italiano, t. 3, ps. 3 y s.; TABORDA FERREIRA, Do conceito de causa dos actos juridicos, Lisboa, 1946.

(nota 2) Esta es la opinión que ha prevalecido definitivamente en nuestra doctrina y jurisprudencia. En contra, sosteniendo que el Código siempre usa la palabra causa en el sentido de fuente: SALVAT, Obligaciones, 4ª ed., n° 34; GALLI, El problema de la causa y el Código Civil Argentino, Córdoba, 1936. También es de esta opinión BARCIA LÓPEZ, A., La causa ilícita en el derecho de las obligaciones, quien, sin embargo, formula un enfoque de la cuestión distinto del de los dos autores citados en primer término.

(nota 3) ERNST, La cause est-elle une condition essentielle pour la validité des conventions, en Bibliotheque du jurisconsulte et du publiciste, 1826, t. 1, n° 250-264.

(nota 4) En este sentido se pronunciaron LAURENT, BAUDRY, LACANTINERIE, GIORGI, y más recientemente, DABIN, en su tesis doctoral. En nuestro país, adhieren a la posición anticausalista SEGOVIA, SALVAT, GALLI y LLAMBÍAS. COLMO, que participó de esta opinión, modificó más tarde su criterio (véase Sobre la causa de las obligaciones, Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, t. 9, ps. 1 y s.). Esta rectificación ha tenido otro ejemplo notable: el propio PLANIOL, acepta, no sin reparos, la teoría de la causa en el Tratado escrito en colaboración con RIPERT y ESMEIN (ed. La Habana, t. 6, n° 251 y s.).

(nota 5) PLANIOL, *Traité élémentaire*, 9ª ed., t. 2, n° 1037 y s.

(nota 6) BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico*, trad. esp., n° 20, ps. 134 y 138.

(nota 7) Sup. Corte Buenos Aires, 15/6/1954, L.L., t. 76, p. 204.

(nota 8) Este concepto ha sido muy bien precisado en un fallo de la Sup. Corte Buenos Aires, 15/6/1954, L.L., t. 76, p. 205; y en otro de la C. 1ª C.C. Mercedes, 4/12/1952, L.L., t. 71, p. 1.

(nota 9) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala A, 8/6/1961. causa 70.110 (inérita): BUSSO, t. 3, coment. art. 500, n° 130 y 140 y s.; JOSSERAND, *Les mobiles dans des actes juridiques*, n° 159.

(nota 10) DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, ed. esp. t. 1, p. 283. En sentido semejante, con diferencia de matices: BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico*, n° 20; COVIELLO, *Doctrina general del Derecho Civil*, ed. México, p. 446; CARIOTTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, n° 120.

(nota 11) MESSINEO, *Tratado*, t. 2, § 38, n° 3 y 4.

(nota 12) DUALDE, J., *Concepto de la causa de los contratos*, ps. 154 y s.

(nota 13) SALVAT, *Obligaciones*, n° 34; GALLI, *El problema de la causa*, n° 48 y s.; SPOTA, J.A., t. 71, p. 154, nota 9; RISOLÍA, *Soberanía y crisis del contrato*, p. 164; REZZÓNICO, *Obligaciones*, p. 55, nota 25.

(nota 14) MACHADO, t. 2, p. 148; COLMO, Obligaciones, n° 8 y s.; LLERENA, t. 2, p. 384; LAFAILLE, Obligaciones, t. 1, n° 51 y s.; BUSSO, t. 3, art. 500, n° 10.

(nota 15) SPOTA, t. 8, n° 1825-1827; LLAMBÍAS, Parte General, t. 2, n° 1479; BARCIA LÓPEZ, La causa ilícita en el derecho de las obligaciones, Córdoba, 1951, p. 31.

(nota 16) BUSSO, t. 3, art. 500, n° 171.

(nota 17) De acuerdo: CIFUENTES, Negocio jurídico, n° 88; ZANNONI, en BELLUSCIO-ZANNONI, t. 2, art. 502, p. 560; BARBERO, Sistema, t. 1, n° 251.

(nota 18) BIBLIOGRAFÍA: Además de la indicada en la nota 1250, véase RIERA, La promesa abstracta de deuda en el antiguo Derecho de Aragón, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1942, ps. 43 y s.; FERRARA, Sul concetto del negozio astratti e sul loro giuridico riconoscimento, Rivista Dir. Commerciale, 1930, ps. 281 y s.; íd., L'astatezza nei titoli di credito, Rivista Dir. Commerciale, 1932, t. 1, p. 391, y s.

(nota 19) En este sentido, BUSSO, t. 3, coment. art. 500, n° 341 y 342; MESSINEO, t. 2, § 38, n° 10.

(nota 20) Caso citado por CAPITANT, La causa de las obligaciones, trad. esp., p. 409, n° 184. A continuación, este autor recuerda otro caso muy semejante al anterior, que la Corte de París resolvió en sentido contrario, declarando válido el acto.

(nota 21) BUSSO, t. 3, coment. art. 500, n° 403.

(nota 22) COLMET DE SANTERRE, continuación de la obra de DEMANTE, t. 5, p. 59, n° 47; en el mismo sentido: BUFNOIR, Propriété et contrat, 2ª ed., p. 535; COLMO, Obligaciones, 2ª ed., n° 11; DEMOLOMBE, t. 24, p. 59, n° 47; LAURENT, t. 16, n° 120; ROSSEL, v., Manuel de droit federal des obligations, 2ª ed., t. 3, p. 50.

(nota 23) El art. citado dice en su último párrafo que es ilícita la causa cuando es contraria a las leyes o al orden público. La expresión orden público debe considerarse en este caso comprensiva de la moral y buenas costumbres (BUSSO, t. 3, coment. art. 502, n° 60).

#### § 4.— El objeto

1118/855

855. CONCEPTO.— El objeto de los actos jurídicos es la cosa o hecho sobre el cual recae la obligación contraída. En otras palabras, es la prestación adeudada.

Este concepto resulta claro cuando se trata de obligaciones de hacer o no hacer; aquí el objeto es exclusivamente una conducta humana. Pero la idea se vuelve menos nítida en las obligaciones de dar. ¿Cuál es aquí el objeto: la cosa misma prometida o la conducta del que se obliga a entregarla? Para la doctrina tradicional, cosa y objeto se confunden en este supuesto. Pero este punto de vista fue observado por quienes sostienen que las relaciones jurídicas sólo se dan entre personas; que, por lo tanto, el objeto de tales relaciones sólo puede ser conducta humana: en las obligaciones de dar, el objeto sería la actividad prometida por el deudor. La cosa será cuanto más el objeto del objeto.

Hay en esta doctrina una exageración evidente. Si yo compro una corbata, no puede dudarse de que la corbata es el objeto del acto o, por lo menos, lo integra. Negarlo es negar la evidencia e introducir confusión en los conceptos.

Por nuestra parte, pensamos que la cuestión ha sido esclarecida por HERNÁNDEZ GIL. Dice este autor que el objeto del acto jurídico es la prestación, a cuya caracterización cooperan dos factores. Uno de ellos constante, que es el comportamiento del deudor; otro variable, que puede o no concurrir, las cosas. Cuando la obligación consiste en dar o entregar una cosa, ésta, aunque no integre por sí sola el objeto, forma parte de él. En otras palabras, la prestación, que siempre es conducta, puede o no estar referida a las cosas. Si va referida a ellas, como en las prestaciones de dar, aquéllas se incorporan al objeto. Si no va referida a las cosas, como en las prestaciones de hacer, es sólo conducta lo que integra el contenido de la obligación. Eliminar radicalmente las cosas del objeto no es posible; e incluso ha de subrayarse que en las prestaciones de dar, las cosas son jurídicamente más relevantes que el comportamiento desde el punto de vista del objeto, puesto que éste no es sino un medio para lograr el resultado querido (ver nota 1).

La existencia de un objeto es una condición inexcusable de la validez de los actos jurídicos (art. 953 Ver Texto , in fine), lo que resulta lógico, pues, de lo contrario, el acto no tendría sentido. Pero no todo objeto es válido. La ley fija cuidadosamente las condiciones que debe reunir para no provocar la nulidad del acto.

856. CONDICIONES QUE DEBE REUNIR.— El artículo 953 Ver Texto del Código Civil establece que el objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición son nulos como si no tuviesen objeto.

De esta disposición se deduce que el objeto debe llenar las siguientes condiciones:

a) Debe ser determinado, puesto que no sería posible constreñir al deudor al pago de una cosa o un hecho si no se puede precisar cuál es la cosa o hecho debido.

A veces el objeto debe ser determinado en su individualidad; en tal caso la obligación tiene por objeto un cuerpo cierto. En cambio, cuando se trata de cosas fungibles, basta la determinación de la cantidad y calidad. Así, por ejemplo, no se concebiría un contrato de compraventa que versare sobre “un inmueble” sin precisar de qué inmueble se trata. En cambio, la venta de cereales, vinos, aceites, etcétera se hace especificando el género, la calidad y la cantidad.

b) Debe ser posible. En efecto, nadie puede ser obligado a pagar o hacer algo imposible. Pero la imposibilidad que anula la obligación debe ser absoluta. No basta, por consiguiente, que el objeto resulte imposible para un deudor determinado, ya sea por falta de aptitudes o capacidad personales, o por otras razones circunstanciales. Es necesaria una total imposibilidad, sea física o jurídica (ver nota 2). Si una persona que carece de condiciones artísticas se obliga a realizar un retrato o una escultura, no podrá alegar más tarde la ineficacia de la obligación por su imposibilidad de cumplir con la tarea para la cual se ha comprometido, puesto que, en términos absolutos, hacer una escultura o un cuadro es perfectamente posible; en tal hipótesis la obligación deberá resolverse en daños y perjuicios.

c) Debe ser lícito. Todo objeto contrario a la ley anula la obligación. Así, por ejemplo, no se puede contratar respecto de cosas que estén fuera del comercio (art. 953 Ver Texto , Cód. Civ.); no se puede hipotecar una cosa mueble (art. 3108 Ver Texto ), ni preñar un inmueble (art. 3204 Ver Texto ), etcétera.

d) Finalmente, debe ser conforme a la moral y a las buenas costumbres (art. 953 Ver Texto , Cód. Civ.). La importancia de este requisito hace preciso tratarlo por separado.

1118/10300

A.— CONTENIDO MORAL DE LOS ACTOS JURÍDICOS (ver nota 3)

1118/857

857. CONCEPTO DE MORAL Y BUENAS COSTUMBRES EN SU APLICACIÓN A LA TEORÍA GENERAL DEL ACTO JURÍDICO.— Todo el orden jurídico está dominado por la idea moral, puesto que el derecho no es, en definitiva, otra cosa que un derecho justo (véase núms. 6 y sigs.). Es natural, por lo tanto, que también los actos jurídicos deban ajustarse a principios éticos. La libertad de las convenciones tiene aquí una limitación: los actos jurídicos deben ser conformes a la moral y a las buenas costumbres (arts. 792 Ver Texto y 953 Ver Texto , Cód. Civ.); de lo contrario, son nulos. No se concebiría, en efecto, que el Estado volcase el peso de su imperium en apoyo de una pretensión inmoral.

Ahora bien: ¿cuándo debe reputarse que un acto es contrario a las buenas costumbres?

Según una opinión muy generalizada, las buenas costumbres a que la ley se refiere son la moral media de un pueblo en un momento dado (ver nota 4).

Este criterio, llamado sociológico, ha motivado agudas y certeras críticas. La moral no es cuestión que deba resolverse por criterios mayoritarios o de masa. El resultado, dice ESMEIN, sería tal vez la consagración de prácticas inmorales toleradas e inclusive favorecidas por la gran mayoría. El juez, añade, no debe seguir a la masa cuando ella manifiestamente se extravía, sino, por el contrario, dirigirla, no haciendo prevalecer concepciones personales aisladas, sino apoyándose en los elementos sanos de la población, guardianes de una tradición ya probada (ver nota 5).

En el mismo sentido, dice SIOUFI que, según el criterio sociológico, la regla moral se encontraría siempre a merced de la voluntad de la mayoría; por lo tanto, en lugar de buscar el carácter moral de un acto en su misma esencia, no se tiene en cuenta más que la frecuencia de su aplicación (ver nota 6). Hace notar este autor que no cabe concebir el cristianismo como producto del medio social, ya que éste era totalmente hostil a los nuevos principios, al punto de que los que lo propagaron debieron pagarlo con su sangre. La moral cristiana se revela así, no como la expresión de una voluntad común, sino como un sistema coordinado y teórico destinado a imponerse a ella (ver nota 7).

Según RIPERT, el criterio sociológico es elástico, impreciso y no conduce a ningún resultado positivo; para él, la medida de la moralidad de un acto está dada por la moral cristiana (ver nota 8).

Si se profundiza el análisis de esta divergencia, no es difícil advertir que ambos puntos de vista no difieren sustancialmente en su incidencia práctica, por lo menos en los pueblos de civilización occidental, cuyo espíritu ha sido moldeado por la influencia bimilenaria de la moral cristiana; si bien es preciso reconocer que el criterio sociológico tiene una peligrosa proclividad a un exceso de tolerancia y a que los jueces depongan su papel de guardianes de la conducta moral de los individuos en sociedad. Mantener enérgicamente la antorcha de la moral, cuidar del respecto de las buenas costumbres, es misión sagrada de los jueces (ver nota 9). Pero una cosa es el celoso cuidado de la moral y otra el moralismo excesivo. Los jueces no deben actuar tampoco con un criterio excesivamente riguroso; sólo cuando el acto choca abiertamente con la moral cristiana debe declararse su invalidez. De lo contrario se entraría en un terreno resbaladizo y peligroso, pues desgraciadamente la perfección moral no es patrimonio del ser humano. El juez debe apreciar el caso con el criterio de un hombre honorable y prudente.

1118/858

858.— Si lo que resulta contrario a la moral es un elemento esencial de los actos jurídicos, como la causa o el objeto, el acto es nulo (art. 953 Ver Texto ); pero si lo inmoral es una cláusula accesorio, el juez puede mantener la validez del acto y declarar sin efecto la cláusula inmoral. Esta última solución es la que ha puesto en práctica nuestra jurisprudencia para reducir los intereses usurarios, para declarar ineficaz el pacto comisorio en las ventas de inmuebles por mensualidades cuando se ha satisfecho una parte sustancial del precio, etcétera.

1118/859

859. ACTOS CONTRARIOS A LA MORAL.— Puesto que la noción de moral es imprecisa, fluida, el legislador en muchos casos ha querido evitar dudas e, inspirado en razones morales, ha establecido la nulidad de ciertos actos. Sin pretender formular una enumeración completa, enunciaremos los principales casos: son nulos los pactos que versaren sobre una herencia futura (art. 1175 Ver Texto , Cód. Civ.); los que se opongan a la libertad de acciones o de conciencia (art. 953 Ver Texto ), como la obligación de habitar un lugar determinado o sujetar la elección del domicilio a la voluntad de un tercero, la de mudar o no mudar de religión, la de casarse con determinada persona, o con aprobación de un tercero, o en cierto tiempo, o en cierto lugar, o no casarse, la de vivir célibe perpetua o temporalmente, o no casarse con determinada persona o divorciarse (art. 531 Ver Texto , Cód. Civ.); los que tengan por objeto el uso deshonesto de la casa alquilada (art. 1503 Ver

Texto ), de lo cual es caso típico la locación para establecer una casa de tolerancia; el préstamo de una cosa para un uso contrario a las buenas costumbres (art. 2261 Ver Texto , Cód. Civ.).

1118/860

860.— En todos estos casos coincide lo ilícito con lo inmoral; pero hay muchos otros en que la jurisprudencia ha anulado ciertos actos, sin que medie disposición legal referida específicamente a ellos y sólo porque choca contra la moral y buenas costumbres. Frecuentemente se ha recurrido a la teoría de la causa, juzgando que si ésta es inmoral, la obligación es inválida. Veamos las hipótesis más importantes:

1118/861

861. a) Convenciones contrarias a la moral sexual (ver nota 10).— Se ha considerado nula la compraventa de una casa de tolerancia (ver nota 11); el contrato de alquiler de un inmueble para casa de prostitución (ver nota 12); los contratos de trabajo vinculados con tales establecimientos, tanto para regentarlos como para servir en ellos como pupila, y aun como simple doméstica (ver nota 13); con muchas mayor razón, los contratos que implican la “venta” de una mujer para ejercer la prostitución (ver nota 14).

El concubinato ha suscitado delicados problemas. Si se trata de convenciones que importan el pago del comercio sexual (*pretium stupri*), o que favorecen el concubinato o implican el pago del rompimiento de lazos legítimos, la jurisprudencia es unánime en el sentido de declarar su nulidad. Los tribunales españoles registran un caso interesante de la última hipótesis. Un hombre casado y con hijos convivía con otra mujer; en el deseo de ordenar su vida, convino con ésta en que le pagaría una elevada pensión mensual a condición de que ella se radicara en América. Pasado un cierto tiempo en que ambos cumplieron sus compromisos, el hombre se negó a seguir pasando la pensión, alegando que la convención era inmoral. El Tribunal Supremo hizo lugar a su pretensión (ver nota 15).

Sin embargo, la donación hecha a la concubina, que no persigue la finalidad de crear o mantener esa relación, sino que responde a un sentimiento de afecto, es válida (ver nota 16). Pero si se la ha hecho en perjuicio de los derechos de socia y heredera de la cónyuge de la cual el donante estaba divorciado por su culpa, la donación a la concubina es inmoral y nula (ver nota 17).

Del mismo modo se ha juzgado válido el contrato de sociedad entre concubinos. La cuestión tiene mucha importancia cuando la concubina pretende participación en las ganancias obtenidas durante la vida en común, invocando el aporte de capital o de trabajo

que se haya realizado. La jurisprudencia ha admitido esta pretensión, si se prueban los extremos que se alegan, sobre la base de que sería injusto que el abandono voluntario hecho por el concubino, o su muerte, privaran a la compañera de bienes que fueron adquiridos con el trabajo común (ver nota 18); pero el concubinato, por sí solo, no hace presumir la existencia de una sociedad de hecho (ver nota 19); es necesario que se pruebe la realidad de los aportes (ver nota 20).

Ha suscitado algunas vacilaciones el problema de si la concubina puede pretender sueldos en concepto de locación de servicios; pero la actual jurisprudencia se inclina, salvo modalidades especiales de ciertos casos, por la afirmativa (ver nota 21).

1118/862

862. b) Convenciones contrarias al ideal moral.— Es nula la llamada venta de humo, o sea de la influencia política, amistosa, etcétera, para hacer una gestión u obtener un nombramiento (ver nota 22); el contrato en virtud del cual un empleado municipal, en contra de lo dispuesto por las ordenanzas, se asocia a quien tiene negocios con la Municipalidad (ver nota 23); el convenio por el que se reconoce participación en los honorarios del abogado a quien le lleva asuntos profesionales (ver nota 24); el farmacéutico que prestó su nombre y su título para una farmacia que en realidad no regenteaba, no puede cobrar honorarios (ver nota 25); es inmoral el contrato entre dos profesores uno de los cuales se comprometió por un precio en dinero a redactar un trabajo intelectual destinado a un concurso en que participaría el otro (ver nota 26); es ilícito el corretaje matrimonial (ver nota 27); son nulos los convenios en que se haga depender del pago de una suma el cumplimiento de un deber moral, tal como el compromiso de pagar una cantidad de dinero para que no se cometa un delito (ver nota 28), o para que se dicte una sentencia justa (ver nota 29), o para que el tutor administre correctamente los bienes de su pupilo (ver nota 30).

1118/863

863. c) Convenciones o cláusulas contrarias a la equidad.— Los intereses usurarios deben ser reducidos a un justo límite; las cláusulas penales exageradas pueden ser judicialmente reducidas (ver nota 31) (esta solución ha sido consagrada por la ley 17711, artículo 656 Ver Texto, 2º ap., Cód. Civ.); el pacto comisorio en los contratos de compraventa deja de ser aplicable cuando se ha pagado una parte sustancial del precio del inmueble (ver nota 32); son inmorales, y por lo tanto nulas, las cláusulas impuestas por las empresas que se encuentran en una situación similar al monopolio y que importan una limitación a su responsabilidad, que equivale a privar a la contraparte de toda protección jurídica (ver nota 33).

1118/864

864. d) Convenciones que afectan la integridad física, la libertad o la dignidad humana (ver nota 34).— Todo acto que lesione al hombre en su salud, libertad o dignidad, es nulo. No se plantea aquí una cuestión de consentimiento por parte del obligado. Enfrentando el viejo concepto de los derechos romano y bárbaro de que cada persona era dueña de su propio cuerpo y que, por lo tanto, podía disponer de su vida y de su libertad, la Iglesia Católica impuso el dogma de que la persona humana está sustraída a los hombres y sólo pertenece a Dios. No está en el comercio; no se puede enajenar la vida o una parte del cuerpo o la libertad.

Pero este principio, con ser esencial, no es absoluto; hay, en efecto, algunos contratos sobre el cuerpo humano que no resultan contrarios a la moral y que, por lo tanto, deben reputarse válidos; otros son discutibles y han originado controversias. Veamos los principales casos:

1118/865

865.— 1) En las operaciones quirúrgicas es indispensable, en principio, el consentimiento del paciente o de su representante legal, si fuera incapaz, o de sus parientes más cercanos, si no estuviera en estado de consultárselo personalmente. De lo contrario, el médico no puede realizar la operación so pena de incurrir en responsabilidad, salvo que no hubiese tiempo para pedir y recibir el consentimiento sin peligro inmediato de vida; y aun sin llegar a esa hipótesis extrema, es necesario reconocer al médico el derecho de ocultar el carácter de ciertas enfermedades u operaciones; se trata de una conducta piadosa que evita el impacto psíquico sobre el enfermo y ayuda la convalecencia. En cambio, en las operaciones estéticas el consentimiento del paciente es de rigor (ver nota 35). Debe considerarse lícita no sólo la cirugía curativa, sino también la estética, que procura igualmente un bien; en cambio, es ilícita toda operación con fines experimentales, que es repugnante al sentimiento cristiano, no obstante que se invoque un fin elevado como es el progreso de la ciencia médica (ver nota 36).

1118/866

866.— 2) Es nulo todo contrato por el que una persona se obliga a hacer entrega de una parte de su cuerpo, aunque sea renovable (sangre, leche de madre, cabellos) y la parte obligada podría negarse a cumplir la prestación sin indemnización alguna (ver nota 37). Pero una vez separadas del cuerpo estas partes renovables, el contrato posterior a la separación es válido y ambas partes podrían exigir su cumplimiento.

1118/867

867.— 3) Nadie puede ser obligado a ceder su sangre ni siquiera en caso de necesidad; aun en estos casos el consentimiento es indispensable y el médico que ejerciere violencia para hacerlo no puede excusar su responsabilidad alegando el estado de necesidad (ver nota 38).

1118/868

868.— 4) El boxeo plantea problemas delicados desde el punto de vista jurídico. Muchos son, en efecto, los deportes que entrañan un riesgo físico; pero éste es el único en el cual el objeto de los contendores es causar un daño físico, una lesión al otro. ¿Es válido el contrato para la celebración de una pelea entre profesionales? La opinión de los juristas es por lo común contraria a la validez (ver nota 39). Pero no creemos posible decidirse lisa y llanamente por la nulidad. Un match suele ocasionar importantes gastos de propaganda, organización, etcétera; origina también gastos para el boxeador, cuya preparación suele ser costosa. Y no es justo que uno de ellos, que quizás ha hecho su fortuna en el ring, pueda negarse caprichosamente a cumplir su compromiso, provocando así serios perjuicios al organizador y al contendiente. Como, por otra parte, es repugnante a la idea del derecho que una persona pueda ser constreñida a afrontar una pelea quizá sangrienta, y que alguien se beneficie con ella, creemos que puede fundarse en razones de equidad esta solución: quien se niega a cumplir su compromiso estará obligado a indemnizar el daño emergente, no así el lucro cesante (ver nota 40).

En cambio, reputamos válido el contrato con el entrenador o manager, pues si bien se vincula con el boxeo, su objeto es defender los intereses del pupilo y perfeccionar su capacidad combativa, lo que, en sí, no es inmoral. Pero los daños emergentes de un match no son indemnizables, no tanto porque la víctima se ha sometido voluntariamente al castigo (lo que ya hemos dicho sería insuficiente), sino porque la ley y las autoridades permiten y reglamentan estas actividades, otorgándoles así un carácter de licitud del que no puede resultar una obligación de reparar los daños (ver nota 41).

1118/869

869.— 5) En cuanto al cadáver, tampoco puede, en principio, ser objeto de actos comerciales. Excepcionalmente se admite la validez de contratos de compraventa de esqueletos, huesos, cráneos, etcétera, con fines de estudio o para integrar colecciones científicas. Del mismo modo, es ilícito mutilar un cadáver y practicar su autopsia, salvo cuando así esté dispuesto en la ley (ver nota 42) o por voluntad del propio difunto, mayor de 18 años, para fines científicos o didácticos o para implantar un órgano en otra persona (art. 19 Ver Texto , ley 24193). Pero sería inválida una disposición a título oneroso del cadáver, aun dispuesta en vida por el propio difunto, porque ello sería contrario a la moral; en cambio, la cesión gratuita de algún órgano, para después de muerto, es lícita (art. 19 Ver Texto , ley 24193) (ver nota 43).

1118/870

870.— 6) Deben considerarse nulas las cláusulas de exención de responsabilidad por daños personales insertas en ciertos contratos, como los de transporte (art. 184 Ver Texto , Cód. Com.) (ver nota 44); también se ha declarado que la manifestación expresa y por escrito de que la empresa propietaria de una feria de diversiones no se hace responsable de los daños por accidentes, no la exime de la obligación de indemnizar las lesiones sufridas por quienes utilizaron las instalaciones (ver nota 45); que el propietario de un circo que ha firmado con el padre de una criatura de trece años un contrato por el cual ésta debía realizar pruebas peligrosas, no está exento de responsabilidad por las lesiones sufridas por aquélla, aunque el contrato contuviera una cláusula expresa que lo eximía de ella (ver nota 46).

1118/871

871.— 7) Es igualmente nula toda convención que restrinja o limite la libertad del hombre. Tales contratos serían contrarios a cláusulas constitucionales expresas, como son los artículos 14 Ver Texto , 15, 18 Ver Texto y 19. Y fundado en iguales motivos, el artículo 531 Ver Texto , Código Civil, establece la nulidad de las convenciones aludidas en el número 859.

(nota 1) HERNÁNDEZ GIL, Obligaciones, nº 28.

(nota 2) De acuerdo: PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, t. 2, nº 253.

(nota 3) BIBLIOGRAFÍA: Sobre este punto, véase la indicada en nota 1250, relativa a la causa; pero muy especialmente, recomendamos la obra magistral de GEORGES RIPERT, La regla moral en las obligaciones civiles, trad. esp., Bogotá, 1946 y el libro de J. SAIGNET, Le contrat immoral, París, 1939. Además, véase SPOTA, A.G., El acto jurídico de objeto immoral y la prohibición de alegar la propia torpeza, J.A., 1942-IV, p. 211; íd., El acto jurídico de objeto immoral y sus consecuencias legales, J.A., 1944-III, p. 134; MASNATTA, El contrato immoral, J.A., 1958-IV, sec. doct. p. 78; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, ed. La Habana, t. 6, nº 228 y s.; VON TUHR, A., Derecho Civil, ed. Depalma, vol. III, ps. 26 y s.; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 2, ps. 295 y s.

(nota 4) SALVAT, Parte General, 6ª ed., nº 250, p. 130; COLMO, Obligaciones, 2ª ed., p. 11; ANASTASI, L., Contratos de trabajo ilícitos, contrarios al orden público o a las buenas

costumbres, L.L., t. 6, sec. jur. extr., p. 19; DEMOGUE, Obligaciones, t. 2, n° 773 bis; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 2, ps. 296, y s.; VON TUHR, vol. III 1, p. 28.

(nota 5) En PLANIOL-RIPERT, t. 6, n° 220. Entre nosotros sostiene este criterio LLAMBIAS, t. 2, n° 1465.

(nota 6) SIOUFI, Essai sur le criterium et la nullité des obligations immorales et illicites, París, 1925, ps. 69 y s.; cit. por ESPÍN CANOVAS, Las nociones de orden público y buenas costumbres, Anuario de Derecho Civil, Madrid, t. 16, julio-septiembre 1963, p. 796.

(nota 7) SIOUFI, op. cit. en nota anterior. Este autor resume el punto de vista sociológico sobre las buenas costumbres en estas tres proposiciones: 1) La primera encierra la afirmación de que todos los sistemas de moral son relativos; 2) La segunda alega que todas las concepciones morales del pasado revisten un carácter empírico y que no eran ni son más que la expresión de aspiraciones místicas o sentimentales del ambiente; 3) En fin, que sólo el método sociológico promete la elaboración de una moral racional que sabrá reivindicar exclusivamente el privilegio de ser científica. Y agrega SIOUFI con razón que no es posible aceptar que la moral haya de seguir el ejemplo de las ciencias físicas emancipándose de toda condición religiosa o metafísica (p. 263).

(nota 8) RIPERT, G., La regla moral, ed. Bogotá, ps. 64 y s., n° 39; de acuerdo: SAIGNET, Le contrat immoral, ps. 132 y s., quien afirma que éste es el criterio de la jurisprudencia francesa.

(nota 9) Haciendo el elogio de los jueces franceses, dice RIPERT que ellos son censores de las pasiones humanas y no sus servidores. No creen que la moda haga la justicia; añadiendo que maravilla ver en una sociedad en que la relajación, el juego, la corrupción, la especulación, el enriquecimiento injusto son considerados con indulgencia por la opinión pública, que los tribunales no toleren que tales móviles, puedan inspirar convenciones válidas (La regla moral, n° 39).

(nota 10) BIBLIOGRAFÍA: Además de las indicadas en las notas 1250 y 1275, véase: ANASTASI, L., Contratos de trabajo ilícito, contrarios al orden público o a las buenas costumbres, L.L., t. 6, sec. jurisprud. extr., p. 18; ACUÑA ANZORENA, Remuneración del trabajo suministrado entre concubinos, L.L., t. 23, p. 902; SALAS, E.A., La unión libre y su régimen económico, J.A., t. 53, p. 34; COLOMBO, L., Consecuencias jurídicas del concubinato, L.L., t. 2, p. 74; COUTURE, E. J., Concubinato y sociedad de hecho, L.L. t. 6, sec. jurisprud. extr., p. 1.

(nota 11) C. Com. Cap. 9/10/1941, J.A., t. 76, p. 487.

(nota 12) Sup. Corte Buenos Aires, 28/11/1943, J.A., 1944-III, p. 135 y L.L., t. 33, p. 593.

(nota 13) Véase jurisprudencia francesa citada por ANASTASI, L.L., t. 6, sec. jurisprud. extr., p. 24, XIX.

(nota 14) C. Com. y Crim. Cap., 13/2/1906, Recopilación de Fallos, t. 4, p. 295.

(nota 15) Trib. Sup. España, 2/4/1941, J.A., 1950-IV, sec. jurisprud. extr., p. 3, con comentario de CLARA DE CAMPOAMOR.

(nota 16) C. Civil 2ª Cap., 19/8/1927, J.A., t. 25, p. 981; íd., 11/5/1939, J.A., t. 66, p. 620 y L.L. t. 14, p. 638.

(nota 17) C. Civil Cap., Sala D, 16/7/1954, exp. 17.534 (inédito).

(nota 18) C. Civil 1ª Cap., 15/5/1936, L.L., t. 2, p. 821; íd., 28/2/1938, L.L., t. 13, p. 765. Sobre este tema, véanse especialmente las notas de COUTURE, L.L., t. 6, sec. jurisprud. extr., p. 1, y COLOMBO, L.L., t. 2, p. 74.

(nota 19) C. Civil 1ª Cap., 14/8/1929, J.A., t. 30, p. 653; íd., 27/2/1936, J.A., t. 53, p. 340 y L.L., t. 2, p. 74; C. Civil Cap., Sala C, 30/10/1952, J.A., 1953-I, p. 310; C. Paz Let. Cap., 21/5/1937, L.L., t. 6, p. 1030; Sup. Corte Buenos Aires, 7/12/1943, J.A., 1944-I, p. 304; C. 2ª Apel. La Plata, 1/8/1939, L.L., t. 15, p. 776.

(nota 20) Véanse fallos citados en nota anterior y además: C. Civil 1ª Cap., 28/12/1938, L.L., t. 13, p. 765; C. Apel. Bahía Blanca, 20/7/1933, J.A., t. 42, p. 1233.

(nota 21) En este sentido: C. Civil 1ª Cap., 28/12/1938, L.L., t. 13, p. 765; C. Civil 2ª Cap., 21/7/1941, L.L., t. 23, p. 902. De acuerdo: ACUÑA ANZORENA, en nota al fallo citado en último término. En contra: C. Civil 1ª Cap., 13/4/1925, J.A., t. 15, p. 517.

(nota 22) C. Civil Cap., Sala B, 16/12/1994, E.D., fallo nº 46.698; C. Civil 1ª Cap., 4/7/1932, J.A., t. 38, p. 995; íd., 27/3/1936, J.A., t. 53, p. 669; íd., 2/3/1950, L.L., t. 58, p.

363, con nota de ORGAZ, A., La venta de influencia o de humo; C. Com. Cap., 12/8/1940, J.A., t. 71, p. 257.

(nota 23) C. Civil 1ª Cap., 5/9/1921, J.A., t. 7, p. 276.

(nota 24) C. Civil 1ª Cap., 29/11/1935, J.A., t. 52, p. 466, con nota de F. LEGÓN, Validez y naturaleza del contrato en que se aporta clientela, contra participación en los honorarios profesionales, quien critica las conclusiones del fallo; C. Civil 1ª Cap., 14/8/1931, J.A., t. 36, p. 543.

(nota 25) C. Civil 1ª Cap., 9/9/1925, J.A., t. 17, p. 485.

(nota 26) Juez de 1ª Instancia doctor CARNEIRO, 1/6/1965, E.D., t. 15, p. 464.

(nota 27) C. Civil 2ª Cap., 31/8/1948; L.L., t. 51, p. 876.

(nota 28) ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 2, p. 302.

(nota 29) ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 2, p. 302.

(nota 30) VON TUHR, Derecho Civil, ed. Depalma, vol. 3.1, p. 42.

(nota 31) C. Civil Cap., Sala D, 10/2/1956, J.A., 1956-II, p. 400 (con nota de Mo, La cláusula penal y el abuso en el ejercicio del derecho); íd., 22/7/1964, L.L., t. 116, p. 558; C. Civil 1ª Cap., 8/9/1933, J.A., t. 43, p. 555; íd., 10/12/1937, L.L., t. 5, p. 568; C. Civil Cap., Sala B, 25/10/1960, J.A., 1962-III, p. 486 (en el caso la cláusula penal permitía al comprador hacerse dueño del inmueble sin pagar el precio); C. Com. Cap., Sala A, 10/11/1961, L.L., t. 106, p. 283; véase sobre el tema: DÍAZ, Inmutabilidad de la cláusula penal, Buenos Aires, 1943; ANASTASI, L., El juez argentino puede atenuar los rigores de la cláusula penal, L.L., t. 9, sec. jurisprud. extr., p. 26, y nota de SPOTA, A.G., en J.A., 1942-III, p. 365, nº 4, in fine; MORENO DUBOIS, Facultad judicial de reducir el monto de la cláusula penal, L.L., t. 116, p. 558, nota al fallo nº 52.846.

(nota 32) La jurisprudencia es muy abundante; véanse fallos citados en nuestro Tratado de Derecho Civil, Contratos; t. 1, nº 309. Actualmente, esta solución ha recibido sanción legislativa: véase ley 14005, arts. 7º Ver Texto y 8º, que dispone que pagado el 25% del precio o hechas mejoras por el 50% del valor del terreno, no puede pedirse la rescisión.

(nota 33) Tribunal de Hamburgo, 25/4/1939, J.A., 1942-IV, sec. jurisprud. extr., p. 6.

(nota 34) BIBLIOGRAFÍA: ANTONI, J., Actos de disposición sobre el propio cuerpo, Homenaje a D. Vélez Sarsfield, Córdoba, 1950, p. 240; ORGAZ, Personas individuales, p. 139; BORREL MACIÁ, La persona humana; derechos sobre el propio cuerpo vivo y muerto, Barcelona, 1954; MAZEAUD, L., Los contratos sobre el cuerpo humano, Anuario Derecho Civil, Madrid, enero-marzo 1953, p. 81; JACK, A., Les conventions relatives a la personne physique, Revue Critique, 1933, p. 362.

(nota 35) De acuerdo en todo lo dicho en este párrafo, PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, n° 526; sobre la cirugía estética véase ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 4, n° 2988 y s.

(nota 36) MAZEAUD, Los contratos sobre el cuerpo humano, Anuario de Derecho Civil, Madrid, enero-marzo 1953, p. 88. Es también ilícita la extirpación de los órganos sexuales, aunque sea a pedido o con consentimiento de la víctima, salvo causa justificada (C. Crim. Cap., 29/7/1966, J.A., 1966-IV, p. 546).

(nota 37) MAZEAUD, en cambio, cree que es necesario distinguir entre los contratos perjudiciales a la salud (por ej., venta de sangre) y los que no lo son (por ej., venta de leche de madre, de cabellos). Los primeros serían nulos, no así los segundos. Y si bien nadie puede ser obligado compulsivamente a dar su leche o a cortarse los cabellos, debe pagar los daños y perjuicios resultantes de su negativa (op. cit. en nota anterior, p. 85).

(nota 38) De acuerdo: DEGNI, Le personne fisiche, n° 65; en contra: CARNELUTTI y BELLAVITIS, cit. por DEGNI, p. 194, nota 15; ORGAZ, Personas individuales, p. 141, nota 9; ANTONI, J., Actos de disposición sobre el propio cuerpo, Homenaje a D. Vélez Sarsfield, Córdoba, 1950, p. 240; MAZEAUD, Los contratos sobre el cuerpo humano, Anuario de Derecho Civil, Madrid, enero-marzo 1953, p. 85.

(nota 39) MAZEAUD Los contratos sobre el cuerpo humano, Anuario de Derecho Civil, Madrid, enero-marzo 1953, p. 80; BORREL MACIÁ, La persona humana, n° 28.

(nota 40) De acuerdo, CIFUENTES, Derechos personalísimos; la integridad física y la libertad, p. 69.

(nota 41) De acuerdo con todo este párrafo. CIFUENTES, op. y loc. cit. en nota anterior.

(nota 42) Una ordenanza municipal (14/6/1866) dispone que los cadáveres provenientes de los hospitales, así como los que se inhuman por cuenta del Municipio, serán entregados a la Facultad de Medicina, siempre, claro está, que no existan deudos que los reclamen.

(nota 43) De acuerdo: MAZEAUD, Los contratos sobre el cuerpo humano, Anuario de Derecho Civil, Madrid, enero-marzo 1953, p. 85; BORREL MACIÁ, La persona humana, n° 56; DIEZ DÍAZ, Los derechos físicos de la personalidad, ps. 371 y s. Estos autores piensan que estos actos de disposición son válidos sean a título gratuito u oneroso. ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, en cambio, piensan como nosotros que sólo son lícitos en el primer caso, no así en el segundo (§ 114, nota 8). En el mismo sentido, ROYO VILLANUEVA, cit. por DIEZ DÍAZ, p. 373.

(nota 44) Aunque el art. 184 Ver Texto , Cód. Com., alude únicamente al transporte ferroviario, la jurisprudencia, con razón, ha extendido sus efectos a todos los medios de transporte colectivo.

(nota 45) Trib. Tolouse, 23/10/1934, cit. por MAZEAUD, Los contratos sobre el cuerpo humano, Anuario de Derecho Civil, Madrid, quien adhiere.

(nota 46) Trib. Bruselas, 11/3/1935. cit. por MAZEAUD, op. y loc. cit. en nota anterior, quien adhiere.

1118/10310

§ 5.— Efecto relativo de los actos jurídicos (ver nota 1)

1118/10320

A.— EL PRINCIPIO

1118/872

872. PRINCIPIO Y SUS LIMITACIONES.— Según un viejo principio jurídico, conocido ya en el derecho romano y consagrado en el artículo 503 Ver Texto , Código Civil, los

actos jurídicos no obligan sino a las partes y no producen efectos respecto de los terceros ajenos al acto: *res inter alios acta aliis neque nocere neque produsse protest.*

El principio parece obvio, puesto que no se ve por qué razón una declaración de voluntad emanada de una persona puede crearle obligaciones a un tercero extraño al acto; ello implicaría una dependencia incompatible con la libertad del hombre. Pero en la práctica, y por razones diversas, esta regla sufre numerosas excepciones, a tal punto que no ha faltado quien se pregunta si realmente puede hablarse de la existencia del principio (ver nota 2). La repercusión que los actos jurídicos puedan tener respecto de terceros es de muy variada naturaleza. Veamos algunas hipótesis:

a) Por lo pronto, el principio rige tan sólo respecto de los actos bilaterales; por el contrario, los actos unilaterales, normalmente producen efectos directos, respecto de terceros (ver nota 3). Ejemplo: el testamento hace nacer en favor de los herederos y legatarios un derecho a los bienes del causante. Por ello en nuestro Código Civil, el principio se refiere únicamente a los contratos (arts. 1195 Ver Texto , in fine y 1199 Ver Texto ).

b) A veces, el objetivo principal del acto es producir efectos respecto de un tercero; tal es el caso de la estipulación por otro o contrato en favor de terceros, cuyo ejemplo típico y más frecuente es el seguro de vida, en el cual se designa siempre un beneficiario que ha de recibir la indemnización en caso de fallecimiento del asegurado.

c) Otras veces, los efectos son indirectos. Así, por ejemplo, si se vende una propiedad alquilada, el inquilino está obligado en adelante a pagar el importe de la locación al nuevo propietario y no a aquel con el cual concluyó el contrato. A su vez, el nuevo propietario, como consecuencia de aquel contrato de locación, está obligado respecto del inquilino como si él mismo lo hubiera celebrado.

d) Finalmente, los contratos tienen sobre los acreedores una repercusión económica y jurídica pues ellos se ven afectados (beneficiados o perjudicados) por todos los actos de su deudor que importen un ingreso o egreso de bienes, ya que en el primer caso aumenta la garantía de su crédito y por consiguiente, sus probabilidades de hacerlo efectivo, y en el segundo disminuye. No se trata aquí de los derechos y obligaciones nacidos del acto (como en el caso de los efectos directos o indirectos) sino de su incidencia económica respecto de terceros. Esta repercusión jurídica se llama oponibilidad. Los actos del deudor no producen efectos respecto de sus acreedores, pero les son oponibles (ver nota 4).

Queda finalmente por precisar quiénes son las partes y los terceros en un acto jurídico y de qué modo se ven tocados por sus efectos.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: LLAMBIÁS, Parte General, t. 2, n° 1481, y s.; BUSSO, Código Civil anotado, t. 3, coment. art. 503 y s.; SALAS, A.E., La regla “res inter alios acta”, J.A., 1952-IV, sec. doctr., p. 3; BOUSQUET, De l’effet des actes juridiques a l’égard des tiers signataires, Toulouse, 1930; JOSSERAND, L., Derecho Civil, trad. esp. t. 2, vol. 1, ps. 183 y s., n° 250 y s.; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 4ª ed., t. 2. ps. 193 y s., n° 544 y s.; MAZEAUD, Leçons de droit civil, t. 1, n° 270 y s.; SAVATIER, Le prétendu principe de l’effet relative des contrats, Revue Trimestrielle, 1934, ps. 525, y s.; DELCOURT, De l’act et des actes juridiques a l’égard des tiers, París, 1902; CALASTRENG, S., La relativité des conventions, Toulouse, 1939; BETTI, Teoría general del negocio jurídico, trad. esp. ps. 192, y s., n° 132; CARIOTTA FERRARA, Il negozio giuridico, ps. 633 y s., n° 145 y s.

(nota 2) SAVATIER, Le prétendu principe de l’effet relatif des contrats, Revue Trimestrielle, 1934, ps. 525 y s.

(nota 3) De acuerdo: BETTI, El negocio jurídico, p. 192, n° 32; pero mientras nosotros sostenemos que el acto unilateral produce normalmente efectos jurídicos respecto a terceros, BETTI sostiene que los produce necesariamente. CARIOTTA FERRARA ha demostrado que no es así con su ejemplo de la renuncia al derecho de propiedad, que no produce efectos respecto a terceros (Il negozio giuridico, p. 635, n° 146, nota 1 bis). Aunque de este caso excepcional no creemos que pueda extraerse la conclusión a que llega CARIOTTA FERRARA de que el principio res inter alios acta vale tanto para los actos unilaterales como para los bilaterales.

(nota 4) MAZEAUD prefiere llamar oponibilidad a todos los que no sean efectos directos, incluyendo por lo tanto en el concepto los efectos que los actos producen (Leçons de droit civil, t. 1, n° 275). Nos parece que nuestra distinción es más rigurosa y permite no confundir bajo una misma denominación efectos de naturaleza distinta.

1118/10330

## B.— LAS PARTES

1118/873

873. CONCEPTO.— Las partes de un acto jurídico son aquellas personas que, ya sea por sí o por intermedio de un representante, se han obligado a cumplir determinadas prestaciones y han adquirido ciertos derechos; se las llama también otorgantes del acto. Es preciso no

confundirlas con los signatarios. En efecto, el signatario puede ser el otorgante (y ello ocurre siempre que éste actúe directamente y en ejercicio de su propio derecho), pero puede ser también un representante suyo, que suscribe el acto sin ser tocado por sus efectos jurídicos. Sobre este punto nos remitimos a los números 881 y siguientes.

1118/874

874. SUCESORES UNIVERSALES.— También se consideran como si fueran parte, los sucesores universales que vienen a adoptar el lugar jurídico del causante. Por consiguiente, los efectos de los actos jurídicos se extienden activa y pasivamente a ellos (art. 1195 Ver Texto , Cód. Civ.).

Pero esta regla tiene algunas excepciones:

a) Los derechos y obligaciones de una persona no se extienden a sus sucesores universales, cuando así lo dispone la ley o cuando esta solución se impone en virtud de la naturaleza del contrato (art. 1195 Ver Texto , Cód. Civ.). Caso típico son los actos concluidos intuitu personae, en los que las calidades inherentes a la persona han sido decisivas (art. 1195 Ver Texto ); tal, por ejemplo, el contrato por el cual se le entrega a un pintor un retrato; y de una manera general, los contratos de locación de servicios, el mandato, etcétera.

b) Tampoco se extienden los efectos de los contratos a los sucesores universales, cuando las partes así lo hubieran convenido (art. 1195 Ver Texto , Cód. Civ.). En efecto, aquéllas pueden acordar que sus obligaciones recíprocas cesarán con la muerte de una de ellas. No es necesario que esta convención sea expresa, bastando que surja claramente del contrato (ver nota 1).

c) Finalmente, los herederos que aceptan la herencia con beneficio de inventario, no continúan la personalidad del causante y deben considerarse terceros respecto de él. Por tanto, los actos celebrados por aquél no los obligan personalmente (arts. 3371 Ver Texto y sigs., Cód. Civ.).

1118/875

875. EFECTOS ENTRE LAS PARTES.— VÉLEZ SANSFIELD, siguiendo de cerca al Código Napoleón (art. 1136), estampó en el artículo 1197 esta fórmula un tanto enfática: Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma.

Esto no significa de modo alguno poner en el mismo plano a la ley y a los actos jurídicos en lo que atañe a su fuerza obligatoria, puesto que éstos siempre se hallan subordinados a la primera. Pero cuando se ajustan a la ley, tienen para las partes fuerza obligatoria. Hubiera bastado con establecer esto, sin forzar una comparación a todas luces impropia. La fórmula del Código se explicaba en los tiempos en que el liberalismo quemaba incienso en los altares erigidos a la voluntad del hombre, pero hoy nos resulta excesiva.

(nota 1) De acuerdo: LLAMBIAS, t. 2, nº 1497; JOSSERAND, t. 2, vol. 1, nº 254 y jurisprudencia francesa citada en nota 244.

1118/10340

### C.— LOS TERCEROS

1118/876

876. CONCEPTO.— Dentro de un concepto amplio, puede decirse que tercero es toda persona que no es parte en el acto. Esta definición por exclusión permite comprender los distintos casos que a continuación se tratarán: sucesores a título singular, acreedores quirografarios y los terceros propiamente dichos o penitus extranei.

1118/877

877. SUCESORES A TÍTULO PARTICULAR (ver nota 1).— Hemos dicho ya que los sucesores a título universal ocupan el lugar del causante, continúan la personalidad del fallecido; es lógico, por consiguiente, que lo sucedan en sus derechos y obligaciones. Cosa muy distinta ocurre con los sucesores a título particular, que son los que suceden a una persona en un determinado derecho; éstos son ajenos a los actos que anteriormente pueda haber realizado su antecesor y, por consiguiente, no son tocados por sus efectos. Pero este principio no es absoluto. Ocurre a veces que un tercero ha adquirido sobre una cosa un derecho íntimamente vinculado con ella; la transmisión de la cosa lleva implícita la transmisión de ese derecho (arts. 3266 Ver Texto -3268, Cód. Civ.). Ello ocurre en los siguientes casos: a) Cuando se transmite una cosa gravada con un derecho real, el gravamen pesa sobre el sucesor; así por ejemplo, el adquirente de un inmueble debe soportar los usufructos, gravámenes, hipotecas, restricciones del dominio por razones de vecindad, etcétera. b) También pesan sobre el sucesor los derechos y obligaciones contraídos por el transmitente con relación a la cosa misma; así por ejemplo, el comprador debe respetar el contrato de locación convenido por su antecesor con un tercero; lo mismo ocurre con el

pacto de retroventa, que puede hacerse valer contra el sucesor en el dominio. En el fondo, no hay sino una aplicación del principio de que nadie puede transmitir un derecho mejor que el que tiene (nemo plus juris...), porque el derecho del anterior propietario estaba ya limitado por la locación, el usufructo, la hipoteca, etcétera. Pero para que esa transmisión se opere, repetimos, es indispensable una vinculación íntima entre el derecho adquirido por el tercero y la cosa; por esa razón el contrato de locación de obras suscripto por una persona con un arquitecto u otro empresario para la construcción de un edificio en un terreno de su propiedad, no obliga al adquirente del terreno.

Naturalmente, el sucesor no sólo recibe las obligaciones que pesan sobre la cosa transmitida, sino también los derechos. En el caso del contrato de locación el adquirente tiene derecho a exigir del inquilino el pago de los alquileres, el uso honesto del inmueble, etcétera; el cesionario de un crédito se beneficia con las garantías que se puedan haber pactado en seguridad de su pago, por ejemplo, un derecho real de hipoteca, prenda, etcétera; el nuevo propietario de un inmueble puede hacer valer las servidumbres activas de que goza aquél, etcétera.

1118/11170

877 bis.— Pero hay que destacar una diferencia fundamental entre las obligaciones del deudor originario y las del sucesor particular: el primero responde de su cumplimiento con todo su patrimonio, en tanto que el segundo sólo está obligado “con la cosa transmitida” (art. 3266 Ver Texto ). La cosa es el límite de su responsabilidad y puede eludir toda ulterior obligación haciendo abandono de aquélla.

1118/878

878. LOS ACREEDORES (ver nota 2).— Los acreedores, sean quirografarios o privilegiados, son en principio ajenos a los actos celebrados por su deudor, que no producen respecto de ellos ningún efecto jurídico directo. Pero los quirografarios se hallan en una situación especial: como la única garantía de su crédito es el patrimonio del deudor, todos los actos celebrados por éste que impliquen un ingreso o un egreso de bienes tienen una repercusión económica sobre el crédito, que como consecuencia de aquéllos tendrá más o menos probabilidades de hacerse efectivo. Como la existencia de una deuda no priva al deudor de la libre administración de sus bienes, el acreedor deberá respetar todos los actos celebrados por él; en otras palabras, esos actos son oponibles a sus acreedores.

Este principio admite dos excepciones:

a) Si el acto ha sido realizado en fraude de sus acreedores éstos pueden, por medio de la acción pauliana, obtener su revocación, dejando así de serles oponible.

b) Si el contrato es simulado, el tercero puede, o bien atenerse al acto aparente, o bien impugnarlo y obtener su anulación.

1118/879

879.— Estos problemas no se plantean por lo general respecto de los acreedores privilegiados; en la mayor parte de los casos, ellos tienen asegurado el pago de su crédito con su privilegio. Sólo cuando éste no bastare para cubrir la obligación quedan estos acreedores en situación similar a la de los quirografarios.

1118/880

880. LOS TERCEROS PROPIAMENTE DICHOS.— Los terceros propiamente dichos, o penitus extranei, son todos aquellos que no tienen con las personas que han celebrado el acto ninguna relación obligatoria. Con mayor razón que en los casos anteriores, estas personas no pueden normalmente ser tocadas por los efectos de los actos jurídicos en los cuales no han participado. Sin embargo, también en este caso es preciso señalar excepciones, algunas de gran importancia.

a) Los contratos constitutivos de derechos reales producen efectos que se realizan con relación a todos; de ahí que se haya querido (aunque erróneamente, a nuestro entender, véase núm. 752) definir a los derechos reales como obligaciones pasivamente universales.

b) El matrimonio importa una situación plena de consecuencias jurídicas para terceros, que deben respetar el status legal surgido del vínculo.

c) La constitución de una persona jurídica tiene también numerosos efectos respecto de terceros; estos efectos son directos en el caso de las fundaciones, en que los terceros beneficiarios adquieren derechos como consecuencia del acto fundacional (véase núm. 669).

d) Las convenciones colectivas de trabajo crean derechos y obligaciones acerca de personas ajenas al acto.

e) La estipulación por otro, o contratos en favor de terceros, constituyen una hipótesis típica en que una persona totalmente extraña al acto se beneficia de él; ejemplo, el seguro de vida, que siempre tiene un beneficiario ajeno a la convención. Para el estudio de este tema remitimos al Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, t. 2, números 1272 y siguientes.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la citada en nota 1319, ver LAJE, Derechos y obligaciones del sucesor particular, Buenos Aires, 1955; LEPARGNEUR, De l'effet, a l'égard de l'avant cause particulier, des contrats générateurs d'obligations relatifs au bien transmis, Revue Trimestrielle, 1924, p. 481; DU GARREAU DE LA MÉCHINIE, La vocation de l'avant cause a titre particulier au droits et obligations de son auteur, Revue Trimestrielle, 1944, p. 45.

(nota 2) BIBLIOGRAFÍA: Además de la citada en nota 1319, véase: BONNECASE, La condition juridique du créancier chirographaire, Revue Trimestrielle, 1920, p. 103.

1118/10350

§ 6.— La representación en los actos jurídicos (ver nota 1)

1118/881

881. NOCIONES GENERALES.— No siempre los actos jurídicos son llevados a cabo personalmente por el propio interesado; por el contrario, es frecuente que un tercero actúe en su nombre y representación. El representado adquiere los derechos y contrae las obligaciones emergentes del acto exactamente como si él mismo lo hubiera suscripto; en cambio, el representante permanece intocado por los efectos del acto jurídico que ha celebrado. Mientras éste actúe dentro de sus facultades legales o convencionales, la contraparte no podrá hacerlo responsable por el incumplimiento posterior de las obligaciones del deudor; pero él tampoco podrá beneficiarse con las ventajas del acto.

A veces, la representación obedece a una verdadera necesidad. Esa necesidad puede ser de orden jurídico, como ocurre con los incapaces de obrar. Puesto que los menores, los dementes, los sordomudos que no saben darse a entender por escrito, no pueden actuar por sí, es indispensable que alguien lo haga en representación de ellos. O bien la necesidad puede derivar de circunstancias de hecho; tal sería el caso de una persona, que por razones de enfermedad o de trabajo, no pudiera trasladarse al lugar donde debe realizarse el acto.

Otras veces, la representación responde simplemente a una conveniencia del otorgante. Ejemplos: la representación judicial que evita al mandante las molestias de concurrir diariamente al tribunal para seguir la marcha del pleito; el poder para administrar sus bienes otorgado por quien prefiere gozar de las rentas, sin tomar sobre sí ninguna tarea. Pero, aun en este caso, la representación facilita singularmente el comercio jurídico y desde ese punto de vista es incuestionable que responde a una verdadera necesidad social.

1118/882

882. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.— El derecho romano no conoció la representación, como se la concibe en el derecho moderno. Pero como la actuación de una persona por otra es muchas veces indispensable, se usaron ciertos procedimientos que, en su etapa final, no diferían prácticamente, por sus resultados, de la verdadera representación.

En la primera etapa de esta evolución, la persona que actuaba en interés de otra, adquiría para sí los derechos emergentes del acto y luego, por un segundo acto jurídico, los transmitía al verdadero interesado. Este procedimiento no sólo era largo y complicado, pues exigía dos operaciones sucesivas, sino que suponía el peligro de que la persona que actuaba en beneficio de otra cayera en insolvencia en el intervalo que corría entre la celebración de los dos actos, con lo cual la última quedaba privada de sus derechos.

Se ideó entonces el expediente de las acciones útiles. La segunda operación se consideraba subentendida en el acto y, sin necesidad de que aquélla se llevara a cabo efectivamente, el interesado tenía las acciones útiles, fundadas en la equidad, que le permitían obtener de la contraparte el cumplimiento de sus obligaciones. De ahí a la idea de la representación no hay sino un paso.

1118/883

883. DISTINTAS CLASES DE REPRESENTACIÓN.— La representación puede ser legal o voluntaria. En el primer caso, tiene su origen en la ley, como ocurre en los supuestos del artículo 57 Ver Texto , Código Civil; en el segundo, nace de la voluntad de las partes, como en el mandato y la gestión de negocios.

1118/884

884.— En cuanto a la función desempeñada por el representante, pueden distinguirse dos hipótesis:

a) A veces la función del representante se limita a transmitir la voluntad del mandante y a concluir el contrato en su nombre. Así, por ejemplo, si alguien recibe poder para donar una cosa cierta a una determinada persona, la esfera de acción del representante se limita a expresar el consentimiento; en esta situación se lo llama nuncio.

b) Otras veces, en cambio, el representante aporta al acto determinaciones propias, que son plenamente válidas y obligan al mandante. Cuando una persona recibe poder para vender una propiedad sin determinación de precio ni comprador, puede aceptar los que a él le parezcan convenientes, y el vendedor queda obligado por aquel acto, aunque él personalmente estuviera en desacuerdo con el precio o el adquirente. Del mismo modo, el poder de administración supone una gran libertad de acción para el representante.

1118/885

885. REQUISITOS ESENCIALES DE LA REPRESENTACIÓN.— Para que exista representación se requiere:

a) Que el representante sea capaz. En nuestro derecho la capacidad varía según se trate de representación legal o voluntaria. Mientras la tutela y la curatela sólo pueden ser ejercidas por mayores de edad (art. 398 Ver Texto , Cód. Civ.), el mandatario puede ser menor (art. 1897 Ver Texto , Cód. Civ.).

b) Que el representante ostente título suficiente, o sea que la representación le haya sido conferida por la ley o por voluntad del mandante, y haya obrado dentro de sus límites. Sin embargo, en el último caso, la falta de poder puede ser cubierta por la posterior ratificación del acto, hecha por el representado.

c) Que el representante obre en nombre del representado. Si, en cambio, aquél lo hace por cuenta de una persona, pero manteniendo oculta esa circunstancia, no hay verdadera representación. Ejemplo de esta última hipótesis es el contrato de comisión.

1118/886

886. ACTOS QUE PUEDEN SER OBJETO DE REPRESENTACIÓN.— El principio general es que todos los actos se pueden celebrar por representación. En el dominio patrimonial, la única excepción es el testamento, acto personalísimo típico, que no puede ser hecho por representante, sea legal o voluntario (art. 3619 Ver Texto , Cód. Civ.). En el derecho de familia, en cambio, las excepciones son más numerosas, puesto que ciertos

actos inherentes a él se avienen mal con otra forma de otorgamiento que no sea la personal. Es así que el representante legal no puede contraer matrimonio, ni reconocer hijos extramatrimoniales, ni iniciar, salvo hipótesis de excepción, juicio de divorcio en nombre de su representado (véase núm. 474); pero, en cambio, estos actos, salvo el matrimonio, pueden ser celebrados por mandatarios (art. 1881 Ver Texto , inc. 6º, Cód. Civ.).

Tampoco podría concebirse que se otorgara poder para ejercer la patria potestad, la tutela o la curatela en representación del padre, tutor o curador; aunque sí podría otorgarse para la celebración de actos aislados de los que entran dentro de las potestades legales de aquellos representantes legales.

1118/887

887. REMISIÓN.— En los párrafos precedentes nos hemos limitado a dar las nociones generales relativas a la representación. Su estudio corresponde al Tratado de Derecho Civil, Contratos, al cual nos remitimos.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: CASTÁN TOBEÑAS, J., Derecho civil español, común y foral, 7ª ed., t. 1, ps. 752 y s.; TRAVIESAS, La representación voluntaria, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1922, ps. 193, y s.; Díez-PICAZO. La representación en el derecho privado, Madrid, 1979; BETTI, E., Teoría general del negocio jurídico, trad. esp., ps. 418 y s.; CARIOTTA FERRARA, Il negozio giuridico, Nápoli, 1949, ps. 643 y s., nº 152 y s.; PACCHIONI, Le teorie moderne sulla rappresentanza, en la edición italiana, de BAUDRY LACANTINERIE, Contratti aleatori, p. 755; DE RUGGIERO, R., Instituciones de Derecho civil, trad. esp., t. 1, ps. 274 y s.; HUPKA, J., La representación voluntaria en los negocios jurídicos, trad. esp., Madrid, 1930; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 2, ps. 231 y s.; VON TUHR, ed. Depalma, vol. 3.2, ps. 3 y s.; POPESCO RAMMICEANO, R., De la représentation dans les actes juridiques en droit comparé, París, 1927; MADRAY, G., Essai d'une théorie générale de la représentation en droit privé français, París, 1931; BURÓN, R., Les obligations du trustee en droit anglais, París, 1938; HAMLIN, Essai sur les éléments principaux de la représentation, París, 1907.

1118/10360

§ 7.— Interpretación de los actos jurídicos (ver nota 1)

1118/10370

## A.— ¿ES UNA CUESTIÓN DE HECHO O DE DERECHO?

1118/888

888. IMPORTANCIA DEL PROBLEMA.— Suele ocurrir con frecuencia que luego de celebrado un contrato, las partes no se ponen de acuerdo en su interpretación, es decir, en el significado de sus cláusulas: cada una de ellas pretende interpretarlo en el sentido más conveniente a sus intereses y los tribunales deben resolver numerosísimos conflictos surgidos de esas divergencias.

El primer problema que se nos presenta en esta materia se refiere a si la interpretación de los actos jurídicos es una cuestión de hecho o de derecho. La dilucidación de este punto tiene un interés práctico fundamental: si fuera de derecho, estaría sujeta al recurso de casación, que, por el contrario, no sería procedente si fuera de hecho.

Esta cuestión se vincula con el fundamento mismo de los actos jurídicos. Si, en efecto, se admite que éstos se basan en la intención íntima de los contratantes, será necesario aceptar que esta cuestión es de hecho, pues todo lo que deben hacer los litigantes ante el juez es probar cuál ha sido su intención. Estrictamente, no existe un problema de interpretación, sino de prueba. Por el contrario, si se considera que la base de los negocios jurídicos es la declaración de la voluntad, lo que importa es interpretar el recto sentido de ella, sin que interese la prueba de lo que los declarantes puedan haber pensado en su fuero íntimo y no han exteriorizado.

1118/889

889. ES UNA CUESTIÓN DE DERECHO.— Plantear la cuestión en estos términos es, a nuestro juicio, resolverla. Ya hemos aludido a la controversia entre las doctrinas de la voluntad y la declaración y expresado nuestra adhesión a ésta (véase núms. 830 y sigs). Pero es precisamente en materia de interpretación de los actos jurídicos donde la teoría de la voluntad muestra al desnudo toda su debilidad.

Es evidente que la intención, justamente por ser puramente psicológica e interna, es inaccesible a los terceros y no puede ser la base de un negocio jurídico que, por ser tal, por ser fuente de derechos y de obligaciones, quizá gravosas, debe tener un fundamento concreto, tangible, serio y seguro, condiciones que no podrían encontrarse en la intención. Ya los canonistas, habían advertido la dificultad de penetrar un estado de ánimo y por ello decían: “Ecclesia non iudicat de internis” (ver nota 2). El profundo sentido práctico de los

jueces ingleses los ha llevado a la misma conclusión, que un juez de la época de Eduardo IV resumía así: “Ni el mismo diablo conoce la intención del hombre” (ver nota 3).

La imposibilidad de penetrar la intención humana, la necesidad de hacer prevalecer la declaración de la voluntad sobre la intención, ha debido ser reconocida, mal de su grado, por los mismos juristas que no se apean del dogma de la voluntad. “Es necesario —dicen PLANIOL y RIPERT— afirmar el principio general que debe preferirse en la vida social. Debemos estar por la seguridad dinámica, es decir, por las situaciones aparentes, y hacerles producir efectos” (ver nota 4). Estas palabras, escritas con referencia directa a nuestro tema, no significan otra cosa sino que es necesario hacer prevalecer la declaración sobre la intención.

PONCEAU, por su parte, demuestra cuán difícil, por no decir imposible, es para el juez percibir la verdadera intención de los contratantes. Ante todo, afirma que el papel más importante del contrato es limitar la voluntad, esto es, que no hay ni puede haber contrato sin limitación de la voluntad para el porvenir: “La voluntad que la ley ordena al juez que busque es, pues, aquella que existía en el momento del contrato. ¿A que ha querido cada parte obligarse en aquel momento? Pero si es difícil desentrañar todos los detalles, los elementos y los vínculos de una voluntad actual, ¿no será más difícil aún conocer una voluntad pasada? Así, lo que la ley prescribe al juez no es desentrañar exactamente aquella voluntad (eso sería imposible), sino reconstruirla por una ficción. Deberá acudir a todo un sistema de inducciones y deducciones, reconstruirá por esfuerzo del razonamiento y de la lógica lo que ignora por lo que conoce, lo que no ha sido expresado por lo que ha sido enunciado en el contrato. En síntesis, deberá sustituir la voluntad verdadera, que no tiene ningún medio para descubrir, por una voluntad ficticia, que forma él mismo con ayuda de las presunciones”. Más adelante agrega: “El juez está autorizado por la ley misma a cambiar el sentido normal de ciertas palabras y ciertas cláusulas y, lo que es más, él puede agregar algo al acto, ayudado por la costumbre y la lógica. Si el solo objeto, el verdadero objeto de la interpretación fuera descubrir la voluntad de las partes, ¿no sería al menos sorprendente que un juez, razonando por un sistema bien arbitrario, pretendiese demostrar a las partes mismas lo que ellas han querido en el momento del contrato? En realidad, esta voluntad no es la suya: es solamente la voluntad ficticia que la ley pretende imponerles. Y puesto que la intención es reconstituida por el juez únicamente por procedimientos inductivos y deductivos, puesto que él se inspira en circunstancias exteriores como la costumbre y el hábito, no es ya una intención individual y original la que el juez pretende desentrañar, sino solamente una intención media, si se puede decir, y en un sentido colectivo. Ella expresará las ideas y las voluntades del legislador, del grupo social y del juez, más que de los contratantes. Concluyamos: el papel de la voluntad individual en los contratos es, según el espíritu si no la letra del Código, mucho más aparente que real” (ver nota 5).

Cabe finalmente recordar que el propio Código Civil francés, que “es un monumento levantado a la gloria de la voluntad individual” (ver nota 6), establece en su artículo 1341 que no se admitirá la prueba de una voluntad distinta de aquella expresada por instrumento

público o privado. Lo cual significa, ni más ni menos, aceptar la teoría de la declaración en lo que a estos actos se refiere.

En conclusión: el juez debe ocuparse de investigar no lo que el declarante ha querido en su interior —eso sería imposible—, sino lo que su declaración, tomada en su conjunto, autoriza a creer que ha querido (ver nota 7).

Bien claro que por declaración de la voluntad no debe entenderse tan sólo la expresión verbal o escrita, sino también el proceder, actos o signos y aun el silencio en ciertos casos; en una palabra, la conducta externa que permita a la otra parte inferir la existencia de una voluntad de obligarse (véase núm. 832).

1118/890

890.— Es jurídica y moralmente inaceptable que las partes pretendan probar una voluntad verdadera distinta de la manifestada. Ello legitimaría la reserva mental, el dolo, la mala fe; daría lugar a una gran incertidumbre en las relaciones contractuales. La seguridad del comercio, la buena fe, la confianza que debe presidir las relaciones humanas, están interesadas en que las palabras y los actos que exterioricen una voluntad tengan valor jurídico, y en que no se pueda borrar con el codo lo que se ha escrito con la mano. Es preciso que las personas que necesitan o desean ligarse a otras con vínculos contractuales, puedan saber con exactitud cuáles serán sus obligaciones; y ninguna seguridad puede existir en las relaciones privadas si la declaración no es la base del negocio jurídico. Por ello es que la Cámara en lo Comercial de la Capital ha resuelto, con razón, que es inadmisibles la pretensión de probar por testigos que se tuvo una intención distinta de la que se desprende de los términos claros del contrato (ver nota 8).

1118/891

891.— Conviene dejar claramente establecido que la teoría de la declaración tal como nosotros la aceptamos, dejando de lado exageraciones que no han tenido mayor trascendencia jurídica, no niega el papel que la voluntad tiene en el origen y formación de los actos jurídicos en general y de los contratos en particular. Pero como la persona a quien va dirigida la declaración de voluntad, la sociedad y el propio juez, no tienen otra posibilidad de conocer cuál ha sido esa voluntad sino por su exteriorización, es a través de este prisma de la declaración que la voluntad debe reconstruirse. En otras palabras, la voluntad expresada o declarada es la que sirve de base al negocio jurídico y es ella la que el juez procura investigar. El querer que no se manifiesta, no cuenta para el derecho.

Pero no solamente la teoría de la declaración no niega el papel de la voluntad y aun de la intención en los actos jurídicos, sino que su consecuencia más directa es hacerla respetar en casi todos los casos. Porque cuando una persona emite una declaración de voluntad, es evidente que acepta ligarse por el sentido normal de la expresión que emplea (ver nota 9). Justamente porque tiene conciencia de que su declaración producirá efectos jurídicos, será fuente de derechos y de obligaciones, quizás gravosas, se cuidará muy bien de elegir las palabras que mejor expresen su pensamiento y sus deseos. Nada mejor que esa declaración para probar y precisar su voluntad. Si más tarde, llevado el litigio ante los tribunales, pretende darle a sus palabras un significado distinto de aquel que normalmente se les atribuye o intenta probar que su intención era diferente de la expresada, lo más probable es que el nuevo sentido que pretende darle a su declaración es el que ahora conviene a sus intereses, pero no el que le convenía y acordó al tiempo de la formación del acto.

1118/892

892.— Los jueces suelen hablar a menudo de la intención de las partes, de que su verdadera voluntad es tal o tal otra. Podría ello hacer pensar que lo que se está investigando es la intimidad de la conciencia, lo que significa una adhesión al dogma de la voluntad. Nada de eso; aluden a la voluntad tal como está expresada, a la que se desprende de las palabras y de la conducta (ver nota 10). Es, por consiguiente, legítimo usar ese lenguaje, que en nada se opone a la teoría de la declaración; sin embargo, es indiscutible que puede introducir alguna confusión de concepto en esta materia, y es por ello que DANZ prefiere que se hable de significado de la declaración y no de la intención o voluntad que de ella surge (ver nota 11).

1118/893

893. LA INTERPRETACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS Y EL RECURSO DE CASACIÓN.— Después de lo dicho en las páginas anteriores, resulta claro que la tarea del juez no consiste en verificar cuál ha sido la intención de las partes, sino interpretar el significado de su declaración. No estamos, pues, en presencia de un problema de hecho, cuya existencia deba probarse; lo que hay que resolver y definir son los efectos jurídicos de la declaración. Y ésta es, típicamente, una cuestión de derecho. Las mismas palabras lo están indicando, pues desde el momento en que se habla de interpretación de los actos jurídicos es porque se alude a una cuestión de derecho; si fuera de hecho, se hablaría de prueba.

Va de suyo que es necesario hacer aquí una distinción bien precisa: la prueba de que tales o cuales palabras se han pronunciado o de que se ha actuado en tal forma, constituye una cuestión de hecho que sólo el tribunal de instancia puede resolver; la Corte de Casación no podría decidir, por ejemplo, que la firma que suscribe un documento es falsa si el juez de los hechos ha resuelto que es auténtica; pero, en cambio, decidir cuál es el significado y,

por consiguiente, los efectos jurídicos del acto (que eso quiere decir interpretar), es un problema eminentemente jurídico y sujeto, por lo tanto, a casación (ver nota 12).

Además, el juez no está facultado para interpretar arbitrariamente las declaraciones de voluntad; debe ajustar su fallo a normas legales que le indican cuáles son los principios que deben presidir su decisión; al interpretar un acto, está aplicando normas jurídicas. ¿Puede dudarse de que ésta es una cuestión de derecho? (ver nota 13).

Todavía puede extraerse otro argumento más del artículo 1197 Ver Texto del Código Civil, que dispone: las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma. El propio Código se ha encargado de atribuir a la declaración de voluntad el carácter de una regla jurídica; no es dudoso, pues, que su interpretación es un problema de derecho (ver nota 14).

1118/894

894.— Pero hay aún algunas razones más en apoyo del punto de vista que venimos sosteniendo. En todos los contratos típicos legislados por los códigos hay un gran número de normas supletorias o interpretativas, que se llaman así precisamente porque suplen o interpretan la voluntad de las partes que ha quedado inexpressada sobre algún efecto u obligación establecida en el contrato. Si las partes están de acuerdo con la solución de la ley, por regla general se abstienen de incluir en el contrato una cláusula sobre este punto, porque ello sería sobreabundante e inútil. Sólo en el caso de que disientan de la solución legal acuerdan expresamente otros efectos, y este acuerdo prevalece sobre la disposición de la ley.

De conformidad con la opinión de que la interpretación de los actos jurídicos es una cuestión de hecho, el significado de una convención que se aparta de los textos legales no admite casación; en cambio, la procedencia del recurso en el caso de que las partes hayan callado es indiscutible, porque entonces se trata de la interpretación de la ley. Es evidente que esta solución está privada de la más elemental lógica; porque en definitiva, tanto en un caso como en otro, ha sido la voluntad de las partes la que ha fijado las cláusulas del convenio. ¿Y qué ocurriría si, por una precaución tal vez excesiva o por prevenir la posibilidad de una reforma de la ley supletoria, las partes repitieran en su contrato exactamente las mismas palabras que la ley emplea y que ellas juzgan las más convenientes a sus intereses? ¿Cabe o no el recurso de casación? La teoría que combatimos se debate en este caso en una contradicción insoluble. Pero hay todavía más: si en el negocio debatido se aplican en parte las normas supletorias y en parte las dictadas por los mismos contratantes, ¿habrá que desgarrar el negocio jurídico único, dejando una parte de él al fallo definitivo del tribunal de los hechos y reservando la otra parte a la decisión de la Corte de Casación? (ver nota 15).

1118/895

895.— La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires dictó en 1946 un importante fallo en el que, luego de analizar detenidamente el problema, sentó la tesis de que la interpretación de los actos jurídicos es una cuestión de derecho y sujeta, por consiguiente, al recurso de inaplicabilidad de la ley (ver nota 16), pero posteriormente, sin fundamentar mayormente el cambio, ha vuelto sobre aquella jurisprudencia, resolviendo que es una cuestión de hecho respecto de la cual no cabe abrir el recurso (ver nota 17), a menos que alegue la violación de una norma interpretativa legal (ver nota 18), o que de la interpretación resulten consecuencias contrarias a la ley (ver nota 19). Y, lo que es más inadmisibles aún, ha negado también el recurso en casos de interpretación de los convenios colectivos de trabajo (ver nota 20), no obstante que después de la sanción de la ley 14250 resulta innegable que constituyen verdaderas normas jurídicas (véase núm. 87). La Suprema Corte de Mendoza ha incurrido en parecidas vacilaciones, inclinándose finalmente por rechazar el recurso de inaplicabilidad en estas cuestiones (ver nota 21).

En realidad, en estos pronunciamientos, que niegan en nuestro caso el recurso de casación, ha pesado, más que razones jurídicas, consideraciones prácticas: el abrumador trabajo que pesa sobre los tribunales superiores de provincia se vería notablemente recargado si se admitiera el recurso de casación sobre la interpretación de los contratos, lo que a su vez se traduciría en una gran retardo en la administración de justicia. Urge, pues, reorganizar los tribunales provinciales de casación y aumentar el número de sus miembros para que puedan cumplir adecuadamente sus funciones.

En la jurisprudencia, y sobre todo en la doctrina extranjera, luego de algunas vacilaciones, se está imponiendo cada vez con más firmeza la buena doctrina de considerar esta cuestión como de derecho (ver nota 22).

1118/10380

## B.— PRINCIPIOS QUE RIGEN LA INTERPRETACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS

1118/896

896. NORMAS GENERALES.— Sentado que la interpretación de los actos jurídicos consiste en desentrañar la voluntad de las partes a través del prisma de su declaración, veamos qué principios deben presidir aquella tarea.

897. a) La buena fe.— El principio fundamental en esta materia es que las declaraciones de voluntad deben interpretarse de buena fe. Así lo dispone el artículo 1198 Ver Texto en la redacción dada por la reforma de 1968; pero ya antes de la sanción de la ley 17711 la jurisprudencia había aplicado este principio en forma reiteradísima e invariable (ver nota 23).

Aplicado a esta materia, el principio de la buena fe significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá en un caso concreto sus efectos usuales, los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido en casos iguales (ver nota 24). El juez, puesto a dirimir una controversia, debe preguntarse qué significado hubiera atribuido a la declaración una persona honorable y correcta (ver nota 25). Es por ello que no puede aceptarse la reserva mental para excusar el cumplimiento de obligaciones; ni puede tampoco pretender una de las partes que ella atribuía a las palabras empleadas un significado distinto de aquel que verdadera y normalmente tienen. El juez no tiene por qué entrar a investigar si la disconformidad entre la declaración y el propósito íntimo ha sido deliberada (caso de reserva mental) o no. Hemos dicho ya que esa investigación sería imposible, pero, además, carecería de sentido, porque al juez sólo debe preocuparle el significado normal de la declaración, ya que ésa es la única base sobre la que puede descansar la buena fe en el tráfico comercial y en los negocios jurídicos. Los jueces ingleses cuyo agudo sentido práctico ya hemos ponderado, llaman regla de oro de la interpretación (Lord Wensleydale's Golden Rule) a aquella que prescribe interpretar las palabras de acuerdo con su significado gramatical y ordinario, salvo que conduzcan al absurdo o a la contradicción (ver nota 26), regla que también ha sido aplicada por nuestros jueces (ver nota 27). De ahí que haya podido resolverse con razón, que cuando los términos del contrato son claros no puede admitirse la pretensión de probar por testigos que la intención era distinta (ver nota 28).

Por ello el artículo 1198 Ver Texto (mod. por ley 17711 ) dispone que los contratos deben interpretarse de acuerdo con lo que verosímelmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión, es decir, como lo haría una persona prudente, que obra con el cuidado y la seriedad que debe ponerse en un negocio jurídico.

Debe hacerse presente que de este modo no sólo se protege al recipiente contra la posibilidad de que el declarante alegue que quiso una cosa distinta de la que se desprende de sus palabras o conducta, sino también al declarante contra la posibilidad de que el aceptante sostenga que entendió aquella manifestación de manera diferente de lo que es su significado propio (ver nota 29). En realidad, lo que queda protegida es la seguridad del comercio, la seriedad de los negocios jurídicos, en fin, los intereses de los contratantes y de la sociedad.

Es claro que si ambas partes han atribuido a la declaración un significado distinto de aquel que comúnmente tiene y se demuestra concluyentemente que ambas han querido obligarse a una cosa distinta de la que surge del sentido ordinario y gramatical de las palabras empleadas, el juez, por aplicación del mismo principio de la buena fe, debe interpretar el acto conforme a lo que fue la voluntad primitiva de las partes. Porque lo que fundamenta este principio es la necesidad de defender al contratante que interpreta de buena fe una declaración de voluntad, atribuyéndole su significado propio. Pero si se prueba que el recipiente no lo interpretó de acuerdo con ese significado, sino de otra manera en la que coincidió con el declarante, no podría sino hacerse derivar del contrato los efectos que las partes quisieron.

1118/898

898.— De este principio fundamental de la buena fe se desprenden las siguientes reglas interpretativas:

1) El juez no debe ceñirse estricta y ciegamente al significado técnico-jurídico de las palabras usadas, o de la conducta de las partes. Muchas veces se emplean impropriamente ciertos términos por ignorancia, a veces común, de su significado jurídico. Si no obstante ello la voluntad de las partes resulta clara, debe hacérsela prevalecer. Es en este sentido que puede aceptarse el criterio de DANZ, según el cual las declaraciones de voluntad deben interpretarse con criterio de profano, vale decir, como lo haría una persona razonable que no sabe de leyes pero sí de la vida y conoce la manera usual de obrar de la gente en cierto círculo o cierto lugar (ver nota 30). Los términos de un instrumento, sostiene BEAL, deben ser interpretados en su sentido llano, ordinario, popular (ver nota 31).

1118/899

899.— Nuestra jurisprudencia registra algunos casos interesantes en los que se ha aplicado ese criterio. Un testador, después de hacer distintos legados, dispuso que el sobrante fuera distribuido entre las sociedades de beneficencia que indicaran los señores Bartolomé y Alfredo Ginocchio. Una tía del causante impugnó el testamento, alegando que la disposición de los bienes sobrantes en la forma que lo hacía el testamento importaba institución de heredero, de acuerdo con el artículo 3720 Ver Texto del Código Civil; y que la elección del heredero quedaba delegada en los señores Ginocchio, lo que implicaba la nulidad de la disposición testamentaria, según el artículo 3619 Ver Texto del Código Civil. A pesar del indiscutible rigor lógico-jurídico de la impugnación, la Cámara Civil 1ª de la Capital, siguiendo el voto del doctor TOBAL, dijo que los actos jurídicos deben interpretarse en el sentido que se les da entre profanos y que por ello la cláusula discutida debía entenderse como un legado a los pobres, previsto en el artículo 3722 Ver Texto y no

como una institución hereditaria, como resultaría de la aplicación estricta del artículo 3720 Ver Texto . Esta interpretación hecha de buena fe, como lo haría un profano, permite respetar la voluntad del causante, que inequívocamente era hacer mandas de carácter altruista y excluir a la actora (ver nota 32).

Otro caso. Una persona cedió “todas las acciones y derechos hereditarios que tiene y le corresponden” en la sucesión de su esposa. La sucesión sólo se componía de bienes gananciales y el marido no recibió nada más que la mitad que le correspondía como socio. Demandada la cesión de estos derechos, el cedente contestó que no tenían carácter hereditario y que, por lo tanto, el contrato no podía obligarlo a transferirlos. Sin embargo, de la circunstancia de que no tenía ningún derecho hereditario en la sucesión de su mujer —no obstante que el contrato decía “los derechos hereditarios que tiene y le corresponden”—, como también del precio pagado por la cesión, se desprendía inequívocamente que el objeto del contrato había sido precisamente la mitad de los bienes gananciales. Así lo consideró el Tribunal, que hizo lugar a la demanda, juzgando el caso como lo habría hecho un profano de buena fe. En la sentencia se recuerdan estas sensatas palabras de LLERENA: “Nunca debe permitirse que, por un juego de palabras, la gente sencilla sea víctima de la mala fe de aquellos en quienes ha confiado al redactar una convención” (ver nota 33).

1118/900

900.— 2) Los usos y costumbres sociales tienen una importancia fundamental en la interpretación de la declaración de voluntad, precisamente porque al emitir una declaración de voluntad se entiende darle el significado que normalmente tiene en ese medio y en ese momento (ver nota 34). Es por ello que la Cámara de Comercio de la Capital ha declarado que corresponde dar a las palabras su sentido usual, aunque los interesados pretendan que las han entendido en otro (ver nota 35).

El Código de Comercio dispone: El uso y práctica generalmente observados en el comercio en casos de igual naturaleza, y especialmente la costumbre del lugar donde debe ejecutarse el contrato, prevalecerán sobre cualquier inteligencia en contrario que se pretenda dar a las palabras (art. 218 Ver Texto , inc. 6°).

Esta norma nos parece objetable en cuanto hace prevalecer para la interpretación de las palabras la costumbre del lugar de ejecución del contrato. Mucho más lógico resulta atribuirles el significado que tienen en el lugar en donde la voluntad fue declarada, porque éste es el ambiente en donde las partes viven y conocen (ver nota 36). Frecuentemente las palabras tienen un matiz y un significado diferente, no ya entre países distintos de una misma lengua, sino entre provincias o pueblos de un mismo país. ¿Por qué razón las palabras empleadas en un contrato celebrado entre jujeños en Jujuy para ser cumplido en Buenos Aires deben ser interpretadas de acuerdo con el significado que se les atribuye

usualmente en esta ciudad y no en Jujuy? Creo que en este punto la solución del Código carece de toda lógica.

De acuerdo con el punto de vista que venimos sosteniendo, un Tribunal de Nueva York resolvió que un contrato celebrado en Alemania por alemanes, debe interpretarse en Estados Unidos de acuerdo con el derecho germánico y con el significado de las palabras de este idioma (ver nota 37). Salvo, claro está, que las partes hayan convenido darle otro significado.

Este principio es aplicable a los contratos entre ausentes, en cuyo caso la declaración debe ser interpretada de conformidad con los usos del lugar en que las palabras fueron empleadas (ver nota 38).

1118/901

901.— 3) Las cláusulas de una declaración de voluntad no deben interpretarse aisladamente, sino de acuerdo con su contexto general. Esta regla, contenida expresamente en el artículo 218 Ver Texto , inciso 2º del Código de Comercio, es de aplicación frecuentísima en todos nuestros tribunales, de cualquier fuero (ver nota 39). Nadie puede prevalecerse de una palabra aislada de un acto jurídico para atribuirle efectos que evidentemente no conciben con el tenor general de la declaración ni con la voluntad inequívocamente manifestada en ella.

1118/902

902.— 4) La buena fe en los negocios jurídicos impone la obligación de hablar claro. Es por ello que algunas legislaciones, como por ejemplo, la española, establecen que la interpretación de una cláusula oscura no debe favorecer al autor de la declaración (art. 1288 del Código Civil español). En nuestro país, se ha resuelto también en algunos casos que las expresiones dudosas deben interpretarse en contra de quien redactó el contrato (ver nota 40). Esta regla es particularmente justa en el caso de los contratos de adhesión. Ya en el derecho romano se había sentado que el autor de una declaración no debe aprovecharse de una oscuridad que le es imputable (Digesto, 18, I, 33).

Sin embargo, es menester poner cuidado en la aplicación de esta regla. Porque si bien en principio es el autor de la declaración el que debe pagar la culpa de su error u oscuridad, es necesario contemplar la posibilidad de que el recipiente, apercibiéndose de que la oscuridad de algunas cláusulas le permitirá más tarde sostener alguna interpretación que lo favorezca, aunque ello no haya estado en el ánimo del declarante, acepte la declaración para medrar con la ambigüedad de sus términos. El juez no debe prestarse a este juego de viveza y debe

pronunciarse por la parte que ha obrado de buena fe. El sistema de la voluntad declarada impone a quien la emite, dice SALEILLES, la obligación de no inducir en error a la parte a la cual se dirige por una declaración en la que no se percibe claramente su verdadero contenido, y a la otra parte, el deber de captar la intención de quien se ha dirigido a ella, para comprenderla y evitar toda sorpresa contraria a la lealtad. “En negocios es necesario el juego limpio; y este fair play se impone a ambas partes (ver nota 41).

Por lo demás, hemos de ver en los párrafos siguientes que existen otras reglas que ayudan al juez a decidir el significado que debe darse a los términos ambiguos o dudosos.

1118/903

903. b) Las circunstancias del caso.— Las circunstancias de hecho que formaron “el clima” en el que se emitió la declaración de voluntad, tienen una importancia decisiva en su interpretación (ver nota 42). Las mismas palabras, idénticas conducta, tienen un significado totalmente distinto, si las circunstancias difieren. Supongamos que una persona se acerca a otra que acaba de llegar de viaje a una estación, y sin decirle una palabra, le toma la valija y se la lleva hasta su automóvil. Ese proceder, realizado por un changador, implica un contrato de transporte, con la consiguiente obligación del pasajero de pagar el precio usual. Si, en cambio, se tratara de un amigo que ha ido a la estación a recibirlo, no existe tal contrato ni tiene derecho a exigir ninguna retribución.

Veamos un ejemplo tomado de DANZ. Si una persona entra en un negocio donde se alquilan bicicletas y le dice al dueño: “La voy a usar unas dos horas”; y éste le contesta: “Sí”, debe entenderse que el que la llevó tiene que pagar la tarifa fijada en la pared. Pero si las mismas palabras se pronuncian entre hijo y padre, debe entenderse que no hay locación sino préstamo, porque eso es lo natural mediando ese parentesco. Si el padre quería cobrar, debió haber contestado: “Sí, pero pagando” (ver nota 43).

Las circunstancias del caso son las que permiten valorar el sentido y el significado de las palabras (ver nota 44); de ellas se puede inferir si una promesa ha sido hecha seriamente, con la voluntad de obligarse, o si, por el contrario, tal voluntad no ha existido, como en el caso de que se haya formulado con un evidente espíritu de broma o en estado de ebriedad o por exigencia del libreto en una representación teatral.

1118/904

904. c) El fin práctico.— Todo acto jurídico se realiza con un fin práctico; en las controversias llevadas ante los tribunales, ese es casi siempre de orden económico. El juez debe tenerlo siempre presente e interpretar las cláusulas del contrato en la manera que

mejor permita el cumplimiento de ese fin. Así lo ha declarado nuestra jurisprudencia en forma reiterada (ver nota 45).

Dice DANZ que, determinado el fin económico, es deber del juez ayudar a las partes a alcanzarlo. Y el mejor juez será aquel que se ponga en el lugar de las partes, primero en la del demandante; luego en la del demandado, pero seriamente, como si se tratara del propio bolsillo (ver nota 46). Sin duda, este procedimiento puede ser útil, siempre que no se extreme la intervención del juez, al punto de sustituir la voluntad de las partes y de ir más allá de lo que ellas mismas se propusieron, so color de interpretación. Consideramos excesivo decir que el juez debe ayudarlas a alcanzar su fin económico; su conducta debe ser más prudente y limitarse a precisar y decidir qué es lo que ellas convinieron, teniendo en consideración el fin que se tuvo en vista al contratar. ¿No sería bien arbitrario que el juez ayudase a las partes a lograr un fin que, por lo menos, una de ellas ya no quiere, como que precisamente por ello se necesita la decisión del magistrado?

1118/905

905. d) La conducta posterior de las partes— Una abundantísima jurisprudencia de nuestros tribunales ha decidido que la conducta posterior de las partes es un elemento interpretativo de fundamental importancia. El principio del artículo 218 Ver Texto , inciso 4° del Código de Comercio, se ha aplicado tanto en materia civil como comercial (ver nota 47).

En efecto, cuando las mismas partes con su conducta posterior han revelado inequívocamente cuál es el significado y el alcance del contrato, no podrán luego ampararse en una cláusula de interpretación dudosa para desviarse de lo que ellas mismas han demostrado querer.

Es necesario, sin embargo, advertir que la conducta posterior sólo puede ser tomada en consideración cuando perjudica a la parte que la ha seguido; pero, en principio, no puede ser considerada cuando la beneficia, porque de lo contrario sería muy fácil a los contratantes desviarse de la recta interpretación de un convenio, realizando actos que la otra parte tal vez ignore y que más tarde serán pruebas en favor suyo si la cuestión se lleva ante los tribunales (ver nota 48). Hemos dicho que, como principio, los actos posteriores a la celebración del acto que favorecen al que los realiza, no deben ser considerados por el juez, lo que no obsta a que las circunstancias demuestren que esa conducta era sincera y de buena fe, y en tal supuesto, puede tomarse en consideración con la prudencia del caso, y siempre en relación a la conducta de la otra parte.

1118/906

906.— ¿Los actos anteriores a la declaración de voluntad, también pueden ser considerados en la interpretación? Indudablemente, sí (ver nota 49). Pero en este caso, la prudencia del juez debe extremarse. Ocurre, en efecto, que en el momento de celebrarse el contrato, las partes suelen hacer un ajuste final de sus condiciones, modificando lo que se habían propuesto y deseado y lo que indicaban los actos preparatorios del convenio. Es por ello que la conducta anterior no es un índice seguro de lo que en definitiva se convino. Por esta razón, debe descartarse totalmente la conducta anterior si ella es contradictoria con los términos del contrato definitivo. Aun en el caso de que no lo fuera, el juez sólo podrá considerarla si verosímilmente el contrato definitivo fue la expresión de la voluntad que esos actos anteriores ponen de manifiesto. Así, por ejemplo, la Cámara Civil 1ª de la Capital resolvió que para aclarar la verdadera voluntad de las partes, expresada ambigüamente en la escritura de una venta de campo, es factor de interpretación utilizable el examen de los términos del boleto privado en que se concertó la operación, en el que aquella voluntad está expresada claramente (ver nota 50).

1118/907

907. e) La naturaleza del contrato y su vivencia.— Es asimismo importante considerar la naturaleza jurídica del contrato celebrado (art. 218 Ver Texto , inc. 3º, Cód. Com.). En algunos casos dudosos ella permite decidir el sentido de la interpretación y, por consiguiente, los efectos jurídicos del acto (ver nota 51).

Es necesario también tener presente que si una cláusula se presta a dos interpretaciones, de las cuales una significa la nulidad del acto y otra su validez, es menester preferir esta última y hacerle producir efectos (art. 218 Ver Texto , inc. 3º, Cód. Com.). Aunque legislados en el Código de Comercio, estos principios tienen validez en materia civil (ver nota 52).

1118/908

908. f) El principio del favor debitoris.— El artículo 218 Ver Texto , inciso 7º del Código de Comercio establece 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.

Este principio, del que ha hecho frecuente aplicación nuestra jurisprudencia, tanto civil como comercial (ver nota 53), tiene sus orígenes en el derecho romano (ver nota 54).

Se funda en un principio de equidad y presupone que el deudor es la parte más débil del contrato; pero no siempre es así. A veces el deudor es la parte más fuerte. Por ello, el

principio del favor debitoris debe entenderse hoy en el sentido de que en caso de duda, debe interpretarse el contrato en favor de la parte débil (ver nota 55) (véase núms. 914 y 918).

Debe advertirse, en primer término, que esta regla tiene carácter subsidiario. En el artículo 218 Ver Texto del Código de Comercio ocupa el último lugar de la enumeración, y se dispone que su aplicación tendrá lugar sólo en el caso de que las otras bases establecidas no permitan determinar el sentido de una cláusula ambigua (ver nota 56).

En segundo lugar, es evidente que su aplicación sólo resulta justa y posible en los contratos gratuitos, pero no en los onerosos. En éstos, la obligación que resulta de una cláusula es siempre la consecuencia de una contraprestación. Lo que debe presidir la decisión del juez es más bien la equidad y la equivalencia de las obligaciones recíprocas (ver nota 57). Es con este criterio que el Código Civil español dispone que “cuando absolutamente fuera imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses” (art. 1289). Lo mismo establece el Código Civil italiano en su artículo 1371, y el de México, artículo 1857.

Por ello, los tribunales de la Capital Federal han resuelto que en la interpretación de los contratos debe tratar de llegarse dentro de la ley y de la justicia a la equivalencia de las prestaciones, colocando a las partes en la situación más aproximada a la igualdad (ver nota 58).

1118/909

909.— No creemos razonable el temor de BETTI, de que esta facultad que el artículo 1371 del Código italiano reconoce a los jueces para resolver los intereses en juego de acuerdo con la equidad, se transforme en un instrumento de discrecionalidad y en una forma peligrosa de interpretación correctora, de la que se beneficiaría la parte que astutamente se abstuviese de aclarar su pensamiento, especulando sobre el equívoco de la cláusula inserta (ver nota 59). Ya hemos visto cuáles son los medios para proteger la buena fe y la lealtad en el comercio jurídico; hemos visto también que la discrecionalidad del juez en materia de interpretación, está limitada por un conjunto de normas jurídicas; pero si ninguna de ellas le brinda la solución para determinar el significado de una cláusula, como el juez está constreñido a fallar, es inevitable que recurra a la idea de equidad para resolver el conflicto.

1118/10390

## C.— REGLAS PARA LA INTERPRETACIÓN DE ALGUNOS ACTOS JURÍDICOS ESPECIALES

1118/910

910-913. TESTAMENTOS.— Los principios que hemos examinado en los párrafos precedentes son aplicables a todos los actos jurídicos. Pero el testamento, por su carácter particularísimo, no sólo tiene algunas reglas que le son propias, sino que los aludidos principios pueden tener, en su caso, un significado peculiar.

La buena fe, ese primer y gran principio rector de la interpretación de los actos jurídicos, tiene, en este caso, un sentido distinto. En los contratos, buena fe significa lealtad, confianza en la palabra empeñada, seguridad de los negocios; implica el deber de hablar claro y de evitar toda reticencia o astucia que pueda inducir a confusión o error a la otra parte; ella exige que las palabras empleadas sean interpretadas en su significado normal, como las interpretaría una persona razonable y correcta. En esta cuestión juega un interés general e, incluso, la seguridad social.

Pero en el caso del testamento no ocurre nada de eso. La declaración de voluntad del causante no está destinada al comercio jurídico, no existe conflicto de intereses. No cabe aquí hablar del deber de lealtad en el declarante, que es autor de una liberalidad. Toda la preocupación del juez debe ser desentrañar la voluntad del testador, sin preocuparse de las esperanzas que tal o cual expresión dudosa pueda haber hecho nacer en el eventual destinatario. Sin duda, todavía puede hablarse aquí de buena fe (ver nota 60), pero cuando se dice que un testamento debe interpretarse conforme a ella, no se quiere significar sino que el intérprete debe procurar extraer honestamente la verdadera voluntad del causante a través del documento, sin valerse de una palabra o expresión equívoca para desvirtuarla.

Mientras en los contratos la principal preocupación del juez debe ser cuidar la lealtad en los negocios, la seguridad en las transacciones, en los testamentos debe hacer cumplir fielmente la voluntad del declarante.

Es por ello, que si el testador emplease palabras en un sentido peculiar, distinto de su significado normal, el juez debe apartarse de éste y respetar la voluntad del disponente.

Para un estudio más detallado de los problemas relativos a la interpretación de los testamentos, véase Tratados de Derecho Civil, Sucesiones, t. 2, números 1102 y siguientes.

1118/914

914. CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD EN LOS CONTRATOS DE SEGURO.— En estos contratos hay una parte fuerte, que impone todas las condiciones, y una débil que sólo puede optar entre aceptar o rechazar en bloque el contrato. Hoy prevalece decididamente el criterio de que las cláusulas limitativas de la responsabilidad sólo pueden operar en tanto no afecten las obligaciones fundamentales, no fracturen la relación de equivalencia, no afecten la buena fe y no importen un ejercicio abusivo del derecho.

Un caso particularmente importante es el de los contratos de seguros. Las cláusulas incluidas en ellos que importan caducidad de los beneficios, deben interpretarse restrictivamente. El caso concreto en que se sentó este principio es muy interesante. El asegurado había salido de caza; al ver unas martinetas bajó precipitadamente del automóvil, la culata de la escopeta golpeó contra la puerta y escapó el tiro, matándolo. El contrato de seguro establecía una indemnización simple de \$ 10.000, para el caso de muerte, y otra supletoria de \$ 10.000 si la muerte se producía por accidente, salvo que éste hubiera ocurrido “por disparo de arma de fuego, por acto propio del asegurado, por culpa grave del mismo...”, etcétera. La compañía pagó \$ 10.000, pero se negó a pagar la indemnización suplementaria, invocando la cláusula transcrita. La Cámara Comercial de la Capital resolvió, con toda razón, que el “disparo de arma de fuego, por acto propio del asegurado” requería la intención, vale decir, el suicidio. Esa es la interpretación de buena fe. En cuanto a la exención de culpa grave, tampoco consideró el Tribunal que era aplicable al caso, por la misma razón de que las cláusulas de caducidad de los beneficios del seguro deben interpretarse restrictivamente (ver nota 61).

Con un significado general, pero aludiendo especialmente a las compañías de seguro, dice DANZ estas atinadas palabras: “Todo el mundo sabe por su experiencia de la vida, que antes de cerrar un contrato sinalagmático, la parte que tiene interés en celebrarlo lo pone todo color de rosa, pasando por alto una serie de puntos, porque ‘sobre esto no hemos de discutir’, ‘porque no hemos de tomar tan al pie de la letra lo pacto’, etcétera; pero después de cerrado el contrato, suelen cambiar radicalmente las cosas. El derecho no puede proteger esta conducta engañosa”. (ver nota 62).

De ahí la necesidad de interpretar en favor del asegurado algunas cláusulas de aspecto inocente que suelen insertar las pólizas y que más tarde puedan traducirse en graves perjuicios para el que las suscribe de buena fe, sin apercibirse de sus consecuencias eventuales.

Por ello mismo se ha resuelto que las cláusulas equívocas o dudosas de las pólizas de seguro deben ser interpretadas en contra del asegurador (ver nota 63).

1118/915

915. CLÁUSULAS PENALES.— Las cláusulas penales que implican para el acreedor beneficios extraordinarios, deben, en caso de duda, interpretarse en favor del deudor (ver nota 64).

1118/916

916. RENUNCIA.— La renuncia debe interpretarse siempre restrictivamente, vale decir, en favor del renunciante (art. 874 Ver Texto , Cód. Civ.), sobre todo en el caso de que se gratuita. Con igual criterio estricto debe interpretarse el desistimiento de una acción (ver nota 65).

1118/11180

916 bis. CONVENIO DE JURISDICCIÓN ARBITRAL.— Todo convenio de jurisdicción arbitral es de interpretación restrictiva, porque importa sustraer una contienda de los jueces comunes de la ley (ver nota 66).

1118/917

917. CLÁUSULAS DE GARANTÍA.— Las cláusulas de garantía incluidas en las deudas pecuniarias deben interpretarse a favor del acreedor a cuya seguridad responde su introducción en el contrato (ver nota 67).

1118/918

918. CLÁUSULAS IMPRESAS EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN.— Los contratos con cláusulas predispuestas o impresas configuran una adhesión sin que la parte débil pueda deliberar, limitándose sus decisiones a aceptar lo que ya está establecido, por lo que su interpretación debe realizarse con inclinación ponderada a favor de esta parte. Así lo han declarado nuestros tribunales (ver nota 68).

Con tanta mayor razón debe aceptarse esa solución, si las cláusulas favorables al predisponente, han sido redactadas en tipos pequeños o al dorso de la póliza, pasaje o documento. En algunos estados norteamericanos se han dictado leyes fijando el tamaño del tipo de letra que debe usarse en las pólizas y ordenado que las excepciones deben

establecerse en tipos no menores y aún más grandes que los beneficios (Arizona). En California, ciertas cláusulas deben ir en rojo (ver nota 69).

918-1. CLÁUSULAS MANUSCRITAS O DACTILOGRAFIADAS.— Si existe contradicción entre las cláusulas impresas y las manuscritas o dactilografiadas, prevalecen éstas, que deben admitirse como la expresión de la verdadera voluntad de las partes (ver nota 70).

En concordancia con este principio, se declaró en un caso que si el mismo día entre las mismas partes se suscribieron dos boletos de compraventa relativos a un mismo inmueble, uno mecanografiado y otro impreso en el formulario de una institución oficial de crédito, debe reputarse que es el primero el que traduce la intención real de las partes y que el otro sólo está destinado a satisfacer las exigencias burocráticas de dicha institución (ver nota 71).

918-2. CONTRADICCIÓN ENTRE LAS CLÁUSULAS DEL CONTRATO PRINCIPAL Y LOS PLIEGOS DE CONDICIONES AGREGADOS A UN CONTRATO DE OBRA.— Si existe contradicción entre el contrato principal y los pliegos de condiciones y otros anexos que integran el acuerdo de voluntades, debe estarse, en principio (y salvo que lo contrario resulte de las circunstancias del caso) a lo establecido en el contrato principal, pues los pliegos de condiciones suelen ser una reproducción mecánica y muchas veces irreflexiva de documento-tipo (ver nota 72).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: En esta materia es capital la obra de DANZ, E., *La interpretación de los negocios jurídicos*, trad. esp., Madrid, 1826; además véase: BORDA, G. A., *Interpretación de los actos jurídicos*, Rev. Facultad Derecho de Buenos Aires, sept.-dic. 1950, ps. 1175 y s.; DASSEN, J., *El recurso de casación y la interpretación de los actos jurídicos*, J.A., 1951-III, sec. doct., p. 8; ETCHEVERRY, *Interpretación del contrato*, L.L., 1980-D, p. 1053; TRAVIESAS, M., *Los negocios jurídicos y su interpretación*, Rev. Derecho Privado, Madrid, t. 22, 1925, ps. 33, y s.; SANTA CRUZ TEJEIRO, J., *Interpretación romana del negocio jurídico*, Rev. de Derecho Privado, Madrid, t. 24, 1940, ps. 42 y s.; DEREUX, G., *De l'interpretation des actes juridiques privés*, París, 1905; SALEILLES, R., *De la declaration de la volonté*, París, 1901; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, ed. La Habana, t. 6, ps. 518 y s., n° 373 y s.; BETTI, E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949; id., *Teoría general del negocio jurídico*, trad. esp., Madrid, ps. 237 y s.; GRASETTI, C., *L'interpretazione del negozio giuridico*, 1938; id., *L'interpretazione dei contratti e il ricorso in cassazione*, Foro italiano, 1936, IV, ps. 311 y s.; CARNELUTTI, F., *L'interpretazione dei contratti e il ricorso in cassazione*, Riv. Diritto Commerciale, 1922-I, p. 140; id., *Teoría general del derecho*, trad. esp., Madrid, 1940, ps. 304 y s.; TEDESCHI, V., *Accordo privato ed interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949; BEAL, E., *Cardinal rules of legal interpretation*, 3ª ed., London, 1924; HEATING KELKE, W., *An epitome of rules for interpretation of deeds*, London,

1901; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, Parte General, t. 1., vol. 2, ps. 393 y s.; VON TUHR, A., Teoría general del derecho civil, ed. Depalma, vol. 2.2, ps. 217 y s.; LARENZ Derecho Civil, Parte General, trad. esp., Jaen, 1978.

(nota 2) CHABAS, J., De la declaration de la volonté en droit civil français, París, 1931, p. 50.

(nota 3) SALMOND, J., Jurisprudence on the theorie of the law, London, 1902, p. 460, § 148.

(nota 4) Traité Pratique de Droit Civil, París, 1930, t. 6, n° 99.

(nota 5) PONCEAU, La volonté dans les contrats suivant le Code Civil, ps. 11-13.

(nota 6) PONCEAU, op. cit. en nota anterior, p. 2.

(nota 7) MEYNIAL, La declaration de la volonté, Revue Trimestrielle, 1901, t. 1, p. 555; para el concepto de la declaración de la voluntad, véase BETTI, Interpretazione delle legge e degli atti giuridici, p. 278, y DANZ, La interpretación de los negocios jurídicos, p. 28.

(nota 8) C. Com. Cap., Sala B, 7/7/1954, L.L., t. 75, p. 681.

(nota 9) SALEILLES, Declaration de la volonté, p. 5. Todavía en apoyo de este punto de vista, puede recordarse, con HAURIOU y DE BEZIN, que toda persona que emite una declaración de voluntad contrae una obligación respecto de la sociedad y de terceros, puesto que esa declaración, separada de su autor, es lanzada en el medio social y producirá efectos, aprovechará a algunos, perjudicará a otros, suscitará esperanzas (La declaration de la volonté dans le droit administratif français, Revue Trimestrielle, 1903, p. 585).

(nota 10) El Superior Tribunal de Entre Ríos afirmó con toda claridad este concepto. Dijo que para interpretar un contrato cuyo texto y cláusula son claros no es menester desentrañar la intención que pudieron tener quienes lo suscriben, sino que basta interpretarlo derivando el derecho que asiste a las partes emergentes de ese documento y estarse a los términos lisos y llanos empleados por los contratantes: 22/5/1944, J.E.R., 1944, p. 348, cit. en Repertorio de L.L., t. IV, Vº, Contratos. Interpretación. En sentido coincidente, la C. Civil Cap., Sala A, ha declarado que el objeto de la interpretación no es la voluntad interna sino la declaración o el comportamiento, encuadrados en el marco de circunstancias que les confieren significado y valor: 20/12/1983, E.D., t. 107, p. 721. Muy interesante es,

asimismo, una sentencia de la Cámara de Paz Letrada de la Capital, que resolvió que como los contratos deben ser entendidos de buena fe, ello impide dar por no querido lo usual, sin una salvedad expresa, ya que el contratante cree y confía que una declaración de voluntad surtirá en un caso concreto sus efectos usuales, los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido en casos iguales: 28/3/1947, G.P., t. 73, p. 181. Por su parte, la C. Com. Cap. ha dicho que corresponde dar a las palabras su sentido usual, aunque las partes interesadas pretendan que las han empleado en otro: 3/9/1932, J.A., t. 39, p. 512; véase ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 2, p. 395.

(nota 11) DANZ, Interpretación de los negocios jurídicos, p. 247; HEATING KELKE, Interpretation of deeds, p. 61.

(nota 12) De acuerdo: DASSEN, El recurso de casación y la interpretación de los actos jurídicos, J.A., 1951-III, sec. doct., p. 8; SPOTA, J.A., 1954-II, p. 185, nota al fallo n° 16.123, n° 3; LÓPEZ de ZAVALÍA, Teoría del contrato, Parte General, p. 254.

(nota 13) Sobre este argumento y de acuerdo con este punto de vista, véase: CARNELUTTI, F., L'interpretazione dei contratti e il ricorso in cassazione, Riv. de Diritto Comm., 1922, I, p. 140; GRASSETTI, C., L'interpretazione dei contratti e il ricorso in cassazione, Foro italiano, 1936, IV, ps. 311 y s.; COVIELLO, Doctrina General del Derecho, ed. esp., p. 445; TRAVIESAS, Los negocios jurídicos y su interpretación, Rev. Derecho Privado, Madrid, 1925, t. 22, p. 48; DANZ, Interpretación de los negocios jurídicos, p. 238.

(nota 14) En este argumento se fundó la antigua jurisprudencia de la Corte de Casación de Francia, que admitía el recurso. Sin embargo, una sentencia de 1808 decidió que la interpretación de los actos jurídicos era una cuestión de hecho (véase COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, 11ª ed., t. 2, n° 115), jurisprudencia que se ha mantenido hasta el presente, no sin salvedades y excepciones que aumentan paulatinamente (PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, ed. La Habana, t. 4, n° 375).

(nota 15) DANZ, Interpretación de los negocios jurídicos, ps. 249 y 250.

(nota 16) Sup. Corte Buenos Aires, 6/4/1946, Acuerdos y Sentencias de la Sup. Corte Buenos Aires, t. 3, serie 20, p. 401.

(nota 17) Sup. Corte Buenos Aires, 24/4/1951, L.L., t. 62, p. 640; íd., 15/5/1951, L.L., t. 63, p. 217; íd., 11/3/1952, L.L., t. 66, p. 240; íd., 6/10/1953, L.L., t. 73, p. 257; etc.

(nota 18) Sup. Corte Buenos Aires, 30/10/1962, J.A., 1963-III, p. 230.

(nota 19) Sup. Corte Buenos Aires, Acuerdos y Sentencias, serie 15<sup>a</sup>, t. VI, p. 44.

(nota 20) Sup. Corte Buenos Aires, 24/4/1956, cit. en Diario L.L., del 19/7/1956, sum. 28.

(nota 21) En un caso resolvió que el recurso de inaplicabilidad era admisible cuando se trataba de la interpretación de la causa de un contrato o de la naturaleza jurídica de un hecho (3/9/1954, J.A., 1955-I, p. 20). Pero luego ha mantenido el principio de que no es admisible el recurso en lo que atañe a la interpretación de los contratos (14/5/1963, J.A., 1964-II, p. 163).

(nota 22) Para las vacilaciones de la jurisprudencia alemana, véase DANZ, Interpretación de los negocios jurídicos, p. 251; de la española, TRAVIESAS, Los negocios jurídicos y su interpretación, Rev. Derecho Privado, Madrid, 1925, t. 22, p. 47, y PUIG BRUTAU, t. 2, vol. 1, p. 307 (a partir de la sentencia del Tribunal Supremo del 8/10/1940 se admite la casación); para la jurisprudencia italiana, que ha adoptado finalmente la buena tesis, GRASSETTI, L'interpretazione dei contratti e il ricorso in cassazione, Foro italiano, 1936, VI, p. 311. La jurisprudencia francesa es particularmente ilustrativa de las dificultades que surgen cuando no se adopta sobre el punto la solución coherente que propugnamos; véase sobre esto: PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, ed. La Habana, t. 4, n° 375, y COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, ed. 1948, t. 2, n° 115. En el common law norteamericano se acepta sin vacilaciones que la interpretación de los contratos es un problema de derecho (TUNC y TUNC, El derecho de los Estados Unidos de América, n° 96).

La doctrina moderna, en forma prácticamente unánime, está de acuerdo que la interpretación de los actos jurídicos es una cuestión de derecho y sujeta por lo tanto a casación. Además de DANZ, tantas veces citado, véase BETTI, Negocio jurídico, p. 241; COVIELLO, Doctrina general del Derecho civil, ed. México, p. 445; CARNELUTTI, L'interpretazione dei contratti e il ricorso in cassazione, Riv. de Diritto Comm., 1922, I, ps. 140 y s.; GRASSETTI, L'interpretazione dei contratti e il ricorso in cassazione, Foro italiano, 1936, IV, p. 311; PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, t. 2, vol. 1, p. 307; TRAVIESAS, op. cit., Rev. Derecho Privado, Madrid, 1925, t. 22, ps. 47 y s.; BARASSI, Istituzioni di diritto civile, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 1921, p. 198; DEREUX, op. cit., p. 123; VON TUHR, vol. 2.2, p. 232.

(nota 23) C. Civil Cap., Sala A, 25/8/1953, L.L., 74, p. 413; Sala B, 18/8/1978, J.A. 1979-II, p. 139; L.L., t. 96, p. 51; Sala D, 22/7/1958, L.L., t. 93, p. 86; Sala E, 15/10/1959, L.L., t. 98, p. 708, 4430-S; Sala F, 6/8/1959, L.L., t. 96, p. 494; C. Civil 1<sup>a</sup> Cap., 19/4/1937, L.L., t. 6, p. 344, y J.A., t. 61, p. 39; íd., 4/6/1941, L.L., t. 23, p. 137; íd., 15/4/1942, G.F., t. 158, p. 82; íd., 5/11/1943, J.A., 1944-I, p. 1198; C. Com. Cap., 6/4/1943, L.L., t. 30, p. 264; íd., 15/7/1947, G. F., t. 189, p. 175; íd., 22/3/1950, L.L., t. 58, p. 830; C. Paz Letrada de la

Capital, 28/3/1947, G. P., t. 73, p. 181; íd. 23/12/1942, J.A., 1943-I, p. 213; C. 2ª Apel. La Plata, 16/6/1944, L.L., t. 35, p. 289; íd., 12/5/1953, J.A., 1953-IV, p. 107; C. Apel. Rosario, 23/3/1945, J.A., 1945-IV, p. 66; C. Apel. Mercedes, 16/6/1948, L.L., t. 53, p. 679; etc. Este principio es aceptado expresamente en la mayor parte de las legislaciones extranjeras: Cód. Civ. francés, art. 1134; Cód. Civ. alemán, art. 157; Cód. Civ. italiano, art. 1366; Cód. Civ. español, art. 1258.

(nota 24) DANZ, Interpretación de los negocios jurídicos, p. 192; VON TUHR, vol. 2.2, ps. 222 y 223; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1. vol. 2, p. 397 y 405; C. Paz Letrada Cap., 28/3/1947, G. P., t. 73, p. 181; íd., 8/5/1956, L.L., t. 83, p. 526.

(nota 25) Conf. VON TUHR, vol. 2.2, p. 220; C. Apel. Rosario, 23/3/1945, J.A., 1945-IV, p. 66. Este mismo criterio fue aplicado por nosotros al fallar el caso Cabral Uribelarrea, Ricardo, incidente sobre ventas (inédito).

(nota 26) BEAL, Legal interpretation, p. 80.

(nota 27) C. Civil 1ª Cap., 19/10/1932, J.A., t. 39, p. 767; C. Com. Cap., 3/9/1932, J.A., t. 39, p. 512; Sup. Trib. Entre Ríos, 22/5/1944, J. E. R. 1944, p. 348, cit. en Repertorio de L.L., t. IV, Vº, Contratos, Interpretación; C. Paz Let. Cap., 28/3/1947, G. P., t. 73, p. 181; C. Apel. Morón, 7/9/1988, L.L., fallo nº 88.404.

(nota 28) C. Com. Cap., Sala B, 7/7/1954, L.L., t. 75, p. 681.

(nota 29) Se equivoca por lo tanto SALEILLES cuando afirma que en la teoría objetiva el riesgo del error o equívoco recae sobre el declarante, mientras que en la teoría subjetiva de la voluntad pesa sobre el aceptante (Declaration de la volonté, París, 1901, p. 5).

(nota 30) DANZ, Interpretación de los negocios jurídicos, p. 183; de acuerdo: C. Civil Cap., Sala A, 10/4/1959, causa 52.047 (inédita); C. Civil 1ª Cap., 4/6/1941, L.L., t. 23, p. 147; véanse, sin embargo, las objeciones de TRAVIESAS, op. cit., Rev. Derecho Privado, Madrid, 1925, t. 22, p. 46.

(nota 31) BEAL, Legal interpretation, ps. 60 y 71.

(nota 32) C. Civil 1ª Cap., 4/6/1941, L.L., t. 23, p. 147.

(nota 33) C. Apel. Mercedes, 23/11/1934, J.A., t. 48, p. 655; véase también C. Paz Letrada Cap., 23/12/1942, J.A., 1943-I, p. 213. En igual sentido: Sup. Corte Buenos Aires, 11/10/1960, J.A., 1961-IV, p. 540. Un tribunal alemán ha declarado que los negocios jurídicos deben ser interpretados según los conceptos y formas de pensar entre gentes con raciocinio y moral (Langericht de Berlín, 17/11/1933, J.A., t. 45, sec. jurisprud. extr., p. 2).

(nota 34) C. Paz Cap., Sala III, 8/5/1956, L.L., t. 83, p. 526.

(nota 35) C. Com. Cap., 3/9/1932, J.A., t. 39, p. 512; Trib. Uruguay, 22/12/1926, J.A., t. 28, sec. jurisprud. extr., p. 1; véase también C. C. Apel. Rosario en pleno, R. S. F., t. 4, p. 159.

(nota 36) De acuerdo: LLAMBÍAS, t. 2, n° 1554.

(nota 37) Court of Appeals, New York, J.A., t. 62, sec. jurisprud. ext., p. 25; art. 1159 Cód. Civ. francés; de acuerdo: DANZ, Interpretación de los negocios jurídicos, ps. 270 y s.; DEREAX, De l'interpretation des actes juridiques privés, p. 134.

(nota 38) DANZ, Interpretación de los negocios jurídicos, ps. 272 y s.; véase, sin embargo, VON TUHR, vol 2.2, p. 223, nota 30.

(nota 39) C. Civil Cap., Sala D, 8/5/1978, L.L., 1978-D, p. 485; Sala F, 25/10/1976, E.D., t. 73, p. 539; C. Civil 1ª Cap., 15/10/1930, J.A., t. 34, p. 382; íd., 23/2/1944, G. F., t. 169, p. 147; C. Civil 2ª Cap., 14/3/1938, J.A., t. 61, p. 693; íd., 5/9/1944, L.L., t. 36, p. 113, y J.A., 1944-IV, p. 445; íd., 11/12/1950, L.L., t. 61, p. 740; C. Com. Cap., 6/4/1943, J.A., 1943-II, p. 502; C. 2ª Apel. La Plata, 22/8/1944, L.L., t. 35, p. 958; C. Apel. Rosario, 29/12/1945, R. S. F., t. 12, p. 61.

(nota 40) C. Com. Cap., Sala C, 15/9/1960, causa 101.522 (inérita); C. Fed. La Plata, 24/11/1930, J.A., t. 34, p. 763.

(nota 41) SALEILLES, La declaration de la volonté, p. 213.

(nota 42) Ha hecho aplicación de este principio la C. Apel. Rosario, R. S. F., t. 4, p. 159; conf.: ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 2, p. 408.

(nota 43) DANZ, Interpretación de los negocios jurídicos, p. 63.

(nota 44) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala D, 14/5/1963, L.L., t. 111, p. 627.

(nota 45) C. Civil 1ª Cap., 30/12/1938, L.L., t. 13, p. 407, y J.A., t. 64, p. 832; C. Com. Cap., 26/3/1943, L.L., t. 46, p. 219, y J.A., 1947-I, p. 671; íd., L.L., t. 49, p. 557, y J.A., 1948-I, p. 68; Sup. Trib. Santa Fe, L.L., t. 20, p. 128; C. Apel. Rosario en pleno, R. S. F., t. 4, p. 159; conf.: ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 2, n° 408.

(nota 46) DANZ, Interpretación de los negocios jurídicos, p. 135.

(nota 47) C.S.N., 23/6/1965, L.L., t. 119, p. 286; C. Civil Cap., Sala A, 26/10/1964, J.A., 1964-VI, p. 575; C. Civil Cap., Sala D, 21/2/1969, J.A., t. 3-1969, p. 449; Sala D, 8/5/1978, L.L., 1978-D, p. 485; Sala E, 23/5/1960, L.L., t. 99, p. 775, 4840-S; Sala F, 10/6/1984, E.D., t. 100, p. 494; C. Civil 1ª Cap., 30/12/1938, J.A., t. 64, p. 832; C. Civil 2ª Cap., 4/8/1943, G. F., t. 167, p. 445; íd., 7/10/1946, L.L., t. 44, p. 522; íd., 14/10/1946, G. F., t. 186, p. 405; C. Com. Cap., 22/10/1927, J.A., t. 26, p. 1468; íd., 29/10/1930, J.A., t. 34, p. 585; íd., 31/12/1945, J.A., 1946-I, p. 939; Corte Sup. Nac., 4/6/1945, J.A., 1945-III, p. 69; Sup. Corte Buenos Aires, D.J.B.A., 1944, IX, p. 674; C. 1ª Apel. La Plata, 5/12/1944, J.A., 1945-I, p. 533.

(nota 48) De acuerdo: LLAMBÍAS, Parte General, t. 2, n° 1558.

(nota 49) C. Civil Cap., Sala C, 18/5/1973, J.A., t. 21-1974, p. 118; Sala D, 6/11/1972, E.D., t. 47, p. 424.

(nota 50) C. Civil 1ª Cap., 22/8/1932, J.A., t. 39, p. 121. Han declarado también que los antecedentes del acto y la conducta anterior de las partes son un elemento interpretativo que debe considerarse: C. Civil Cap., Sala D, 29/12/1959, L.L., t. 99, p. 316, y J.A., 1960-II, p. 465; íd., 11/10/1973, E.D., t. 56, p. 311; íd., 1/7/1974, E.D., t. 59, fallo n° 26.233; Sala F, 6/8/1959, L.L., 96, p. 495; C. Civil 2ª Cap., 13/7/1939, J.A., t. 67, p. 143; C. Apel. Rosario, 20/9/1949, L.L., t. 57, p. 237; C. Civil Cap., Cap., Sala D, 5/7/1963, J.A., 1963-VI, p. 347, y L.L., t. 112, p. 540.

(nota 51) C. Com. Cap., 26/12/1940, J.A., t. 76, p. 521; íd., 24/12/1952, L.L., t. 70, p. 208; conf. art. 1158, Cód. Civ. francés.

(nota 52) C.S.N., 23/6/1965, L.L., t. 119, p. 286; C. Civil Cap., Sala A, 5/6/1963, L.L., t. 111, p. 558; Sala C, 24/11/1976, L.L., 1977-D, p. 253; Sala D, 21/2/1969, J.A., t. 3-1969, p. 449; C. Civil 2ª Cap., 18/3/1949, J.A., 1949-II, p. 138; C. Apel. Rosario, 22/8/1939, L.L., t.

15, p. 773; C. Com. Cap., 30/10/1948, L.L., t. 53, p. 258. Véase también C. Fed. La Plata, 29/4/1935, J.A., t. 50, p. 41, que declaró aplicable en materia civil los principios del art. 218 Ver Texto del Código de Comercio. Conf.: BEAL, Legal interpretation, p. 174.

(nota 53) C. Fed. Cap., 1/7/1938, J.A., t. 63, p. 48; íd., 17/5/1929, J.A., t. 29, p. 623.

(nota 54) ULPiano decía: “Semper in obscuris, quod minimum est, sequimur”, Digesto, 50, XVII, 9.

(nota 55) Véase nota 1383 y nº 918.

(nota 56) De acuerdo: SPOTA, nota en J.A., t. 76, p. 521, nº 6; en el art. 1289 del Código español, transcrito en el texto, se dice: “Cuando absolutamente fuera imposible” resolver el caso por las reglas precedentes, se aplicará este principio.

(nota 57) El tema fue tratado en las X Jornadas de Derecho Civil celebradas en Corrientes en 1985. Se aprobó la siguiente ponencia: “1. La regla favor debitoris es un precepto residual que debe ser atendido en el sentido de la protección de la parte más débil del contrato. 2. En caso de que en el contrato no exista una parte notoriamente más débil, la interpretación debe favorecer la mayor equivalencia de las contraprestaciones. 3. La regla favor debitoris no se aplica a las obligaciones que tienen su origen en un hecho ilícito”.

Otra ponencia que en la Comisión contó con el apoyo de MOSSET ITURRASPE, KEMELMAJER DE CARLUCCI, VÁZQUEZ FERREYRA, PARELLADA, CASIELLO, REY DE CAROL y nuestra, expresa lo siguiente: “La regla que favorece al deudor debe limitarse en su aplicación a los contratos y actos gratuitos. Con relación a la renuncia gratuita de derechos, en caso de duda debe estarse a la interpretación más favorable al renunciante”.

Sobre el tema, véase nuestro trabajo La regla favor debitoris en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, L.L., 1985-D, p. 896 y VÁZQUEZ FERREYRA, Del favor debitoris al favor del más débil, E.D., t. 116, p. 848.

(nota 58) C. Civil Cap., Sala A, 13/11/1962, causa 80.469 (inérita); Sala D, 22/12/ 1964, L.L., t. 118, p. 440; Sala F, 17/10/1960, causa 66.287 (inérita); íd., 14/6/1962, causa 80.158 (inérita); C. Civil 1ª Cap., 30/12/1938, J.A., t. 64, p. 832; conf.: LLAMBÍAS, t. 2, nº 1561; TRAVIESAS, op. cit., Rev. Derecho Privado, Madrid, 1925, t. 22, p. 45; ETCHEVERRY, nota en L.L., 1980-D, p. 1053.

(nota 59) BETTI, El negocio jurídico, p. 267.

(nota 60) C. Civil 1ª Cap., 19/10/1932, J.A., t. 39, p. 767; DANZ, Interpretación de los negocios jurídicos, p. 351.

(nota 61) C. Com. Cap., 22/3/1950, L.L., t. 58, p. 830; en el mismo sentido se han pronunciado la C. Civil Cap., Sala D, 19/10/1964, E.D., t. 14, p. 214, y la jurisprudencia alemana; véase DANZ, Interpretación de los negocios jurídicos, p. 199, nota. 3.

(nota 62) DANZ, Interpretación de los negocios jurídicos, p. 199, nota. 3.

(nota 63) C. Com. Cap., Sala C, 15/9/1960, causa 101.522 (inérita).

(nota 64) DANZ, Interpretación de los negocios jurídicos, ps. 219 y 292. En nuestras ediciones anteriores referíamos este principio, conforme a las enseñanzas de DANZ, no sólo a las cláusulas penales, sino también al pacto comisorio; pero después de la sanción de la ley 17711 y la consiguiente reforma del art. 1204 Ver Texto , no puede ya decirse que el pacto comisorio suponga un beneficio extraordinario, pues, por el contrario, es una cláusula normal.

(nota 65) Sup. Corte Tucumán, 9/5/1952, L.L., t. 69, p. 324.

(nota 66) C. Com. Cap., Sala B, 18/3/1953, L.L., t. 70, p. 298, y J.A., 1953-IV, p. 236.

(nota 67) C. Civ. Cap., Sala A, 14/9/1951, J.A., 1951-IV, p. 281.

(nota 68) C. Civil Cap., Sala C, 14/3/1988. L.L., 1990-A, p. 79, con nota aprobatoria de GHERSI. En su apoyo el fallo indicado cita los siguientes precedentes: C. Civil Cap., Sala C, 18/8/1978. L.L., 1978-D, p. 214; íd., 16/11/1978, L.L., 1978-B, p. 555; íd., 3/10/1985, J.A., 1986-III, p. 78; Sala E, 6/11/1985, L.L., 1986-B, p. 262; Sala A, 12/8/1985. L.L., 1987-B, p. 214; véase además, los siguientes fallos que sientan una doctrina coincidente: C. Civil Cap., Sala C, 7/6/1974, J.A., t. 23-1974, p. 183; Sala D 18/8/1978. J.A., 1979-II, p. 291; Sala D, 14/9/1978, L.L., 1979-A, p. 190; C. Com. Cap., Sala C, 25/6/1987, L.L., 1987-E, p. 178.

(nota 69) Contrat clauses in fine print, nota jurisprudencial en Harvard Law Review, 1950, vol. 63, ps. 494, y s.

(nota 70) C. Civil Cap., Sala A, 25/10/1990, L.L., fallo n° 89. 217, íd., 2/4/1981, E.D., t. 93, p. 495, Sala D, 16/11/1962. J.A., 1963-II, p. 252, y L.L., t. 111, p. 535; íd., 24/8/1962, E.D., t. 4, p. 25; Sala E, 9/9/1976, L.L., 1977-A, p. 461; íd., 17/10/1979, E.D., t. 85, p. 702, Sala B, 2/2/1983, E.D., fallo n° 36.701; C. Com. Cap., Sala B, 19/3/1965, L.L., t. 118, p. 649; C. Com. Cap., 18/12/1959, L.L., t. 98, p. 271, C. Paz Cap., 18/5/1951, L.L., t. 63, p. 589; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 3ª ed., t. 2, n° 375, PERREAU, *Clauses manuscrites et clauses imprimées*, Revue Trimestral, 1929, p. 303.

(nota 71) C. Apel. 1ª La Plata, 5/7/1962, J.A., 1963-I, p. 331.

(nota 72) SPOTA, *Locación de obra*, 2ª ed. t. 1, n° 193.

1118/10400

## CAPÍTULO XII - TEORÍA GENERAL DE LOS ACTOS JURÍDICOS (Continuación)

1118/10410

### FORMA

1118/10420

§ 1.— El formalismo en el derecho (ver nota 1)

1118/919

919. CONCEPTO Y SIGNIFICADO.— La historia del derecho ofrece, a través de todas las épocas, la comprobación de la importancia capital del formalismo. Con mayor o menor intensidad, con diferencias en cuanto a su objeto o su alcance, el culto de la forma se da de modo constante. No ha de creerse que se trata de un epifenómeno; por el contrario, el formalismo se nutre de raíces que trascienden de lo jurídico, para penetrar en lo hondo del espíritu humano.

IHERING, que ha tratado el tema magistralmente, dice que la fuerza atractiva que la forma, como representación tradicional y típica de los sentimientos y de las ideas, ejerce sobre el espíritu humano por medio de acciones plásticas y de signos, se manifiesta de diversos modos. Unas veces seduce al sentido poético desde el punto de vista estético, con su elemento plástico y dramático, con ayuda del que sabe embellecer los sucesos de la vida; otras, con carácter práctico, lisonjea a la recta razón por el orden, regularidad, uniformidad, claridad de la existencia y de la acción humana que se manifiestan en ella; y otras, en fin, considerada moralmente, cautiva el corazón del hombre, porque imprime en él amor hacia lo serio y solemne, elevando al que lo ejecuta más allá de lo que tiene de puramente individual y pasajero, en su situación personal momentánea, hasta la altura de la significación humana general y típica de la acción; y porque, en fin, lo coloca en una correlación santa entre aquellos que lo han precedido y los que existirán después que él (ver nota 2).

Más adelante, afirma el sabio jurista alemán que el formalismo tiene un valor educativo y agrega: “A ese valor general y pedagógico, si puedo expresarme así, que poseen las formas sobre la formación del carácter del pueblo, viene a añadirse el segundo fundamento del formalismo. Las ideas, las organizaciones, etcétera, sufren la influencia conservadora de las formas que representan su expresión exterior. A medida que el lado exterior de las instituciones se desarrolla más fuertemente, mayor es su propia fuerza vital. Debido a la forma, las ideas, las organizaciones y las instituciones se modelan sobre la vida y el mundo sensible y, haciéndose palpables, penetran en las costumbres. En circunstancias ordinarias, la forma asegura y aumenta la vitalidad de aquéllas, y, en caso de peligro, las defiende mejor contra los ataques de fuerza. Las ideas que descansan únicamente en sí mismas, es decir, que carecen de la sólida base de una forma determinada, pierden su fuerza moral sobre las almas; éstas zozobran y el pueblo pierde la conciencia de aquéllas hasta que se desvanecen por completo. Cuando se apacigua la hostilidad que se les tuvo, cuesta hacerles revivir nuevos esfuerzos, luchas nuevas, o, lo que es igual, otro alumbramiento y los dolores propios de un nuevo parto. Bien diferente es la suerte de esas ideas cuando están unidas a formas fijas y exteriores. A modo de lo que es más humilde respecto a lo que es más noble, la forma posee una fuerza vital más tenaz. Puede vegetar, es decir, durar sin ser comprendida, lo que la idea no puede. Fragmento indiferente de la vida exterior, conservado por la fuerza de la costumbre, la forma, cuando para la inteligencia del pueblo pierde la fuerza de la idea que le animaba, puede aún continuar vegetando como forma. Es una corteza muerta que subiste en apariencia sin razón de ser y sin valor ninguno. A veces se levantan los sabios y los hombres sensatos que claman contra la mentira y el engaño, y piden que lo que está frío e inerte sea enterrado como un cadáver. Pero si el pueblo posee ese sentido de la forma de que se ha hablado antes, por instinto permanecerá fiel a lo que se desprecia como muerto y lo acepta sin saber por qué. En efecto, esa forma, cuya alma parece haber desaparecido, no ha muerto sino en apariencia; duerme el largo y duro tiempo del sueño invernal, del que se despierta al primer soplo de la brisa de la primavera. Con frecuencia, la forma debe morir para poder germinar con vida nueva. En esas circunstancias, destruir las formas no es hacer desaparecer un cadáver, sino destruir una crisálida en capullo” (ver nota 3).

920. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL FORMALISMO.— Los pueblos primitivos se singularizan por un formalismo severo y rígido. Esta fue también característica del derecho romano. Los actos estaban ligados inseparablemente a sus formas; la menor desviación en el cumplimiento de las prescripciones legales traía aparejada la nulidad del acto, aun cuando el consentimiento de los otorgantes estuviera probado inequívocamente. La forma no era un simple medio de prueba, sino que integraba el acto mismo como elemento esencial. En un pueblo de cultura media poco desarrollada, y alto analfabetismo el formalismo, además de su sentido simbólico, se proponía impresionar fuertemente el recuerdo de los testigos, que después habrían de servir de prueba de la realización del acto y del cumplimiento de las formas.

Diversos factores influyeron para que, con el devenir de los siglos, el formalismo fuera perdiendo aquella rigidez sofocante. Por de pronto, la Iglesia Católica luchó tenazmente contra aquel sistema; la buena fe impone el cumplimiento de la palabra empeñada y no eludir las consecuencias de los propios actos, so pretexto de la omisión de tal o cual detalle legal; media en esto un problema de orden moral. En segundo lugar, cuando el tráfico comercial se hizo más activo, resultó indispensable aligerar las transacciones de los obstáculos formales que pesaban sobre ellas. Finalmente, el aumento de la cultura general trajo la difusión de la escritura como medio de prueba, lo que hizo innecesarias las formalidades que tendían a impresionar el ánimo de los testigos. El viejo formalismo se ha batido en retirada y actualmente impera, como regla general, el principio de la libertad de las formas en los actos jurídicos, para todos aquellos casos en que el legislador no haya dispuesto, por razones especiales, el cumplimiento de ciertas solemnidades.

En el derecho moderno se ha advertido un renacimiento del formalismo (ver nota 4). Las nuevas leyes exigen con frecuencia la observancia de determinadas formas. Las relaciones jurídicas se han hecho tan múltiples y complejas, que se siente la necesidad de ponerles un orden y de evitar los inconvenientes de la imprecisión y la ligereza. De lo contrario, los hombres de buena fe naufragarían entre los ardides de los contratantes inescrupulosos. Además, algunas formas, como por ejemplo los registros, han adquirido una gran importancia desde el punto de vista de los terceros, cuyos intereses tienden a proteger. Finalmente, el intervencionismo estatal, cada vez más acentuado, exige que las convenciones particulares tengan una exteriorización sin la cual el contralor oficial sería imposible.

Pero este nuevo formalismo es distinto del antiguo. Las formas se imponen, sobre todo en miras a la prueba del acto y a su publicidad; pero la omisión no afecta, en principio, al acto en sí. Nada hay de la rigidez del viejo derecho. Como lo señala JOSSERAND, el moderno formalismo no hace a la validez, sino a la oponibilidad; no es rito de la celebración, sino modo de advertencia a terceros (ver nota 5).

1118/921

921. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LAS FORMAS EN EL DERECHO MODERNO.— En el derecho moderno, las formalidades tienen importantes ventajas: a) facilitan, cuando no aseguran, la prueba del acto; b) protegen contra la ligereza y la impremeditación, sobre todo en ciertos actos trascendentales como, por ejemplo, el matrimonio, el testamento; c) dan firmeza a la conclusión del negocio y permiten distinguirlo de los actos preparatorios; d) las formalidades que tienden a la publicidad del acto y, particularmente, los registros, tienen como resultado la protección de los derechos de terceros; e) desde el punto de vista fiscal, facilitan la percepción de ciertos impuestos, pues el oficial público que interviene en la celebración actúa como agente de retención; f) aumentan la capacidad circulatoria de ciertos derechos de crédito, como en el caso de los títulos al portador.

Pero al lado de estas ventajas tienen sus inconvenientes: a) las formalidades hacen menos rápidas y ágiles las transacciones; b) suelen ser peligrosas, porque la omisión de ellas puede significar la invalidez del acto; c) con frecuencia son incómodas y, lo que es peor, caras.

Ventajas e inconvenientes deben ser pesados cuidadosamente por el legislador, para elegir en cada caso la solución que mejor contemple los intereses generales e individuales en juego.

1118/922

922. CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS EN CUANTO A SUS FORMAS.— Los actos jurídicos pueden ser formales y no formales; los primeros son aquellos para los que la ley exige determinada forma, sin la cual carecen de valor legal; los segundos, en cambio, no requieren ninguna solemnidad; basta que se pruebe el consentimiento para que tengan plena validez.

El artículo 974 Ver Texto , Código Civil, establece que: Cuando por este Código, o por leyes especiales no se designe forma para algún acto jurídico, los interesados pueden usar de las formas que juzgaren convenientes. El principio es, pues, el de la libertad de las formas; sólo cuando la ley expresamente exija una determinada solemnidad, el acto debe considerarse formal.

1118/923

923.— A su vez, los actos formales se clasifican en solemnes y no solemnes. En el primer caso, la forma es exigida como requisito inexcusable de la validez del acto (*ad solemnitatem*); el incumplimiento de ella trae aparejada la nulidad del negocio jurídico, aunque se pruebe de manera inequívoca la expresión de voluntad. En el segundo, en cambio, la forma es exigida sólo como un medio de prueba (*ad probationem*) y como protección de los derechos de terceros; de tal modo que si la efectiva realización del acto se llega a acreditar por otros medios, el interesado puede obligar a la contraparte a cumplir con las formalidades que la ley impone. Tal es, por ejemplo, el caso de la compraventa de inmuebles; la ley exige que sea hecha en escritura pública (art. 1184 Ver Texto , Cód. Civ.), pero en la práctica de los negocios las operaciones se cierran por medio de un instrumento privado, el boleto de compraventa. Este boleto no da derecho al comprador a exigir la entrega del inmueble, pero sí a reclamar del vendedor el otorgamiento de la escritura (art. 1185 Ver Texto , Cód. Civ.) y, consiguientemente, adquirirá el dominio.

1118/924

924.— Con frecuencia la ley se limita a exigir una cierta formalidad, sin expresar si lo hace *ad probationem* o *ad solemnitatem*. En tal caso, hay que admitir que el acto es simplemente formal; toda duda debe resolverse en ese sentido, que es el menos riguroso y el más favorable a la validez de los actos. Sólo cuando la ley lo estableciera expresamente es posible reconocerle carácter solemne (ver nota 6).

1118/11190

924 bis. EL INSTRUMENTO COMO CONCEPTO AUTÓNOMO.— Es necesario distinguir cuidadosamente la declaración de voluntad en sí misma del instrumento en que ese acto está documentado. El instrumento puede ser perfectamente válido (lo es siempre que se hayan cumplido los requisitos formales) y, sin embargo, ser anulable el convenio (por ej., si hubo dolo, violencia, simulación). A la inversa, puede ser nulo el instrumento, y, sin embargo, ser válido y exigible el acuerdo, siempre que se lo pueda probar por otros medios. Así, por ejemplo, si no se ha cumplido con la exigencia del doble ejemplar, los interesados pueden, a pesar de ello, probar de otra manera la efectividad del acuerdo (véase núm. 934). Solamente cuando la forma es exigida *ad solemnitatem* parece haber una vinculación sustancial entre instrumento y acto, pues la nulidad del primero trae aparejada también la del segundo. Aunque si bien se mira, se trata sólo de una vinculación más estrecha, pero no plena o radical, pues también en este caso la validez formal del instrumento no impide atacar de nulidad la declaración de voluntad, como ocurre en los casos antes aludidos de dolo, violencia o simulación.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: LLAMBÍAS, t. 2, n° 1569 y s.; SALVAT, Parte General, 6ª ed., ps. 736 y s., n° 1638 y s.; MARTÍNEZ CARRANZA, La forma de los actos jurídicos,

Boletín Inst. Der. Civil, Córdoba, jul-set. 1945; CASTÁN TOBEÑAS, J., Derecho civil español, 7ª ed., ps. 720 y s.; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, t. 2, ps. 15 y s., nº 37 y s.; ROUXEL, L'évolution du formalisme, Caen, 1935; MOENACLEY, La renaissance du formalisme dans les contrats, Lille, 1914; IHERING, R., El espíritu del derecho romano, trad. esp., Madrid, 1904, t. 3, ps. 178 y s.; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 2, ps. 119 y s.; VON TUHR, Derecho Civil, ed. Depalma, vol. 2.2, ps. 176, y s.

(nota 2) IHERING, R., El espíritu del derecho romano, t. 3, p. 220.

(nota 3) IHERING, El espíritu del derecho romano, t. 3, ps. 228 y s. Dice RIPERT, aludiendo al respeto que antiguamente se profesaba en su país por los textos del Código Civil: “Algunos de estos textos eran conocidos por todos como versículos sagrados, porque la fórmula toma fácilmente valor de principio por su sola repetición” (Le régime démocratique, 2ª ed., nº 9).

(nota 4) PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 3ª ed., nº 49; MOENACLEY, La renaissance du formalisme dans les contrats, Lille, 1924.

(nota 5) JOSSERAND, t. 1. nº 135.

(nota 6) De acuerdo: SALVAT, Parte General, 6ª ed., nº 1644.

1118/10430

§ 2.— Instrumentos privados (ver nota 1)

1118/10440

A.— REQUISITOS FORMALES

1118/925

925. EL PRINCIPIO DE LA LIBERTAD DE LAS FORMAS Y SUS LIMITACIONES.— Llámense instrumentos privados aquellos que las partes otorgan sin intervención de oficial público. Respecto de ellos impera el principio de la liberalidad de las formas. Las partes

pueden escribirlos de su puño y letra, o puede hacerlo un tercero; es indiferente que sean hechos a tinta o a lápiz, o que estén mecanografiados o impresos; pueden ser redactados en idioma nacional o extranjero, llevar o no fecha (art. 1020 Ver Texto , Cód. Civ.).

El principio de la libertad de formas tiene sólo dos limitaciones: la firma y el doble ejemplar. Nos ocuparemos de ellas en los números siguientes.

Por excepción, la ley exige algunas formalidades en ciertos instrumentos privados. Tal es el caso del testamento ológrafo, que debe ser escrito, fechado y firmado por el testador, sin cuyos requisitos carece de validez (art. 3639 Ver Texto , Cód. Civ.).

(nota 1) Véase nota de jurisprudencia en diario L.L. del 3/1/1975.

1118/926

926. LA FIRMA.— La firma de las partes es una condición esencial para la existencia y validez de un instrumento privado (art. 1012 Ver Texto ). Sólo desde el momento en que la firma está estampada, debe considerarse que el otorgante ha tenido la intención de hacer suya la declaración contenida en el instrumento. En principio debe ir al pie del documento; tal es la costumbre impuesta como medio de evitar fraudes que de otro modo será fácil consumir; sólo por excepción puede aceptarse una firma al margen cuando las circunstancias del caso prueben claramente que el firmante quiso hacer suya la declaración de voluntad; particularmente es de tenerse en cuenta el supuesto de que el acto no quepa en la hoja (ver nota 1). En principio carecen de valor las adiciones hechas debajo de la firma (ver nota 2).

Normalmente, la firma es la manera habitual con que una persona escribe su nombre y apellido con el objeto de asumir las responsabilidades inherentes al documento que suscribe. Sin embargo, el carácter maquinal y la frecuencia de su uso, el deseo del firmante de definir su personalidad o de evitar falsificaciones, hacen que, con frecuencia, la escritura degenera en rasgos en los cuales se hace muy difícil encontrar semejanza con las letras que componen el verdadero nombre. Basta, sin embargo, el carácter de habitualidad para que la firma sea plenamente válida (art. 3633 Ver Texto , Cód. Civ.). Más aún: en los actos entre vivos, de carácter bilateral, la firma es válida aunque no haya sido estampada en la forma habitual, si de las circunstancias del acto resulta evidente que fue puesta al pie del documento en la inteligencia de hacer suya la declaración de voluntad; de lo contrario, los contratantes de buena fe estarían expuestos a las argucias y chicanes de los deshonestos. No ocurre lo mismo con los actos de última voluntad, puesto que, en este caso, el hecho de

que el documento esté suscripto de una manera no habitual parece indicar que no se trata de una voluntad definitiva, sino más de un simple proyecto; el testamento debe reputarse inválido (art. 3633 Ver Texto , Cód. Civ.).

Se ha declarado válida la forma “tu padre”, o “papá” en un documento dirigido por el padre al hijo (ver nota 3).

1118/927

927.— El artículo 1012 Ver Texto , in fine, establece que la firma no puede ser reemplazada por signos ni por las iniciales de los nombres o apellidos. Esta disposición tiende principalmente a proteger a los que no saben leer ni escribir, que podrían suscribir el documento con un signo, sin conocer el contenido (ver nota 4). Pero cuando se trata de personas que saben escribir, el problema es más difícil, sobre todo si esos signos constituyen la forma habitual de firmar. La Cámara Comercial de la Capital declaró válido un documento suscripto con iniciales, pues ésta era la manera usual de signar el excepcionante (ver nota 5). Se trata de cuestiones de hecho que el juez debe resolver teniendo en cuenta las circunstancias del caso y el principio de la buena fe.

El deseo de proteger a los analfabetos ha impulsado a la Cámara de Apelaciones de Azul a resolver que carece de fuerza probatoria el instrumento privado suscripto por quien, no sabiendo firmar, copió su nombre y apellido de una muestra realizada por un tercero (ver nota 6). Creemos que en casos como éste, las circunstancias que lo rodeen, la buena o mala fe de las partes, deben ser decisivas en la declaración de validez o ineficacia del instrumento.

Sólo por excepción no es requerida la firma. Así ocurre con las entradas o billetes a los espectáculos públicos (cines, teatros, juegos deportivos, etc.), que a pesar de no llevar firma prueban el contrato. Es necesario decir, empero, que actualmente y por razones de celeridad, se está difundiendo el uso del ticket como constancia del pago de mercaderías en los grandes almacenes, supermercados y otros negocios menores. Las ticketeras o máquinas expendedoras, son controladas por la Dirección General Impositiva a los efectos del impuesto a las ventas y son prueba suficiente para el cliente del pago efectuado.

Respecto de la firma de las cartas misivas, véase número 956.

(nota 1) C. Civil Cap., Sala B, 24/3/1960, J.A., 1960-IV, p. 673; C. Com. Cap., Sala B, 20/10/1961, J.A., 1962-I, p. 625: PLANIOL-RIPERT, t. 7, n° 801.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala B, 24/3/1960, L.L., t. 98, p. 328; íd., 29/11/1974, E.D., t. 63, p. 430.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala F, 28/3/1960, L.L., t. 99, p. 201; C. Com. Cap., Sala A, 23/11/1960, L.L., t. 102, p. 665, y E.D., t. 1, p. 636.

(nota 4) PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 3ª ed., nº 405.

(nota 5) C. Com. Cap., 13/8/1928, J.A., t. 28, p. 172.

(nota 6) C. Apel. Azul, 4/5/1939, J.A., t. 73, p. 716. Véase la crítica a este fallo de RODRÍGUEZ AIMÉ, J., Validez de un instrumento privado suscripto por un analfabeto, J.A., 1947-II, sec. doct., p. 84.

1118/928

928. FIRMA A RUEGO.— Los instrumentos privados firmados a ruego son plenamente válidos en materia comercial (art. 28 Ver Texto , inc. 3º, Cód. Com.). ¿Ocurre lo mismo en lo civil? Según la opinión predominante, la respuesta debe ser negativa (ver nota 1); el Código Civil exige como condición esencial para la existencia de un instrumento privado, la firma de las partes (art. 101 Ver Texto ); por consiguiente, un instrumento firmado a ruego será inoperante.

No obstante el sólido fundamento legal de esta tesis, creemos que no debe exagerarse su alcance. Si bien el instrumento firmado a ruego no puede tener el mismo valor del que han suscripto las partes, es necesario reconocerle el carácter de principio de prueba por escrito, la que, corroborada por otras, puede llevar al ánimo del juez la convicción de que el acto se celebró efectivamente y que las cláusulas contenidas en el documento fueron realmente queridas por la persona que rogó a otra lo firmara en su nombre (ver nota 2). Con esta solución, que es perfectamente legítima y que en nada se opone al artículo 1012 Ver Texto , se contempla una costumbre muy divulgada en nuestro país, sobre todo en el campo, en donde las personas analfabetas suelen otorgar recibos con la impresión digital o bien rogando a un tercero que firme en su nombre (ver nota 3). Según SALVAT, los analfabetos no tienen en tal caso otro recurso que el instrumento público; pero ello importa cerrar los ojos a una realidad y a una impostergable necesidad práctica, pues en los hechos resulta imposible el otorgamiento de una escritura pública cada vez que se quiere documentar un recibo de poco monto.

En definitiva, el juez deberá tener en cuenta la importancia del contrato o documento, las otras probanzas que se aportaren y las demás circunstancias del caso y decidir, según ellas, el valor probatorio del documento firmado a ruego.

(nota 1) C. Civil 1ª Cap., 7/7/1937, L.L., t. 6, p. 1010; C. Civil, 2ª Cap., 5/10/1923, J.A., t. 11, p. 769; C. Paz Letrada Cap., 18/8/1937, L.L., t. 7, p. 954; C. Apel. Córdoba, 5/7/1934, J.A., t. 47, p. 724; Sup. Corte. Tucumán, 30/10/1953, L.L., t. 76, p. 657. De acuerdo: SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 2161; MACHADO, t. 9, p. 269; JUIRAZAR, D., Valor de los documentos privados firmados a ruego, J.A., t. 26, p. 521.

(nota 2) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala B, 30/5/1986, E.D., t. 121, p. 433; LLAMBÍAS, Derecho Civil, t. 2, n° 1587.

(nota 3) Consultando esta necesidad práctica, se ha decidido que en materia laboral es válido el instrumento firmado a ruego: C. Trab. Santa Fe, 6/6/1952, Juris, t. 1, p. 176.

1118/929

929. IMPRESIÓN DIGITAL (ver nota 1).— Según ya lo hemos dicho, está también muy generalizada la práctica de que los analfabetos pongan al pie de sus documentos la impresión digital. Se plantea aquí un problema similar al que hemos tratado con motivo de la firma a ruego.

La jurisprudencia es contradictoria. Algunos tribunales se inclinan a reconocer validez a los documentos a cuyo pie se ha puesto la impresión digital (ver nota 2), salvo que se trate de un testamento ológrafo (ver nota 3) o de instrumentos que implican un renunciamento amplio de derecho (ver nota 4), o que la negativa del contenido de un recibo esté corroborada por presunciones (ver nota 5). Otros tribunales, en cambio, han declarado que la impresión digital no puede sustituir a la firma (ver nota 6).

Por nuestra parte pensamos que la equiparación completa de la impresión digital con la firma es inadmisibles; es verdad que aquélla es un medio de identificación superior a ésta (ya que la firma puede falsificarse, lo que no es posible hacer con la impresión digital); pero la firma supone en quien la estampa la posibilidad de leer por sí el documento y de enterarse de su contenido; en cambio, el analfabeto que pone su impresión digital puede ser fácilmente engañado por la contraparte acerca del contenido del instrumento. Ello sin contar con el peligro de que la otra parte se aproveche de un estado de inconsciencia o que la impresión se haya estampado post-mortem. Es erróneo, por tanto, reconocerle los

mismos efectos, según se proyectó en 1936 (art. 275 del Proyecto). Como en el supuesto de la firma a ruego, pensamos que también en esta hipótesis el instrumento sólo debe tener el valor de principio de prueba por escrito y que el juez debe apreciar las circunstancias de cada caso para decidir acerca de su valor probatorio (ver nota 7).

Es claro que si la persona que ha estampado su impresión digital sabe leer y no ha firmado por un impedimento circunstancial, el documento es plenamente válido, como si hubiera puesto la firma, porque es evidente que ha entendido hacerse responsable de la declaración de voluntad y porque no hay riesgo de que pueda haber sido engañada respecto de las cláusulas contenidas en el instrumento. Así se resolvió, con todo acierto, en el caso de una persona que no había podido firmar por haber sufrido un accidente en su mano derecha (ver nota 8).

En el Anteproyecto de 1954 se establecía que la impresión digital puesta por un analfabeto al pie de un documento hace presumir hasta prueba en contrario la verdad de su contenido.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: MOISSET DE ESPANÉS, Impresión digital, firma y firma a ruego, J.A., Doctrina, 1972, p. 811; ACUÑA ANZORENA, E., Efectos jurídicos de la impresión digital en los documentos privados, L.L., t. 23, p. 904; DÍAZ DE GUIJARRO, E., La impresión digital en los documentos privados no firmados, J.A., t. 50, p. 85; ORGAZ, A., La impresión digital en los documentos privados, Rev. Colegio Abogados de Buenos Aires, mar-abr. 1936, ps. 97 y s.; PÉREZ S., La impresión digital y los actos jurídicos, La Plata, 1937; MORDEGLIA, E., La impresión digital en los instrumentos privados, Anales Facultad Derecho La Plata, 1940, t. 11, p. 367; ALSINA ATIENZA, El Código Civil y la prueba de la identidad, Rev. Fac. de Derecho Buenos Aires, oct-dic. 1946, ps. 810 y s.; ZANNONI, La impresión digital y sus efectos frente a los documentos así asignados, nota al fallo 51.997, de L.L., (t. 114, p. 400).

(nota 2) C. Civil Cap., Sala F, 1/8/1963, E.D., t. 6, p. 315; C. Civil 1ª Cap., 30/10/1934, G.F., t. 115, p. 167; íd., 8/4/1935, J.A., t. 50, p. 85; C. Com. Cap., 19/10/1934, J.A., t. 48, p. 250; C. Apel. 2ª La Plata, 14/11/1939, L.L., t. 17, p. 611; C. Apel. Rosario, 31/5/1940, L.L., t. 18, p. 902; C. Paz Córdoba, 23/10/1933, L.L., t. 6, p. 116. Es muy interesante un fallo del Trib. Trab. Junín, en el que se resolvió que en el ámbito laboral la impresión digital puede suplir la firma, siempre que la voluntariedad del acto se deduzca incontestablemente de los elementos de convicción allegados al juicio (21/5/1953, L.L., t. 70, p. 724). En el mismo sentido: Trib. Trab. Lanús, 6/4/1956, J.A., 1956-II, p. 253.

(nota 3) C. Civil 1ª Cap., 27/4/1936, L.L., t. 2, p. 433.

(nota 4) C. Civil 2ª Cap., 7/6/1937, L.L., t. 6, p. 1010.

(nota 5) C. Civil 2ª Cap., 23/9/1938, J.A., t. 63, p. 1002. Véase también un fallo de la C. Civil 2ª, en el que se hizo lugar al desconocimiento del texto de un recibo suscripto con la impresión digital (21/7/1941, L.L., t. 23, p. 904).

(nota 6) C. Civil Cap., Sala B, 19/7/1957, J.A., 1957-IV, p. 109; Sup. Corte Buenos Aires, 28/7/1942, J.A., 1942-III, p. 946; C. Apel. 1ª La Plata, 5/11/1948, J.A., 1948-IV, p. 591; C. Apel. 2ª La Plata, 20/8/1948, J.A., 1948-III, p. 589; C. Apel. Mercedes, 14/9/1954, J.A., 1956-I, p. 89; Sup. Corte Salta, 20/12/1948, J.A., 1949-I, p. 331; C. Fed. Mendoza, 24/7/1950, L.L., t. 61, p. 246, J.A., 1950-IV, p. 549; Sup. Tribunal Entre Ríos, 11/6/1949, L.L., t. 55, p. 370. La C. Apel. 1ª La Plata ha llegado a declarar ineficaz un documento suscripto con la impresión digital y firmado por tres personas a ruego del otorgante ciego (J.A., 1948-IV, p. 591), lo que francamente nos parece excesivo. Es igualmente excesivo lo resuelto por la Sup. Corte de Buenos Aires (con la disidencia del Dr. Negri) que consideró inválido un boleto de compraventa no obstante que el vendedor puso al pie su impresión digital, dos personas lo firmaron a ruego, intervino como testigo la escribana que redactó el boleto y el vendedor entregó la posesión del inmueble (19/10/1993, L.L., fallo nº 92.568). En tales circunstancias la veracidad del acto y la voluntad de vender del enajenante no podía discutirse de buena fe.

(nota 7) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala E, 25/6/1976, t. 69, p. 176, C. Com. Cap., 9/3/1979, E.D., t. 83, p. 646; C. Paz Cap., Sala V, 13/12/1963, L.L., t. 114, p. 401; LLAMBIÁS, t. 2, nº 1588; DÍAZ DE GUIJARRO, J.A., t. 50, p. 85.

(nota 8) C. 2ª Apel. La Plata, 14/11/1939, L.L., t. 17, p. 611. De acuerdo con esta solución: ACUÑA ANZORENA, nota en L.L., t. 23, p. 904, nº 6 y s.; DÍAZ DE GUIJARRO, nota en J.A., t. 50, p. 85; ORGAZ, A., en Rev. Colegio de Abogados de Buenos Aires, marzo-abr. 1936, ps. 97 y s.

1118/930

930. FORMALIDAD DEL DOBLE EJEMPLAR.— La segunda limitación al principio de la libertad de las formas en los instrumentos privados está establecida en el artículo 1021 Ver Texto , Código Civil: los actos, sin embargo, que contengan convenciones perfectamente bilaterales deben ser redactados en tantos originales, como partes haya con un interés distinto.

Esta exigencia formal, tomada del derecho francés, se ha originado en la preocupación de poner a las partes en igualdad de condiciones respecto a la prueba del acto; de lo contrario,

la que retiene en su poder el documento único está en situación de superioridad respecto de la otra.

Este fundamento no parece suficiente. Si una de las partes no ha exigido, como hubiera sido prudente, un documento en el que consten las obligaciones de la contraparte, ¿es justo que fundada en esa imprevisión se oponga luego a cumplir con las obligaciones que contrajo por instrumento que lleva su firma? (ver nota 1)

Felizmente, el ámbito de aplicación del artículo 1021 Ver Texto , Código Civil, ha sido reducido a límites bastante estrechos por la propia ley y por la jurisprudencia (véanse núms. 932, 934 y 935). En las legislaciones extranjeras, excepción hecha de la francesa (Cód. Civ., art. 1325 Ver Texto ), no se exige el doble ejemplar; son, por tanto, objetables los proyectos de reformas que lo mantienen (Proyecto de 1936, arts. 265 y 266; de 1954, art. 273), si bien hay que notar que en el de 1954 la exigencia se ve atenuada por el reconocimiento de que el ejemplar único tiene valor de principio de prueba por escrito.

1118/931

931.— La formalidad del doble ejemplar es de orden público (ver nota 2); las partes no pueden renunciar a ella y sólo pueden suplirla en las formas establecidas en la propia ley (arts. 1024 Ver Texto y 1025, Cód. Civ.). No es necesario que cada ejemplar lleve la firma de todos los contratantes; basta que esté suscripto por la contraparte (art. 1013 Ver Texto , Cód. Civ.).

1118/932

932. CASOS EN QUE ES EXIGIDO.— Esta exigencia se refiere solamente a los contratos perfectamente bilaterales (art. 1021 Ver Texto , Cód. Civ.); por consiguiente, no se aplica a los bilaterales imperfectos, tales como el depósito, la prenda, etcétera, ni a los unilaterales, como la donación, la fianza, etcétera. Mucho menos se aplica a los actos unilaterales.

Sin embargo, aun tratándose de convenciones perfectamente bilaterales, el doble ejemplar es innecesario en los siguientes casos: a) si una de las partes, antes de la redacción del instrumento, llenase totalmente sus obligaciones; en tal caso basta un solo ejemplar en poder de la parte que ha cumplido sus obligaciones (art. 1022 Ver Texto , Cód. Civ.); b) si después de la redacción del ejemplar único las partes hubieran cumplido total o parcialmente las obligaciones a su cargo; pero si la convención no hubiese sido ejecutada sino por una de ellas, sin que la otra hubiese concurrido o participado en la ejecución, el vicio del acto subsistirá respecto de esta parte (art. 1024 Ver Texto , Cód. Civ.); c) si el ejemplar único ha sido depositado por ambas partes, de común acuerdo, en manos de un

escribano o de otra persona, encargándola de su conservación; pero si el depósito hubiese sido hecho por una sola, la irregularidad no será cubierta sino respecto de ella (art. 1025 Ver Texto ).

La Cámara Comercial de la Capital ha decidido que el requisito del doble ejemplar no rige para los contratos comerciales (ver nota 3).

Como puede apreciarse, la aplicación práctica de la exigencia del doble ejemplar queda, así, bastante limitada.

1118/933

933. NÚMERO DE EJEMPLARES.— La ley establece que deben otorgarse tantos ejemplares como partes haya con un interés distinto (art. 1021 Ver Texto , Cód. Civ.). Así, por ejemplo, si tres condóminos celebran un acuerdo sobre la división del condominio, el instrumento debe redactarse en tres ejemplares; pero si ellos arriendan a un tercero el inmueble de su propiedad, este contrato debe redactarse en sólo dos ejemplares, uno para el arrendatario y otro para los condóminos, puesto que éstos tienen el mismo interés en el contrato.

En la práctica, al finalizar la redacción del documento suele agregarse la mención del número de ejemplares que se han firmado, con lo que se prueba el cumplimiento de este requisito legal. Pero esta mención no es esencial y el otorgamiento del doble ejemplar puede ser comprobado por otros medios, inclusive testigos (ver nota 4).

1118/11200

933 bis. PRUEBA DEL DOBLE EJEMPLAR.— No constando en el instrumento el número de ejemplares que se otorgan, puede probarse por testigos el doble ejemplar (ver nota 5).

1118/934

934. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DEL DOBLE EJEMPLAR.— La falta del doble ejemplar trae aparejada la nulidad del instrumento, pero no la del acto jurídico que pretendía documentarse con él; de tal modo que éste podría probarse por otros medios (art. 1023 Ver Texto , Cód. Civ.). Ejemplo: el boleto de compraventa de un inmueble se ha suscripto en un solo ejemplar; el documento carece de valor probatorio; pero la operación

se mantiene válida y el interesado puede obligar a la otra parte a cumplirla si tiene otras pruebas de su efectiva realización, como, por ejemplo, cartas de la contraparte o testigos en apoyo de un principio de prueba por escrito.

Esta solución es perfectamente lógica, puesto que en nuestro derecho solamente en los actos solemnes el incumplimiento de las formas trae aparejada la nulidad del acto mismo (véase núm. 923).

1118/935

935.— Se discute si el propio ejemplar único puede servir de principio de prueba por escrito de la celebración del contrato. Ha terminado prevaleciendo la solución afirmativa (ver nota 6).

Es razonable que así sea. La buena fe lo impone. ¿Cómo discutir la efectiva conclusión de un contrato cuando la contraparte exhibe un instrumento con la firma de la impugnante y el acto se corrobora con la declaración de testigos u otras pruebas coincidentes?

Naturalmente, la solución que propugnamos reduce a muy limitada trascendencia práctica la formalidad del doble ejemplar. Lo cual es una consecuencia feliz, puesto que esta exigencia no parece justa ni útil.

(nota 1) En sentido concordante: AGUILAR, M., El doble ejemplar, Revista Fac. Derecho de Buenos Aires, 1926, t. 5, ps. 807, y s.

(nota 2) SALVAT, Parte General, t. 2, n° 2179; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Obligations, t. 4, n° 2281; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 3ª ed., t. 2, n° 411.

(nota 3) C. Com. Cap., 28/2/1947, L.L., t. 45, p. 722; íd., 19/10/1955, L.L., t. 82, p. 625.

(nota 4) De acuerdo: SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 2189 y jurisprudencia citada por este autor en nota 272.

(nota 5) C. Civil Cap., Sala C, 30/8/1961, causa 74.382 (inérita).

(nota 6) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala A, 6/10/1953, L.L., t. 72, p. 486; Sala C, 30/8/1961, causa 74.382, (inédita); Sup. Corte Buenos Aires, 26/4/1955, J.A., 1956-I, p. 310 (nota de SPOTA); C 2ª Apel. La Plata, 15/9/1953, L.L., t. 73, p. 228; Sup. Trib. Corrientes, 18/9/1948, J.A., 1949-I, p. 590; MACHADO, t. 3, p. 280, nota al art. 1023; LLAMBÍAS, Parte General, t. 2, n° 1600; SEGOVIA, t. 1, art. 1024, nota 11; DE GÁSPERI, Obligaciones, t. 1, n° 661. En contra: C. Civil 2ª Cap., 20/8/1928, J.A., t. 28, p. 136, con disidencia del doctor SENILLOSA. Para la jurisprudencia francesa, concorde con la solución afirmativa que sostenemos, véase: PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 3ª ed., t. 2, n° 415, y FLOUR, Evolution du formalisme, en Etudes offerts a Georges Ripert, t. 1, p. 93, n° 15.

1118/10450

B.— FUERZA PROBATORIA (ver nota 1)

1118/936

936. RECONOCIMIENTO DE LA FIRMA.— A diferencia de los instrumentos públicos, que gozan de una presunción de autenticidad (vease núm. 986), los privados no la tienen; carecen, por tanto, de todo valor probatorio mientras la firma que los suscribe no haya sido reconocida por el interesado o declarada debidamente reconocida por juez competente (art. 1026 Ver Texto , Cód. Civ.).

1118/937

937. PROCEDIMIENTO.— El procedimiento para el reconocimiento judicial de la firma está reglado en los artículos 1031 Ver Texto y siguientes, Código Civil, y artículos 387 Ver Texto y siguientes, Código Procesal.

El firmante de un documento llamado a reconocer la firma está obligado a declarar si es o no suya (art. 1031 Ver Texto , Cód. Civ.); si guardara silencio se tendrá por reconocido el documento.

Los sucesores universales, en cambio, pueden limitarse a declarar que no saben si la firma pertenece al causante, sin que ello implique que se la deba tener por reconocida (art. 1032 Ver Texto , Cód. Civ.). Esta diferencia entre el firmante y su sucesores universales se explica por sí misma, pues mientras no es concebible que el propio autor de la firma ignore si le pertenece, ello es perfectamente posible tratándose de los herederos. Y en la hipótesis remota de que el mismo interesado tuviera, de buena fe, dudas acerca de si la firma es de su

puño y letra, le queda el recurso de negarlo, obligando a producir la prueba correspondiente. Sin embargo, se ha decidido que si bien los herederos pueden limitarse a declarar que ignoran si la firma pertenecía al causante, están obligados a comparecer a las audiencias a que se los cita para el reconocimiento y, en caso de incomparecencia, el tribunal dará por reconocida la firma (ver nota 2).

Negada la firma por su autor o respondiendo los herederos que ignoran si es auténtica, el juez ordenará el cotejo y comparación de letras, sin perjuicio de admitirse otras pruebas (art. 1033 Ver Texto , Cód. Civ.).

Se discute si el cotejo debe ser necesariamente decretado por el juez. Por nuestra parte, entendemos que esa prueba es imprescindible; razones de orden técnico la imponen, pues es, sin duda, el medio más seguro para comprobar la autenticidad de la letra. Sólo podrá prescindirse de ella si el cotejo resulta imposible por falta de escritura indubitada (ver nota 3). De todos modos, siempre podrá producirse otra clase de prueba, pues a veces el cotejo no resulta decisivo y sus conclusiones pueden ser corroboradas o desvirtuadas por otros medios (ver nota 4). Aunque en algunos fallos los jueces han declarado que el cotejo no es indispensable (ver nota 5), en la práctica de los tribunales se lo ordena sistemáticamente; y esta práctica judicial ha sido consagrada por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que dispone que si el requerido negare la firma que se le atribuye o manifestare no conocer la que se atribuye a otra persona, deberá ordenarse el cotejo.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: Véase nota de jurisprudencia en E.D. t. 5, p. 145.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala C, 5/11/1956, L.L., t. 85, p. 590; C. Fed. Bahía Blanca, 31/3/1939, J.A., t. 66, p. 424, con nota de PASCUAL, M., El derecho del heredero a manifestar ignorancia con respecto a la autenticidad de la firma atribuida a su autor está condicionado y no es en manera alguna absoluto.

(nota 3) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala A, 22/7/1980, L.L., 1981-A, p. 285; C. Civil Cap., Sala B, 25/6/1963, Doct. Jud. nº 2012.

(nota 4) De acuerdo: C. Civil 2ª Cap., 23/5/1924, J.A., t. 12, p. 79; MACHADO. t. 3, p. 296, nota al art. 1033; ACUÑA ANZORENA, A., El cotejo, medio esencial en la verificación de la autenticidad de la firma, L.L., t. 23, p. 863.

(nota 5) C. Civil, 1ª Cap., 7/9/1937, L.L., t. 7, p. 1071; C. Civil 2ª Cap., 6/8/1937, J.A., t. 59, p. 519; íd., 30/9/1940, L.L., t. 20, p. 250; Sup. Trib. San Luis, 14/9/1940, L.L., t. 20, p.

191. De acuerdo con este criterio: SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 2216. Conf.: FERNÁNDEZ, Código de Procedimientos comentado, 2ª ed., p. 234, nota al art. 144.

1118/938

938. EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO DE LA FIRMA ENTRE LAS PARTES.— El reconocimiento de la firma lleva como consecuencia que todo el cuerpo del documento queda reconocido (art. 1028 Ver Texto , Cód. Civ.); a partir de ese momento, el instrumento privado tiene el mismo valor probatorio del instrumento público entre las partes y sus sucesores universales (art. 1026 Ver Texto , Cód. Civ.) (ver nota 1).

Aplicando los principios relativos a los instrumentos públicos (véase núms. 987 y sigs.), se deducen las siguientes consecuencias:

a) Los instrumentos privados hacen plena fe hasta la querella de falsedad, en cuanto a su contenido material; sólo por esa vía podría pretenderse que el documento ha sido lavado, adulterado o falsificado.

b) En cuanto a la sinceridad de las manifestaciones contenidas en el instrumento, hacen fe hasta simple prueba en contrario; en efecto, si en el documento se declara haber recibido una suma de dinero, o ser deudor de la contraparte, o haber adquirido una cosa, el interesado podría demostrar por contradocumento o por otra clase de pruebas, según los casos, que esas manifestaciones no son verdaderas.

La firma debidamente reconocida o declarada judicialmente auténtica tiene pleno valor entre las partes aunque emane de un ciego, pues si bien es cierto que él no ha podido cerciorarse personalmente del contenido del instrumento, pudo hacerse informar por personas de su confianza (ver nota 2). De lo contrario, debería llegarse a la conclusión de que los ciegos no pueden otorgar instrumentos privados, lo que sería gravarlos con una incapacidad no establecida en la ley (ver nota 3).

(nota 1) La ley habla de “sucesores”; pero esta expresión debe ser entendida como sucesores universales, ya que los singulares son aludidos conjuntamente con los terceros en el art. 1034 Ver Texto .

(nota 2) C. Fed. Cap., 26/12/1961, causa 17.076 (inérita).

(nota 3) C. Civil Cap., Sala B, 18/10/1957, L.L., t. 89, p. 552 y J.A., 1958-II, p. 205. De acuerdo: LÓPEZ OLACIREGUI, en SALVAT, t. 2, n° 2168-A.

1118/939

939. EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO RESPECTO DE TERCEROS: LA FECHA CIERTA (ver nota 1).— Los instrumentos privados debidamente reconocidos tienen respecto de terceros y de los sucesores a título singular, la misma fuerza probatoria que los instrumentos públicos, pero solamente después de haber adquirido fecha cierta (arts. 1034 Ver Texto y 1035, Cód. Civ.).

El propósito de esta exigencia es evitar que las partes se pongan de acuerdo para fraguar un documento antdatándolo con el objeto de burlar los derechos de terceros. Por ello, sólo en caso de que el instrumento haya adquirido fecha cierta puede serles opuesto.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: ROSENBUSCH, E.O., La fecha cierta de los instrumentos privados, J.A., 1942-II, p. 85; COLOMBO, L., La fecha cierta en los documentos comerciales, L.L., t. 23, p. 821; ORIONE, F., Los instrumentos probatorios en materia comercial y los libros de comercio. Su valor probatorio en relación a terceros, L.L., t. 47, p. 839.

1118/940

940.— Se ha discutido si la masa de acreedores debe o no ser considerada como tercero respecto de los documentos firmados por el concursado o quebrado; en algún fallo se negó ese carácter, juzgando que se estaba en presencia de un sucesor universal y no particular (ver nota 1); pero la solución afirmativa, como es justo, ha prevalecido (ver nota 2); en consecuencia, los documentos suscriptos por el fallido no pueden ser opuestos a la masa mientras no hayan adquirido fecha cierta.

La víctima de un hecho ilícito puede probar, con un documento suscripto con terceros, la cuantía del daño sufrido sin que el autor del hecho pueda excepcionarse en la falta de fecha cierta (ver nota 3).

El mandante no es tercero en relación a los documentos suscriptos por su mandatario; por consiguiente, debe estar a la fecha expresada en ellos, siendo a su cargo la prueba en contrario (art. 1961 Ver Texto , Cód. Civ.).

(nota 1) C. Civil, 1ª Cap., 19/6/1939, L.L., t. 14, p. 1123.

(nota 2) C. Com. Cap., 19/12/1940, J.A., t. 72, p. 897; íd., 8/8/1945, J.A., 1945-III, p. 671; C. Civil 2ª Cap., 14/10/1936, L.L., t. 4, p. 236.

(nota 3) C. Apel. 2ª La Plata, 19/5/1942, J.A., 1943-I, p. 167.

1118/941

941. MODOS DE ADQUIRIR LA FECHA CIERTA.— En el artículo 1035 Ver Texto se establecen los modos por los cuales un documento adquiere fecha cierta. Dice así: Aunque se halle reconocido un instrumento privado, su fecha cierta en relación a los sucesores singulares de las partes o a terceros, será:

1) La de su exhibición en juicio o en cualquier repartición pública para cualquier fin, si allí quedase archivado; no basta, por lo tanto, la mera exhibición, sino que es preciso su archivo; pero no es necesario que quede allí definitivamente, ya que podría ser devuelto más tarde al interesado sin que por ello dejara de tener como fecha cierta la de presentación (ver nota 1), siempre que en las actuaciones de las que se lo desglosa quedara copia testimoniada (ver nota 2).

2) La de su reconocimiento ante un escribano y dos testigos que lo firmaren; la redacción de este inciso parece dar a entender que basta que el escribano y los testigos firmen al pie del documento, dando fe de la fecha en que lo han hecho; pero este procedimiento significaría facilitar de modo extraordinario el fraude en perjuicio de terceros, porque bien podría un escribano complaciente hacer una atestiguación falsa; se requiere, por consiguiente, la redacción de una escritura en la que el documento quede perfectamente individualizado (ver nota 3). En la práctica, los escribanos sólo dan fecha cierta a un instrumento privado transcribiéndolo en el protocolo, es decir, cumpliendo con lo previsto en el inciso 3º del artículo 1035 Ver Texto .

3) La de su transcripción en cualquier registro público.

4) La del fallecimiento de la parte que lo firmó, o del de la que lo escribió, o del que firmó como testigo; en todos estos casos hay una certeza prácticamente absoluta de que el documento no ha podido firmarse después de esa fecha. Es verdad que puede ocurrir que el contrato se haya firmado después del fallecimiento de la persona que lo escribió; pero esta posibilidad es remota y queda a salvo el derecho de los interesados de probar que el convenio se concluyó después.

Sin embargo, se ha declarado que confiere fecha cierta el documento privado autenticado por escribano, si el acto se instrumentó en el libro de requerimiento llevado con arreglo a la resolución del Colegio de Escribanos de fecha 6 de abril de 1965 (ver nota 4).

1118/942

942.— ¿Tiene carácter limitativo la enumeración del artículo 1035 Ver Texto ? ¿No hay otros medios de dar fecha cierta a un instrumento privado? La cuestión se ha debatido largamente en nuestro derecho.

SALVAT ha sido el sostenedor más extremo de la tesis según la cual la enumeración del artículo 1035 Ver Texto es limitativa; incluso, afirma que ni aun el hecho de que los firmantes hubieran sufrido la amputación de ambas manos confiere al instrumento fecha cierta (ver nota 5). Esta opinión ha sido seguida en algunos pronunciamientos judiciales (ver nota 6). Empero, nos parece insostenible. Ante todo, la ley no dice que la enumeración del artículo 1035 Ver Texto tenga carácter taxativo; y no hay ningún asidero legal que permita sostener un punto de vista tan exagerado e injusto. Lo que la ley ha querido es evitar que la fecha de los instrumentos privados pueda fraguarse; los jueces deben, por consiguiente, ser muy rigurosos en la apreciación de la prueba de la fecha (ver nota 7); especialmente, no podrá admitirse la de testigos (ver nota 8). Pero si las constancias del expediente son suficientes para acreditar en forma cierta, inequívoca, que el documento ha estado firmado antes de una fecha dada, ésta debe tenerse como cierta. Tal es la corriente que predomina en la jurisprudencia (ver nota 9).

Buen ejemplo de la flexibilidad con que los jueces aprecian hoy este problema, es el fallo de la Cámara Civil de la Capital que declaró que la intervención de las distintas reparticiones administrativas necesarias para la obtención de los recaudos imprescindibles para escriturar (certificados de dominio, contribución territorial, obras sanitarias y municipal) crea una presunción de fecha cierta del boleto, y como tal suficiente si no fue destruida por prueba en contrato.

1118/943

943.— ¿El sello puesto en la oficina de la Dirección Impositiva para inutilizar el estampillado de un contrato y en el cual se indica la fecha del sellado, confiere fecha cierta al instrumento privado? La cuestión ha motivado pronunciamientos contradictorios; mientras unos fallos le atribuyen ese efecto (ver nota 10), otros se lo niegan (ver nota 11). Creemos que la solución dependerá de las circunstancias del caso; si de ellas resulta indudable que el sello no ha sido fraguado, podrá admitirse su fecha, pero siempre hay que tener presente que el sello puede ser puesto con una fecha falsa por un empleado complaciente o sobornado o que inclusive puede ser fraguado. No es pues un medio absolutamente seguro, aunque sí una prueba importante.

1118/944

944. EL PROBLEMA DE LA FECHA CIERTA EN MATERIA COMERCIAL (ver nota 12).— Se ha discutido si los artículos 1034 Ver Texto y 1035 del Código Civil son aplicables en materia mercantil.

Según una primera opinión, la respuesta debe ser afirmativa, puesto que el Código Civil es de aplicación supletoria en lo comercial y, además, porque el problema de la protección de los terceros se presenta tanto en una como en otra materia (ver nota 13).

Para otros, en cambio, la fecha de los documentos comerciales puede probarse por cualquier medio y, particularmente, por los libros de comercio (ver nota 14).

La jurisprudencia de los tribunales de comercio de la Capital es vacilante; algunos fallos han declarado que los artículos 1034 Ver Texto y 1035 del Código Civil son de aplicación a los instrumentos mercantiles, salvo en lo que se refiere a los papeles de comercio (ver nota 15); otros, que en materia comercial la fecha puede probarse por medios más amplios que los establecidos en el artículo 1035 Ver Texto , Código Civil, y que a ese fin puede reconocerse eficacia a los asientos de los libros de comercio (ver nota 16); en cuanto a la prenda mercantil, la fecha puede ser probada por todos los medios admitidos en esta materia (ver nota 17).

1118/945

945. DOCUMENTOS SUSCRITOS POR INCAPACES.— Establece el artículo 1027 Ver Texto , Código Civil, que: no serán admitidos al reconocimiento los instrumentos privados, siempre que los signatarios de ellos, aunque fueren capaces al tiempo de firmarlos, no lo fuesen al tiempo del reconocimiento.

La ley se refiere, desde luego, al reconocimiento voluntario, puesto que no puede ponerse en duda el derecho de quien ha contratado con una persona que más tarde ha caído en estado de demencia, a hacer valer sus derechos según documento firmado cuando la contraparte se hallaba en pleno uso de sus facultades; el reconocimiento no podrá ser voluntario, pero el juez deberá pronunciarse sobre su autenticidad de acuerdo con las pruebas que aporte el interesado (ver nota 18).

Se ha sostenido que tales documentos, para que tengan validez respecto del propio insano, que lo firmó como parte, deben haber adquirido fecha cierta antes de la declaración de demencia; de lo contrario, se afirma, no es difícil que personas inescrupulosas obtengan del insano la firma de documentos antedatados, perjudicándolo seriamente en sus intereses patrimoniales (ver nota 19). Pero esta teoría supone un grave peligro para quienes han contratado de buena fe con una persona normal, que luego ha sido interdicta; por ello ha prevalecido la opinión de que tales documentos, una vez declarados auténticos, prueban la verdad de la fecha respecto del insano, a menos que su representante legal o el propio demente, si hubiere curado, demuestren que la fecha del documento no es verdadera; la prueba puede hacerse en tal caso, por todos los medios, inclusive presunciones (ver nota 20). Estas conclusiones son extensivas, desde luego, a los sucesores universales.

1118/946

946. INDIVISIBILIDAD DE LA PRUEBA RESULTANTE DE UN INSTRUMENTO PRIVADO.— El artículo 1029 Ver Texto del Código Civil dispone que: la prueba que resulta del reconocimiento de los instrumentos privados es indivisible y tiene la misma fuerza contra aquellos que los reconocen, que contra aquellos que los presentaren. Quien presenta un documento a juicio no puede, por consiguiente, ampararse en ciertas cláusulas y desconocer otras.

La Cámara de Apelaciones de Rosario ha declarado que el firmante de un documento extendido en dos hojas, que solamente reconoce como auténtica la que lleva su firma, debe probar que el documento es falso; de lo contrario, éste debe tenerse por auténtico íntegramente (ver nota 21).

1118/947

947. ENMIENDAS, RASPADURAS, ENTRERRENGLONES.— La existencia de enmiendas, entrerrenglones o raspaduras no salvados antes de la firma, no anula, por sí, lo expresado en la enmienda. Se trata de una cuestión de hecho que el juez debe resolver

según las circunstancias del caso y de conformidad con la prueba producida por las partes (ver nota 22).

1118/948

948. NOTAS MARGINALES.— Puede ocurrir que el documento, después de la firma o al margen, contenga notas escritas y firmadas por las partes. Si las notas estuvieran firmadas por ambas, valen tanto como el documento en sí, ya para contemplar sus cláusulas o para acreditar el cumplimiento de algunas o todas las obligaciones. Para el caso de que las notas estuvieran firmadas por una sola de las partes, el artículo 1030 Ver Texto establece: Las notas escritas por el acreedor en el margen o a continuación de un instrumento privado, existente en poder del deudor, si estuviesen firmadas por él, probarán para desobligar al deudor y nunca para establecer una obligación adicional.

La aplicación de este artículo exige las siguientes condiciones: a) que la nota haya sido firmada por el acreedor; b) que el documento se halle en poder del deudor; en efecto: si estuviera en manos del acreedor, la nota firmada no tendría efectos para desobligar al deudor, puesto que la retención del documento por aquél indica que no tiene intención de liberarlo de sus obligaciones.

(nota 1) De acuerdo: SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 2234.

(nota 2) MACHADO, t. 3, p. 298, texto y nota.

(nota 3) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala A, 13/6/1967, L.L., t. 127, p. 1150, 15.780-S; C. Com. Cap., Sala A, 23/10/1969, L.L., t. 139, p. 769, 24.102-S; C. Apel. Río Cuarto, 27/5/1963, L.L., t. 113, p. 622; SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 2236; MACHADO, t. 3, p. 299, texto y nota; DE GÁSPERI, Obligaciones, n° 680. En cambio, LLAMBÍAS piensa que en nuestro derecho positivo no es indispensable la escritura, atento los términos del inc. 1º, aunque admite que sería el sistema preferible (Parte General, t. 2, n° 1619). De acuerdo con este criterio: C. Apel. 1ª Mercedes, 15/9/1970; L.L., t. 141, p. 703, 25.704-S; C. Paz Cap., 20/4/1972, L.L., t. 149, p. 44; Sup. Corte Buenos Aires, 5/3/1968, L.L., t. 132, p. 915 (siempre que en la certificación del escribano conste la fecha en que se hizo).

(nota 4) C. Apel. Bahía Blanca, L.L., t. 151, p. 71.

(nota 5) SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 2242.

(nota 6) C. Civil 2ª Cap., 10/11/1924. J.A., t. 14, p. 818; Sup. Corte Buenos Aires, 14/7/1942, J.A., 1942-III, p. 665.

(nota 7) C. Civil Cap., Sala C, 22/11/1965, L.L., t. 122, p. 913, 13.412-S; Sala D, 20/7/1972, E.D., t. 48, p. 281; íd., 14/3/1972, E.D., t. 49, p. 368; Sala F. 18/3/1969; L.L., t. 136, p. 174; Sup. Corte Buenos Aires, 18/5/1965, L.L., t. 119, p. 513.

(nota 8) C. Civil Cap., Sala E, 4/8/1980, E.D., t. 90, p. 456.

(nota 9) C. Civil Cap., Sala A, 6/11/1969, E.D., t. 34, p. 276; Sala C, 7/9/1976, E.D., t. 72, p. 381; Sala D, 13/3/1990, E.D., fallo n° 43.408; íd., 14/3/1972, E.D., t. 49, p. 363; íd., 20/7/1972, E.D., t. 48, p. 281; Sala E, 25/2/1977, L.L., 1977-B, p. 524; Sala F, 18/3/1969, L.L., t. 136, p. 174; C. Civil 1ª Cap., 3/6/1937, J.A., t. 58, p. 789; C. Civil, 2ª Cap., 20/8/1945, J.A., 1945-IV, p. 752; C. Fed. Cap., 22/11/1977, L.L., 1978-B, p. 115; Sup. Corte Buenos Aires, 18/5/1965, L.L., t. 119, p. 513; C. Apel. Bahía Blanca, 30/3/1973, L.L., t. 151, p. 71; y fallos citados en la nota anterior. De acuerdo: LLAMBIÁS, Parte General, t. 2, n° 1621; SPOTA, vol. 3.2, n° 2141.

(nota 10) C. Civil Cap., Sala D, 13/3/1990, E.D., t. 142, p. 343; Sala E, 10/4/1973, L.L., t. 151, p. 397; C. Civil Cap., Sala C, 3/8/1959, causa 57.277, Doct. Jud. 15/8/1959; Sala D, 16/10/1963, L.L., t. 113, p. 41; C. Civil 1ª Cap., 6/8/1941, L.L., t. 23, p. 822; íd., 18/6/1945, G.F., t. 177, p. 479; C. 2ª Apel. La Plata, 19/5/1942, L.L., t. 26, p. 779; íd., 3/11/1950, J.A., 1951-II, p. 83.

(nota 11) C. Civil Cap., Sala C, 7/12/1964, L.L., t. 118, p. 912, 12.126-S; Sala F, 25/8/1960, causa 61.271 (inérita); C. Com. Cap., Sala B, 23/3/1950, J.A., 1951-II, p. 83; Sup. Corte Buenos Aires, 18/5/1965, L.L., t. 119, p. 513; C. Apel. Santa Fe, 13/2/1963, Rep. L.L., t. 25, p. 846, sum. 24; C. 2ª Apel. La Plata, 3/11/1950, J.A., 1951-II, p. 83.

(nota 12) BIBLIOGRAFÍA: Véase la cita en nota 1437.

(nota 13) SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 2246; MALAGARRIGA, Código de Comercio Comentado, t. 3, p. 327.

(nota 14) SEGOVIA, L., Exposición y crítica del Código de Comercio, t. 1, p. 242; CASTILLO, R., Curso de Derecho Comercial, t. 2, ps. 152 y s.; ANASTASI, nota en J.A., t. 29, p. 557; CERMESONI, F., Contratos comerciales, ps. 258, y s.; ORIONE, F., Los instrumentos privados en materia comercial y los libros de comercios, L.L., t. 47, p. 839.

(nota 15) C. Com. Cap., 18/7/1947, L.L., t. 47, p. 839, J.A., 1947-III, p. 289; íd., 3/6/1949, L.L., t. 55, p. 564; íd., 26/5/1950, L.L., t. 59, p. 146, y J.A., 1950-III, p. 466. En contra y por la doctrina de la amplitud de prueba: Sup. Corte Buenos Aires, 16/4/1929, J.A., t. 29, p. 557; por su parte, la C. Civil 2ª Cap. resolvió que un pagaré no tiene otra fecha que la de su presentación en juicio (10/11/1924, J.A., t. 14, p. 818).

(nota 16) C. Civil Cap., Sala B, 24/7/1959, L.L., t. 97, p. 341.

(nota 17) C. Com. Cap., Sala B, 15/10/1958, L.L., t. 93, p. 582; C. Com. Cap., 19/8/1936, L.L., t. 3, p. 613; en el mismo sentido, C. Civil 1ª Cap., 29/7/1927, J.A., t. 25, p. 543. Véase en apoyo de la jurisprudencia de la Cámara Comercial, COLOMBO, L., La fecha cierta en los documentos comerciales, L.L., t. 23, p. 821.

(nota 18) La doctrina es unánime: véase SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 2270; MACHADO, t. 3, p. 292.

(nota 19) LLERENA, t. 4, p. 76.

(nota 20) De acuerdo: SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 2272: BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Obligations, t. 4, n° 2350.

(nota 21) C. Apel. Rosario, 14/3/1947, J.A., 1947-III, p. 368.

(nota 22) C. Civil Cap., Sala C, 11/10/1978, J.A., 1979-I, p. 419; C. Civil 2ª Cap., 7/7/1937, L.L., t. 9, p. 237; C 2ª Apel. La Plata, 29/3/1938, L.L., t. 10, p. 383; C. Com. Cap., 3/3/1950, L.L., t. 58, p. 703 y J.A., 1950-IV, p. 234; LLAMBÍAS, t. 2, n° 1617.

1118/10460

C.— DOCUMENTOS FIRMADOS EN BLANCO (ver nota 1)

1118/949

949. VALIDEZ DE LA FIRMA EN BLANCO; IMPUGNACIÓN.— En la práctica de los negocios es bastante frecuente el otorgamiento de documentos firmados en blanco. Estas operaciones implican riesgos para el firmante que, por lo común, tiene buen cuidado de no hacerlo sino con personas que le merezcan la mayor confianza.

En principio, la firma dada en blanco es perfectamente lícita (art. 1016 Ver Texto , Cód. Civ.), pero la ley reconoce al signatario la facultad de poder impugnar el contenido del documento, cuando éste no se ajustare a lo estipulado, puesto que el tenedor está obligado a llenarlo de acuerdo con lo pactado y con las instrucciones recibidas del firmante.

1118/950

950.— El derecho de impugnar el contenido del documento debe ser estudiado en relación a tres hipótesis posibles:

a) Que el documento sea hecho valer por la persona a quien se lo confió; en este caso, el firmante puede demostrar que el instrumento ha sido llenado en contra de lo acordado por toda clase de pruebas, salvo la de testigos (art. 1017 Ver Texto , Cód. Civ.).

Existe, pues, una diferencia fundamental con los documentos normalmente redactados, en los que la firma ha sido estampada luego de escrito el texto del convenio: en éstos también el firmante puede impugnar la sinceridad de su contenido pero, en principio, no puede hacerlo sino por contradocumento o por pruebas tan inequívocas que, en cierto modo, pueden equipararse a aquél (véase núms. 1184 y sigs.). En cambio, si se demostrara previamente que el documento ha sido firmado en blanco, la ley es mucho menos severa y admite toda clase de pruebas para acreditar que fue llenado en contra de lo convenido, con la única excepción de la de testigos. Esta excepción se justifica plenamente, pues lo contrario permitiría invalidar con facilidad obligaciones en verdad contraídas.

Se ha decidido, sin embargo, que los testigos son admisibles si existe principio de prueba por escrito (ver nota 2), solución lógica porque si esta regla se aplica para demostrar la simulación en cualquier clase de instrumentos (véase núm. 1186), con tanta mayor razón debe serlo en los firmados en blanco.

1118/951

951.— b) Que el documento sea hecho valer por un tercero de buena fe, que hubiera contratado con la persona a quien aquél fue confiado. Puede ocurrir, en efecto, que el

tenedor de un documento firmado en blanco, luego de llenarlo, haya contratado sobre la base de él con un tercero; el caso más frecuente es el del pagaré o cheque endosado por el tenedor originario a favor de otra persona. En tal caso, el firmante no podría oponer excepción alguna contra el tercero (art. 1018 Ver Texto , Cód. Civ.), quedando desde luego a salvo su derecho para reclamar daños y perjuicios contra la persona en la cual confió y que lo llenó apartándose de lo estipulado.

Firmar un documento en blanco supone riesgos y quien lo hace debe afrontarlos; no sería justo que el tercero de buena fe sufriera perjuicio como consecuencia de una actitud que le es imputable al librador; por lo demás, la seguridad del comercio exige la protección de los terceros de buena fe.

1118/952

952.— c) Que el documento haya sido sustraído fraudulentamente a la persona que lo firmó o a la persona a quien se lo hubieran confiado y hubiera sido llenado en contra de la voluntad de ellas. En este caso, la prueba de la sustracción y del abuso de la firma en blanco puede hacerse por toda clase de medios, inclusive testigos (art. 1019 Ver Texto , Cód. Civ.). Por sustracción fraudulenta debe entenderse el hurto, robo, o que el documento haya sido obtenido mediante maniobras dolosas (ver nota 3).

Otra consecuencia importante: en esta hipótesis, las convenciones hechas con terceros por el portador del documento no pueden oponerse al signatario, aunque los terceros hubiesen procedido de buena fe (art. 1919 Ver Texto , Cód. Civ., in fine). La solución de la ley es, en este caso, menos rigurosa para el firmante. Pero no hay que perder de vista que la sustracción implica siempre una culpa o negligencia de quien tenía el documento en su poder; por lo tanto, es justo que los jueces sean severos en la apreciación de la prueba sobre el hecho (ver nota 4).

1118/953

953. MUERTE DEL LIBRADOR O DE LA PERSONA A QUIEN SE CONFIÓ ANTES DE HABER SIDO LLENADO EL DOCUMENTO.— ¿Es válido el documento firmado en blanco y llenado después de la muerte del firmante? La cuestión está discutida. La opinión que le niega validez se funda en que un documento firmado en blanco supone un mandato de llenarlo conforme a las instrucciones, mandato que cesa con la muerte (ver nota 5). La opinión contraria se funda en que ninguna ley dispone la nulidad de los documentos así llenados, salvo, claro está, el derecho de los herederos de demostrar que ha sido llenado abusivamente (ver nota 6).

En cambio, no cabe duda de que el documento no puede ser llenado después de la muerte de la persona a quien se confió, puesto que la firma en blanco supone un mandato que concluye con la muerte del mandatario (ver nota 7).

Estas hipótesis se presentan muy raramente en la práctica, puesto que el tenedor del documento se cuidará bien de ponerle una fecha anterior a la del fallecimiento; pero puede ocurrir que la ignorara, y por ello lo feche con posterioridad.

(nota 1) Véase ROSENBUSCH, E., Firma en blanco de instrumentos privados, J.A., 1946-I, p. 714.

(nota 2) C. Apel. 2ª La Plata, 27/2/1942, J.A., 1942-II, p. 632. El Tribunal agregó que la prueba de testigos era admisible también en el caso de que se demuestre la imposibilidad de procurarse prueba escrita, lo que nos parece excesivo.

(nota 3) C. Apel. 2ª La Plata, 27/2/1942, J.A., 1942-II, p. 632; LLAMBÍAS, t. 2, n° 1628.

(nota 4) C. Apel. 2ª La Plata, 27/8/1935, J.A., t. 53, p. 440.

(nota 5) C. Civil Cap., Sala A, 2/7/1971, t. 13, 1972, p. 45; LLAMBÍAS, t. 1, n° 1630.

(nota 6) C. Civil 1ª Cap., 26/12/1919, J.A., t. 3, p. 116, con disidencia de los doctores JUÁREZ CELMAN y DE LA TORRE.

(nota 7) C. Paz Letrada Cap., 6/9/1947, L.L., t. 50, p. 109, y J.A., 1948-III, p. 51; LLAMBÍAS, Parte General, t. 1, n° 1630.

1118/10470

D.— CARTAS MISIVAS (ver nota 1)

1118/954

954. PROBLEMAS QUE SUSCITAN.— Las cartas misivas (expresión evidentemente redundante que se ha abierto camino en la legislación y la doctrina) envuelven delicados y complejos problemas, que no siempre han sabido plantearse con claridad.

Es necesario deslindar netamente tres cuestiones distintas: a) a quién pertenecen las cartas; b) quiénes tienen derecho a valerse de ellas como medio de prueba; c) quiénes tienen sobre ellas derechos intelectuales, en cuanto pueden ser una producción científica o literaria y qué limitaciones tiene ese derecho. La última cuestión escapa a nuestro tema; nos ocuparemos, en cambio, de las dos primeras, a las cuales algunos autores les atribuyen una vinculación estrechísima.

En efecto, partiendo del principio de que el dueño tiene derecho a disponer de su propiedad y, por tanto, en nuestro caso, a utilizar la carta como medio de prueba, han atribuido algunos la propiedad al remitente, otros al destinatario, otro, en fin, al remitente si la carta es confidencial y al destinatario si no lo es (ver nota 2). Es decir que, invirtiendo el problema, han reflexionado en primer término acerca de la persona a la cual es justo reconocerle el derecho de exhibir la carta y, según la conclusión que cada uno ha preferido, atribuyen a esa persona la propiedad. No se parte ya de la propiedad para resolver quién tiene derecho a valerse de la carta, sino que sobre la base de quién puede exhibirla, se atribuye la propiedad.

Nos parece que este planteo envuelve una confusión de conceptos. La propiedad de esa cosa mueble que es una misiva, pertenece, sin duda, al poseedor de buena fe, salvo que la cosa hubiera sido robada o perdida (art. 2412 Ver Texto , Cód. Civ.). La única dificultad puede presentarse mientras la carta se halla en viaje a su destino; en tal caso, es preciso admitir que en tanto no haya llegado, pertenece al remitente, quien está facultado para recogerla de la oficina de Correos (ver nota 3).

Distinto es el problema de quién tiene derecho a valerse de ella como medio de prueba, derecho que a veces coincide, y a veces no, con el de propiedad; porque la exhibición de una carta privada en juicio, no se vincula solamente con la facultad de gozar y disponer de ella, sino también y primordialmente, con el deber de guardar el secreto de la correspondencia privada (ver nota 4). Desarrollaremos este tema en los números siguientes.

1118/955

955. IMPORTANCIA COMO MEDIO DE PRUEBA Y CONDICIONES GENERALES DE VALIDEZ.— Las cartas constituyen uno de los medios más frecuentes y prácticos de comunicación entre los hombres, quienes transmiten por ellas sus pensamientos, sus anhelos y también la voluntad de obligarse jurídicamente. Se comprende así la singular importancia que tienen como medio de prueba.

Pero no siempre las cartas pueden ser exhibidas como prueba; se opone a ello el principio de la inviolabilidad de la correspondencia epistolar, sancionado por la Constitución Nacional (art. 18 Ver Texto ). Es necesario conciliar este principio con la evidente conveniencia práctica e inclusive moral, de admitir una prueba a veces decisiva en la investigación de la verdad. Con un criterio eminentemente realista y sobre la base por cierto insuficiente del artículo 1036 Ver Texto del Código Civil, nuestra jurisprudencia ha ido delineando un sistema jurídico que estimamos prudente y acertado.

1118/956

956.— Se discute si la firma es condición de validez de las cartas misivas. La opinión negativa ha prevalecido. Es frecuente, en efecto que las cartas se firmen con sobrenombre, o con una expresión cariñosa, o con iniciales, o que no se firmen. Ello no puede invalidar la prueba que surge de su texto, porque el hecho de haberla enviado supone en el remitente la intención de hacer suyas las declaraciones contenidas en ella (ver nota 5); sin perjuicio de que el juez examine con prudencia e inclusive en actitud de desconfianza, las cartas no firmadas. Con mayor razón debe admitirse el valor probatorio de las posdatas no firmadas, si se comprobare que emanan del remitente (ver nota 6).

Este criterio fue adoptado por el Proyecto de Reforma de 1936 (art. 278).

1118/957

957.— Tampoco se exige el doble ejemplar como condición de validez de las cartas. La naturaleza misma de las misivas, que se redactan siempre en ejemplar único, no se aviene con aquella exigencia del artículo 1021 (ver nota 7).

1118/958

958.— En cambio, es indispensable el siguiente requisito para que pueda hacerse valer una carta como medio de prueba: que quien la invoca haya entrado en posesión de ella por medios lícitos y regulares (ver nota 8); el que intercepta la correspondencia de un tercero o sustrae dolosamente una carta, no puede presentarla como prueba. Lo contrario importaría vulnerar claramente el principio de la inviolabilidad de la correspondencia privada; además, es una regla de derecho y de moral, que las fuentes de las que la justicia saca sus decisiones deben ser puras, porque no puede basar sus pronunciamientos en probanzas que se le brinden mediante la perpetración de delitos (ver nota 9), como es el apoderamiento indebido de la correspondencia privada de terceros (art. 153 Ver Texto , Cód. Pen.). Sin

embargo, se ha reconocido al esposo o esposa el derecho de interceptar la correspondencia del otro cónyuge y de valerse de ella como prueba (ver nota 10); igual derecho tienen el padre, el tutor y el curador respecto de las personas que representan legalmente (ver nota 11), así como los preceptores y directores de colegio respecto de los alumnos menores con relación a los cuales pueden considerarse como representantes del padre o tutor que les ha encargado su educación y vigilancia permanente (ver nota 12).

1118/959

959. ADMISIBILIDAD DE LAS CARTAS PRESENTADAS POR EL DESTINATARIO.— El destinatario, parte en un juicio, puede hacer valer las cartas emanadas de la contraparte, sean o no confidenciales (ver nota 13). En este caso no está en juego la inviolabilidad de la correspondencia, puesto que entre los corresponsales no hay secreto; la reserva se relaciona exclusivamente con los terceros. Por ello es que el artículo 1036 Ver Texto , Código Civil, refiere la prohibición de hacer valer las cartas tan sólo al caso de que sean dirigidas a terceros.

En la hipótesis que estamos tratando, las cartas son un elemento probatorio de primer orden y equivalen a cualquier instrumento privado suscripto por la contraparte.

1118/960

960.— Puede ocurrir que el destinatario pretenda hacer valer, no ya las cartas de la contraparte, sino las emanadas de un tercero. En este caso, las cartas de carácter confidencial no podrán presentarse como prueba sin consentimiento del remitente (ver nota 14), porque ello importaría violar el secreto de la correspondencia privada; son de aplicación, además, las reglas que estudiaremos en el número siguiente, al cual nos remitimos. Debe advertirse, sin embargo, que en este caso el valor probatorio de las cartas es relativo; en el fondo no hay sino la declaración escrita de un tercero, que debe ser ratificada por éste; se trata, pues, de una simple prueba de testigo.

1118/961

961. ADMISIBILIDAD DE LAS CARTAS DIRIGIDAS A TERCEROS.— El artículo 1036 Ver Texto , Código Civil, establece que: Las cartas misivas dirigidas a terceros, aunque en ellas se mencione alguna obligación, no serán admitidas para su reconocimiento. Esta regla está enunciada de una manera tan general que parece no admitir ninguna clase de excepciones. No obstante ello, la jurisprudencia, interpretando que la norma se inspira en el principio de la inviolabilidad de la correspondencia privada, y que este principio no siempre

está en juego cuando se hacen valer cartas dirigidas a terceros, ha limitado considerablemente su esfera de aplicación.

a) En primer término, se ha decidido que la regla del artículo 1036 Ver Texto se refiere únicamente a las cartas confidenciales; las que no tienen ese carácter pueden ser presentadas siempre a juicio, aunque sean dirigidas a terceros (ver nota 15). El carácter confidencial no depende de que el remitente así la califique y menos aún de que la cruce con un sello que diga “confidencial” o “reservado”, sino del propio contenido de la carta, que el juez debe apreciar libremente (ver nota 16).

b) Aun cuando la carta sea confidencial, puede ser presentada en juicio, si ha sido dirigida a un representante de la parte que la exhibe o a quien actúa como si fuera tal, puesto que en este caso no puede hablarse, en rigor, de terceros. De acuerdo con este criterio, se ha decidido que pueden agregarse las cartas dirigidas al apoderado o representante legal de quien las exhibe (ver nota 17), a su abogado (ver nota 18), al escribano (ver nota 19) o al corredor (ver nota 20) que han intervenido en la operación; por motivos similares se ha declarado que es admisible como prueba la carta presentada por la provincia demandada, en la que el actor se dirige en forma familiar y amistosa a un ministro de la deudora (ver nota 21). Como es obvio, los herederos pueden presentar en juicio las cartas dirigidas al causante (ver nota 22), siempre que aludan a cuestiones o derechos patrimoniales, pues a su respecto son sucesores universales; pero no cuando se refieran a cuestiones estrictamente personales, aunque pudieran tener alguna repercusión patrimonial. Así, por ejemplo, la correspondencia entre dos personas premuertas, que acredita la existencia de relaciones íntimas entre ellas, no podría ser presentada a juicio para probar su filiación extramatrimonial. Ello importaría una grave lesión al secreto de la correspondencia epistolar. Siempre, claro está, que se trate de cartas confidenciales, pues si de su texto resulta que se escribieron con el propósito de dejar sentado el carácter de las relaciones de los padres o de la filiación, entonces deben admitirse.

La hipótesis de las cartas dirigidas al representante de la contraparte debe ser cuidadosamente distinguida —cosa que no siempre ha sabido hacer nuestra jurisprudencia— (ver nota 23) del caso en que la carta haya sido dirigida por la contraparte a su propio representante. En este supuesto, su exhibición en juicio sin consentimiento del remitente y del destinatario importa una evidente violación del secreto de la correspondencia epistolar, y en consecuencia es inadmisibile, a menos que la carta estuviera destinada a ser puesta en conocimiento de la contraparte (ver nota 24); salvedad que resulta obvia porque, en tal caso, no se trataría ya de una misiva confidencial.

c) Aunque tenga carácter confidencial, la carta puede ser presentada a juicio por el cónyuge para probar las relaciones entre la esposa o esposo con un tercero (ver nota 25) (véase Tratado de Derecho Civil, Familia, 9ª ed. t. 1, núm. 559).

También ha resuelto la Cámara Civil 2ª de la Capital que el principio del secreto de la correspondencia privada debe ceder ante casos que afectan el orden público y el interés social, como es el cobro del impuesto a la herencia (ver nota 26). La doctrina de la Cámara nos parece francamente inadmisibile. No es posible invocar una ley de orden público contra una disposición constitucional, puesto que ésta es también, por esencia, de orden público; de lo contrario, las normas constitucionales podrían derogarse por leyes del Congreso. Ni puede admitirse tampoco que la percepción de un impuesto en un caso particular sea más importante que el respeto de un principio que ha merecido acogida en la Carta Magna.

1118/962

962.— En todos los casos anteriores debe tenerse presente el principio de que nadie puede valerse de una carta obtenida por medios dolosos o fraudulentos (véase núm. 958).

1118/963

963. CARTAS EMANADAS DE TERCEROS.— Las cartas emanadas de terceros, ya sean dirigidas a la contraparte o a otro tercero, no pueden ser presentadas en juicio, si son confidenciales, salvo que haya consentimiento del remitente y del destinatario (ver nota 27). Se exceptúa la enviada por el cómplice en las relaciones ilícitas del cónyuge, que puede ser interceptada por el esposo o esposa (véase núm. 958).

Esta hipótesis tiene, salvo el caso de divorcio, una importancia muy relativa, pues las cartas no gozan de otro valor probatorio que el que puede emanar de la declaración testimonial del tercero que debe reconocer la carta.

1118/11210

963 bis. OPORTUNIDAD PROCESAL PARA PLANTEAR LA INADMISIBILIDAD DE LAS CARTAS MISIVAS.— El artículo 1036 Ver Texto , Código Civil, dice que las cartas dirigidas a terceros “no serán admitidas para su reconocimiento”. El texto es claro en el sentido de que no se puede exigir el reconocimiento, ni por lo tanto la prueba pericial que acredite su autenticidad (ver nota 28). Sin embargo, una jurisprudencia bastante extendida ha resuelto que siendo imposible, sin prejuzgamiento, decidir si la carta es confidencial o está dirigida a un tercero, procede ordenar el reconocimiento, sin perjuicio de valorar en la sentencia si ella cae dentro de la prohibición del artículo 1036 Ver Texto (ver nota 29). Otros fallos, finalmente, han admitido la agregación, pero no el reconocimiento (ver nota 30), lo que parece ilógico, pues si no es a los fines del reconocimiento, no se advierte qué sentido puede tener la agregación de un simple papel no auténtico, que de ninguna manera puede servir como elemento de prueba.

Entendemos que si la carta es notoriamente confidencial y dirigida a terceros, su desglose debe ordenarse antes del reconocimiento, pues así lo dispone el artículo 1036 Ver Texto , y ésta es la única forma de resguardar el principio de la inviolabilidad de la correspondencia epistolar. Las modalidades del caso podrían modificar este criterio, si aquellas circunstancias aparecieran confusas o envolvieran cuestiones planteadas en la litis que no pueden resolverse antes de la sentencia sin prejuizgamiento. Sólo en esta hipótesis nos parece posible ordenar el reconocimiento y postergar la apreciación de la admisibilidad de la prueba para el momento del fallo.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: COLOMBO, L., Comentarios sobre las cartas misivas, L.L., t. 57, p. 799; QUIROGA OLMOS, Las cartas misivas como medio probatorio en la doctrina y la jurisprudencia, J.A., 1958-I, p. 72; PARRY, A. L., Cartas misivas, J.A., t. 1, p. 781; nota de jurisprudencia en E.D., t. 5, p. 830, al pie del fallo 3047; GÈNY, F., Des droits sur les lettres missives, París, 1911; CASTÁN VÁZQUEZ, El derecho al secreto de la correspondencia epistolar, Anuario de Derecho Civil, Madrid, enero-marzo 1960, ps. 3 y s.; JARDEL, L., La lettre missive, París, 1911; VALERY, J., Des lettres missives, Montpellier, 1912; PLANIOL-RIPERT-PICARD, ed. La Habana, t. 3, nº 580 y sigs.

(nota 2) Véase un buen resumen de estas teorías en COLOMBO, nota en L.L., t. 57, p. 799.

(nota 3) De acuerdo: PLANIOL-RIPERT-PICARD, ed. La Habana, t. 3, nº 582; LLAMBÍAS, t. 2, nº 1632.

(nota 4) De acuerdo: CASTÁN VÁZQUEZ, El derecho al secreto de la correspondencia epistolar, Anuario de Derecho Civil, Madrid, enero-marzo 1960, p. 14.

(nota 5) C. Civil Cap., Sala D, 10/6/1955, L.L., t. 80, p. 7; íd., 6/8/1954, L.L., t. 76, p. 460; Sup. Trib. Entre Ríos, 12/9/1942, J.A., 1943-II, p. 134; de acuerdo: BIBILONI, nota al art. 497 del Anteproyecto; LLAMBÍAS, t. 2, nº 1636; COLOMBO, L.L., t. 57, p. 799, nº 1; en contra: PARRY, J.A., t. 1, p. 782.

(nota 6) Véase, en contra: C. Civil 2ª Cap., 16/11/1939, L.L., t. 16, p. 811.

(nota 7) De acuerdo: COLOMBO, L.L., t. 57, p. 799, nº 1; QUIROGA OLMOS, J.A., 1958-I, p. 72.

(nota 8) C. Civil Cap., Sala D, 8/10/1965, E.D., t. 13, p. 869.

(nota 9) JOFRÉ, cit. por PARRY, J. A., t. 1, p. 784. De acuerdo: LLAMBÍAS, Parte General, t. 2, n° 1635.

(nota 10) C. Civil Cap., Sala A, 28/11/1956, J.A., 1957-III, p. 216; C. Civil Cap., Sala D, 10/6/1955, interlocutorio 26.378 (inédito); C. Civil Cap., Sala D, 9/3/1954; L.L., t. 74, p. 742; Sala D, 8/10/1965, E.D., t. 13, p. 869; Sup. Trib. Entre Ríos, 26/12/1940, L.L., t. 22, p. 369; C. Apel. Rosario, 23/2/1943, R.S.F., t. 3, p. 5; PARRY, J.A., t. 1, p. 783; COLOMBO, nota en L.L., t. 57, p. 806, n° 9. Los autores que han escrito sus obras hace ya algunos años reconocen este derecho solamente al marido, pero no a la mujer. Véase, en este sentido, la arcaica, argumentación de GÈNY, Des droits sur les lettres missives, t. 1, ps. 211 y s., n° 235. Para el concepto jurídico actual, esta distinción resulta a todas luces arbitraria.

(nota 11) PARRY, loc. cit. en nota anterior; JARDEL, La lettre missive, ps. 176 y s.; BUSSO, t. 2, coment. art. 265, n° 101; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 4ª ed., t. 1. n° 1899; JOSSERAND, ed. Buenos Aires, t. 1, vol. 1, n° 1092; LLAMBÍAS, Parte General, t. 2, n° 1295.

(nota 12) CASTÁN VÁZQUEZ, El derecho al secreto de la correspondencia epistolar, Anuario de Derecho Civil, Madrid, enero-marzo 1960, p. 25.

(nota 13) De acuerdo: LLAMBÍAS, Parte General, t. 2, n° 1634; COLOMBO, L.L., t. 57, p. 799, n° 6; S.T. Jujuy, 13/4/1984, E.D., t. 109, p. 229; C. Civil 2ª La Plata, 11/3/1952, J.A., 1952-II, p. 371.

(nota 14) Sup. Corte Buenos Aires, 23/3/1954, L.L., t. 75, p. 394.

(nota 15) C. Civil 1ª Cap., 16/7/1941, L.L., t. 23, p. 697; íd., 8/10/1944, L.L., t. 36, p. 316; C. Civil 2ª Cap., 18/8/1950, L.L., t. 60, p. 44; C. Paz Let. Cap., 27/9/1946, L.L., t. 46, p. 118; íd. 20/9/1940, L.L., t. 20, p. 183; Sup. Corte Buenos Aires, 6/3/1936, L.L., t. 1, p. 783; íd., 29/8/1933, J.A., t. 43, p. 323. En contra, sosteniendo que cualquier carta, aun las no confidenciales, están comprendidas en la prohibición del art. 1036: C. Apel. 2ª La Plata, 11/3/1952, J.A., 1952-II, p. 371; CASTÁN VÁZQUEZ, El derecho al secreto de la correspondencia epistolar, Anuario de Derecho Civil, Madrid, p. 15.

(nota 16) COLOMBO, nota en L.L., t. 57, p. 803, n° 4, in fine; PARRY, en nota en J.A., t. 1, p. 785, donde se cita un viejo fallo de la Cámara Comercial de la Capital en este sentido;

PLANIOL-RIPERT-PICARD, ed. La Habana, t. 3, n° 585; estos autores informan que la Corte de Casación ha resuelto que la apreciación del carácter confidencial de una carta es una cuestión de hecho no sujeta al recurso de casación (fallos citados en p. 507, nota 1).

(nota 17) C. Civil 1ª Cap., 10/11/1943, L.L., t. 33, p. 715; C. Civil 2ª Cap., 16/11/1939, L.L., t. 16, p. 811; C. Com. Cap., 5/9/1935, L.L., t. 5, p. 516.

(nota 18) C. Civil 2ª Cap., 30/9/1921, J.A., t. 7, p. 302; íd., 28/11/1944, J.A., 1945-I, p. 336; C. Com. Cap., 5/9/1935, L.L., t. 5, p. 516.

(nota 19) C. Paz Letrada Cap., 27/9/1946, L.L., t. 46, p. 118.

(nota 20) C. Com. Cap., 31/7/1947, L.L., t. 47, p. 539.

(nota 21) C.S.N., 10/11/1943, L.L., t. 32, p. 920 Ver Texto Ver Texto Ver Texto Ver Texto Ver Texto Ver Texto .

(nota 22) C. Apel. 1ª La Plata, 13/6/1944, J.A., 1944-II, p. 797.

(nota 23) Los Tribunales de la Capital han admitido la presentación de cartas dirigidas por los contraparte a sus propios mandatarios, lo que importa una indiscutible violación del secreto de la correspondencia privada y un claro desconocimiento del art. 1036 Ver Texto , Cód. Civ., pues el mandatario de una de las partes es indiscutiblemente tercero respecto de la contraria. Los siguientes fallos incurrir en esta evidente confusión de conceptos: C. Civil 1ª Cap., 23/4/1931, J.A., t. 37, p. 668; íd., 13/8/1947, L.L., t. 47, p. 778; C. Civil 2ª Cap., 18/12/1939, L.L., t. 17, p. 529.

(nota 24) C. Civil 1ª Cap., 10/11/1943, L.L., t. 33, p. 715.

(nota 25) Véase jurisprudencia y doctrina citadas en nota 1481.

(nota 26) C. Civil 2ª Cap., 16/11/1939, L.L., t. 16, p. 811.

(nota 27) Sup. Corte Buenos Aires, 23/3/1954, L L., t. 75, p. 394.

(nota 28) C. Civil 2ª Cap., 12/12/1941, G.F., t. 156, p. 148.

(nota 29) C.S.N., 8/4/1897, Fallos, t. 67, p. 182, íd., 26/12/1941, Fallos, t. 191, p. 519; C. Civil 1ª Cap., 28/8/1939, L.L., t. 15, p. 990; C. Civil 2ª Cap., 7/8/1931, J.A., t. 36, p. 509.

(nota 30) C. Civil 2ª Cap., 7/8/1931, J.A., t. 36, p. 509; íd., 12/12/1941, G.F., t. 156, p. 148.

1118/10480

### § 3.— Instrumentos públicos

1118/10490

## A.— CONCEPTO E IMPORTANCIA

1118/964

964. DEFINICIÓN.— Según la definición clásica, instrumento público es el otorgado con intervención de un oficial público, con las formalidades que la ley establece (ver nota 1).

Es, a nuestro juicio, un concepto erróneo. En el artículo 979 Ver Texto se enumeran varios instrumentos en los que no interviene un oficial público y a los cuales la ley les reconoce expresamente este carácter (incs. 3º, 8º y 9º). En verdad lo que confiere a un instrumento la calidad de público es su autenticidad: a diferencia de los privados prueban per se la verdad de su otorgamiento, sin necesidad de reconocimiento de la firma que lo suscribe. Esa fe pública que merecen estos instrumentos deriva ordinariamente de la intervención de un oficial público, aunque a veces basta con el cumplimiento de ciertas formalidades a las que están sometidos por la ley; todo lo cual les confiere una seguridad y seriedad muy superiores a las que puedan ofrecer los privados. Por ello la ley les atribuye autenticidad, ya entre las partes o con relación a terceros; poseen fuerza ejecutiva, su fecha es considerada cierta y la copia de ellos legalmente extraída, tiene el mismo valor que los originales.

(nota 1) Así lo definen SALVAT, nº 1886; LLAMBÍAS, Parte General, t. 2, nº 1638; CASTÁN TOBEÑAS, Parte General, p. 727; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, t. 2, nº

376; etc. Así también lo habíamos definido en nuestras dos primeras ediciones (núm. 964), pero una nueva reflexión del tema nos ha impuesto una rectificación.

1118/965

965. REQUISITOS.— Los requisitos que deben llenar los instrumentos públicos son los siguientes:

a) Intervención de un oficial público; hemos dicho ya que ordinariamente interviene en el otorgamiento de este tipo de instrumento un oficial público, si bien este recaudo suele ser suplido a veces con el cumplimiento de ciertas formalidades que garanticen la seriedad y seguridad propias de este medio de prueba.

El oficial público debe estar legalmente nombrado por la autoridad competente; pero la falta en su persona de las cualidades o condiciones necesarias para el nombramiento o las funciones de que se encuentre revestido, no quita a sus actos el carácter de instrumentos públicos (art. 982 Ver Texto ). Bien o mal nombrado, el oficial obra en este carácter mientras no se lo renueva. No es posible sancionar con una nulidad, que perjudicaría a los particulares inocentes, un acto que emana de quien fue investido por el Estado con la función pública. Sin contar con que, en cada caso, se obligaría a las partes a una investigación prácticamente imposible de las condiciones personales del funcionario, pues sólo así estarían seguras de sus derechos.

1118/966

966.— El oficial suspendido, destituido o reemplazado en sus funciones queda privado, naturalmente, de autorizar instrumentos públicos; pero son válidos los actos otorgados antes de la noticia de la cesación de sus funciones (art. 983 Ver Texto , Cód. Civ.). No basta, sin embargo, una noticia privada o extraoficial de que ello ha ocurrido (ver nota 1), sino que es necesaria la notificación oficial, hecha por autoridad competente. En el mismo caso se encuentra la renuncia, pero sólo desde que ha sido aceptada, pues antes no puede abandonar sus tareas, sin incurrir en graves sanciones, inclusive de carácter penal (art. 252 Ver Texto , Cód. Pen.).

1118/967

967. b) Competencia del oficial público.— No es suficiente la designación legal del oficial público; es preciso, además, que sea competente. Debe obrar dentro de los límites de sus atribuciones, no sólo respecto de la naturaleza del acto, sino también dentro del territorio que se le ha asignando para el ejercicio de sus funciones (art. 980 Ver Texto , Cód. Civ.).

La competencia territorial significa que el oficial ha de actuar dentro de dichos límites físicos. De ahí la necesidad de hacer constar en el cuerpo del acto el lugar en que se celebra (art. 1001 Ver Texto ). En cambio, es indiferente que las partes residan o no en él (ver nota 2). Así, por ejemplo, es perfectamente válida una escritura celebrada en La Plata para vender una casa ubicada en Córdoba, cualquiera sea el domicilio de las partes.

Empero, cabe hacer una salvedad importante, establecida en el artículo 981 Ver Texto : Son sin embargo válidos, los instrumentos hechos por funcionarios fuera del distrito señalado para sus funciones, si el lugar fuese generalmente tenido como comprendido en el distrito. Se prevé así la hipótesis de un error común, que puede provenir de la vecindad de los lugares, de la incertidumbre de los límites o de otras causas (ver nota 3), error tanto más probable en países como el nuestro, con muchas cuestiones de límites interprovinciales aún no resueltas.

Pero, naturalmente, habrá que determinar si fue o no verosímil el error, y ello será cuestión de hecho, que el magistrado deberá resolver en cada caso (ver nota 4).

1118/968

968. c) Incompatibilidad por interés directo o parentesco.— Aunque el oficial público estuviera designado regularmente y fuera competente, no puede autorizar actos en los que tenga interés personal o lo tengan sus parientes dentro del cuarto grado; y si lo hiciera, el acto es nulo (art. 985 Ver Texto , Cód. Civ.). Dentro de la incompatibilidad legal están comprendidos todos los parientes, sean consanguíneos o afines (ver nota 5); la ley ha querido asegurar la imparcialidad del oficial público al establecer la prohibición. Por esta misma razón consideramos que si los parientes actúan como simples mandatarios o representantes, sin tener un interés personal en el acto, no rige la prohibición legal (ver nota 6); pero el propio oficial público no podría autorizar un acto en el que él mismo intervenga como representante de un tercero.

La Suprema Corte de Buenos Aires ha resuelto que es nula la escritura de compraventa de un inmueble a favor de la concubina del escribano, porque en la realidad de la vida existe entre concubinos un goce promiscuo de los bienes comunes, lo que hace que el escribano tenga interés en la operación, sobre todo si ambos se daban públicamente trato de esposos (ver nota 7).

En su último párrafo, el artículo 985 Ver Texto dispone que si los interesados lo fueren sólo por tener parte en sociedades anónimas, o ser gerentes o directores de ellas, el acto será válido. Ello porque se trata de entidades que constituyen una persona distinta de sus socios. Extender la incompatibilidad a este caso, hubiera sido extremar el rigor legal. Va de suyo que aunque la ley se refiere sólo a sociedades anónimas, la misma solución ha de aplicarse al supuesto de toda otra persona jurídica.

(nota 1) En este sentido: FREITAS (art. 693, inc. 2º), fuente de nuestro artículo; LLERENA, nota al art. 983; MACHADO, t. 3, p. 225; SALVAT, Parte General, 5ª ed., nº 1927; AUBRY y RAU, 4ª ed., t. 8 § 755, a); BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Obligations, t. 3, nº 2073; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, ed. La Habana, t. 7, p. 780; BONNIER, t. 2, nº 472.

(nota 2) De acuerdo: SALVAT, Parte General, nº 1922 y 1923; MACHADO, t. 3, p. 222, nota; LLERENA, t. 2, coment. art. 981.

(nota 3) FREITAS, art. 695, nº 2.

(nota 4) Véase SALVAT, Parte General, 5ª ed., nº 1921; MACHADO, t. 3, p. 223, nota.

(nota 5) De acuerdo: SALVAT, Parte General, 5ª ed., nº 1928; LLERENA, nota al art. 985; LLAMBÍAS, Parte General, t. 2, nº 1643, En cambio, SEGOVIA, nota al art. 985, excluye a los colaterales; y MACHADO, t. 3, ps. 226 y s., excluye a los naturales, salvo el caso de que se encuentren comprendidos dentro de la obligación de prestarse alimentos; entendemos que estas distinciones carecen de toda base lógica y legal. Va de suyo que también está comprendido en la prohibición el cónyuge (Tratado de Anteproyecto, art. 434 y Proyecto de 1936, art. 241, inc. 2º).

(nota 6) De acuerdo: SALVAT, Parte General, 5ª ed., nº 1930; LLERENA, nota al art. 985.

(nota 7) Sup. Corte Buenos Aires, 3/8/1954, L.L., t. 76, p. 640.

969. d) Cumplimiento de las formalidades legales.— Finalmente es requisito ineludible que se hayan llenado las formas prescriptas por las leyes, bajo pena de nulidad (art. 986 Ver Texto , Cód. Civ.).

Estas formalidades varían según el instrumento público de que se trate. Empero hay una, la firma, que es común a casi todos, y que reviste una importancia particular. En ese sentido, dispone el artículo 988 Ver Texto que: El instrumento público requiere esencialmente para su validez que esté firmado por todos los interesados que aparezcan como parte en él. Si alguno o algunos de los cointerésados solidarios o meramente mancomunados no lo firmasen, el acto sería de ningún valor para todos los que lo hubiesen firmado.

Es indispensable, por consiguiente, la firma de todos los interesados que aparezcan en él; la omisión de cualquiera de ellos da lugar a la nulidad del instrumento público, que, sin embargo, en ciertos casos, podrá valer como privado (art. 987 Ver Texto ).

No basta que el oficial público exprese que el no firmante estuvo presente en el acto y dio su consentimiento; una elemental garantía destinada a impedir posibles fraudes o colusiones del oficial con la otra parte impone la sanción de la nulidad. Pero, además, ese instrumento ni siquiera puede ser invocado por el que no firmó contra el que firmó, pues de lo contrario los no firmantes podrían más tarde hacer valer o repudiar el instrumento público según sus conveniencias. La falta de una de las firmas significa que el acto no fue concluido, y por lo tanto no obliga a nadie.

Puede ocurrir, sin embargo, que la parte no sepa o no pueda firmar; en tal caso, el oficial público dejará constancia de ello, y será necesario que otra persona firme en su nombre (art. 1001 Ver Texto , Cód. Civ.). En los testamentos por acto público es menester expresar la causa por la cual no se sabe o no se puede firmar (art. 3662 Ver Texto , Cód. Civ.). Por excepción, algunos instrumentos públicos no requieren la firma de las partes (art. 979 Ver Texto , incs. 7º a 9º, y testimonios de escrituras públicas, actuaciones judiciales, etc.).

En lo que atañe a la formalidad de los testigos, remitimos a los números 1032 y siguientes.

1118/970

970. ENMIENDAS, BORRADURAS, ETCÉTERA.— Las enmiendas, palabras entre líneas, borraduras o alteraciones en partes esenciales, como la fecha, nombres, cantidades, cosas, etcétera, deben ser salvadas al final y antes de la firma; de lo contrario, el instrumento público es anulable (art. 989 Ver Texto , Cód. Civ.).

Si la enmiendas no salvadas no afectan partes esenciales, el instrumento será válido. La salvedad deberá hacerse de puño y letra del oficial, como garantía de la seriedad de las correcciones. La ley no ha especificado qué debe entenderse por partes esenciales; es pues una cuestión que queda librada a la apreciación judicial.

1118/10500

## B.— ENUMERACIÓN LEGAL

1118/971

971. EL ARTÍCULO 979.— En el artículo 979 Ver Texto se enumeran las distintas clases de instrumentos públicos. Se consideran tales:

1118/972

972.— 1º Las escrituras públicas hechas por escribanos públicos en sus libros de protocolo, o por otros funcionarios con las mismas atribuciones, y las copias de esos libros sacadas en la forma que prescribe la ley. Esta es la especie más importante de los instrumentos públicos, cuyo estudio haremos en los números 999 y siguientes.

1118/973

973.— 2º Cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado. No todos los actos autorizados por escribanos son escrituras públicas, puesto que éstas requieren ser extendidas en el protocolo; pero las diligencias realizadas por aquéllos fuera de ese libro, tienen siempre carácter de instrumentos públicos, si hubieran guardado las formas prescriptas por la ley. Ejemplos: el inventario judicial, el acta que el escribano debe labrar en la cubierta del testamento cerrado (art. 3666 Ver Texto , Cód. Civ.), el acta de un sorteo de lotería (ver nota 1).

También tienen este carácter los instrumentos autorizados u otorgados por los funcionarios públicos, dentro de sus atribuciones legales y con las formalidades requeridas en cada caso.

974.— La enumeración de hipótesis comprendidas en este último concepto es prácticamente ilimitada. Veamos algunas importantes (ver nota 2). Son instrumentos públicos los testamentos especiales otorgados ante los oficiales con grado de capitán por lo menos, intendentes o auditores en tiempos de guerra (art. 3672 Ver Texto ), ante los capellanes o médicos (art. 3676 Ver Texto ), ante los comandantes de buques (art. 3679 Ver Texto ), sus segundos o pilotos (art. 3683 Ver Texto ), ante los municipales o jefes de lazareto (art. 3689 Ver Texto ); las partidas de Registro Civil o de los Registros Parroquiales (ver nota 3) (en este último caso sólo si se trata de asientos anteriores a la vigencia de las leyes locales sobre Registro Civil; véase núm. 985) y las otorgadas ante los cónsules o ministros acreditados en el extranjero en caso de urgencia (ley 4712, art. 14 y ley 4711, art. 19 ); las actas de las sesiones de ambas Cámaras Legislativas, las resoluciones que tomen sus autoridades (ver nota 4); los decretos, resoluciones, etcétera, del Presidente, Ministros, Jefes de Repartición, etcétera; las actas de funcionarios de la Dirección General Impositiva o inspectores fiscales (ver nota 5); los billetes de lotería (ver nota 6); las actas de los Directores del Registro de la Propiedad y los informes expedidos por sus encargados (ver nota 7); las facturas consulares (ver nota 8); los recibos de reparticiones públicas (ver nota 9); las resoluciones judiciales y demás diligencias que se realicen dentro de los expedientes, inclusive los oficios librados por los jueces (ver nota 10); las notificaciones (ver nota 11) y la documentación agregadas a ellas mientras no sea argüida de falsedad (ver nota 12); los telegramas con constancia de diligenciamiento de su entrega al portero de la finca (ver nota 13); los telegramas colacionados (ver nota 14); los escritos presentados por las partes una vez incorporados al expediente y asentado el cargo por el escribano (ver nota 15); la cédula de identidad (ver nota 16); las certificaciones expedidas por autoridad competente (ver nota 17); las facturas consulares (ver nota 18); las boletas de depósitos judiciales (ver nota 19); las resoluciones de la Corte Suprema como Tribunal de Superintendencia, etcétera. Es obvio que esta jurisprudencia se aplica tanto a actos emanados de funcionarios nacionales, como provinciales y municipales.

En cambio, se ha negado el carácter de instrumento público a la certificación puesta al pie de un instrumento privado por un escribano público, de que las firmas que lo suscriben son auténticas (ver nota 20); a los certificados de buena conducta (ver nota 21); a las actas de examen (ver nota 22).

975.— 3º Los asientos en los libros de los corredores, en los casos y en la forma que determine el Código de Comercio. El Código de Comercio, por su parte, sólo reconoce a tales asientos el carácter de instrumentos públicos en una oportunidad: el artículo 1201 Ver Texto dice que la póliza de fletamento valdrá como instrumento público si ha sido hecha con intervención de corredor marítimo o, en su defecto, en presencia de escribano y testigo,

aunque no esté protocolizado. Fuera de este supuesto los asientos de los corredores no son instrumentos públicos (ver nota 23).

1118/976

976.— 4º Las actas judiciales hechas en los expedientes por los respectivos escribanos y firmadas por las partes, en los casos y en las formas que determinen las leyes de procedimientos; y las copias que de esas actas se sacasen por orden del juez ante quien pasaron. La ley alude en este inciso a las actas judiciales, pues los actos emanados de los funcionarios del Poder Judicial están comprendidos en el inciso 2º (véase núm. 973).

1118/977

977.— Los escribanos, de que habla la ley, son los secretarios del juez, que desempeñan funciones de fedatarios. Aunque la ley dice que las actas deben ser hechas por ellos, se entiende que basta con que las autoricen, pues en la práctica la confección material por el propio secretario sería imposible y se hace siempre por el personal inferior de la oficina.

Las actas deben estar firmadas por las partes; si no supieren o no pudieren hacerlo, hay que dejar constancia de ello. ¿Y si los intervinientes —absolventes o testigos— se negasen a firmar? En tal caso, el secretario deberá dejar constancia de la negativa, pero el acto es válido, pues de lo contrario podrían desvirtuarse a voluntad y de mala fe, las diligencias de prueba que no convinieran. Las copias deben ser ordenadas por el juez y sacadas por el secretario; pero si el expediente estuviera ya archivado, puede extraerlas el Jefe del Archivo de Tribunales a requerimiento de cualquier juez (art. 305 , ley 1899).

1118/978

978.— 5º Las letras aceptadas por el gobierno o sus delegados, los billetes o cualquier título de crédito emitido por el tesoro público, las cuentas sacadas de los libros fiscales, autorizadas por el encargado de llevarlas. El fundamento de este inciso es evidente: facilitar las negociaciones del Estado con los particulares, y afianzar el crédito público, dando autenticidad a las obligaciones que aquél emite o acepta. Por gobierno debe entenderse tanto el nacional, como el provincial o municipal.

1118/979

979.— El inciso comprende tres hipótesis:

a) Las letras aceptadas por el gobierno o sus delegados; desde luego, también son instrumentos públicos las giradas por aquél (art. 979, inc. 2º) (ver nota 24).

b) Los billetes o cualquier título de crédito emitidos por el tesoro público, tales como un empréstito, un título de deuda pública legalmente emitido (ver nota 25).

c) Las cuentas sacadas de los libros fiscales; pero para que tengan carácter de instrumentos públicos debe haber obrado el Estado como poder administrador y no como persona de derecho privado; y las recaudaciones han de relacionarse con el cobro de rentas de la Nación (ver nota 26).

1118/980

980.— ¿Las cuentas de afirmados de calles son instrumentos públicos? Si la obra ha sido hecha directamente por la Municipalidad, ninguna duda cabe de que las cuentas emitidas por ella tienen ese carácter. Pero, por lo general, se realizan por medio de contratistas particulares, que quedan autorizados a recibir de los propietarios frentistas el importe de las tasas; en este supuesto, creemos que las cuentas no son instrumentos públicos. En efecto: no se las extrae de ningún libro fiscal, sino de los libros de contabilidad de las empresas; se trata de capitales privados y no de rentas del Estado. El hecho de que estén visadas por un funcionario, no significa que emanen de él (en cuyo caso sería de aplicación el inc. 2º), sino simplemente que su importe está aprobado por la Municipalidad. Tampoco es decisivo que estas cuentas tengan fuerza ejecutiva, porque también la tienen los pagarés, que no son, por cierto, instrumentos públicos (ver nota 27).

1118/981

981.— 6º Las letras de particulares dadas en pago de derechos de aduana con expresión o con la anotación correspondiente de que pertenecen al tesoro público. Este medio de pago de los derechos de aduana ha caído ya en desuso; el Estado sólo acepta el pago al contado, como todos los impuestos.

1118/982

982.— 7º Las inscripciones de la deuda pública, tanto nacionales como provinciales. Y cabría añadir también las municipales. Este inciso importa una repetición del 5º, en el que se habla de los billetes o títulos de crédito.

1118/983

983.— 8º Las acciones de las compañías autorizadas especialmente, emitidas de conformidad a sus estatutos. Se otorga carácter de instrumentos públicos a tales acciones, para facilitar el crédito de las sociedades anónimas o en comandita, y porque, por hallarse estrechamente vigiladas por el Estado, ofrecen una eficaz garantía de autenticidad en cuanto a los títulos que emiten.

1118/984

984.— 9º Los billetes, libretas, y toda cédula emitida por los bancos, autorizados para tales emisiones. Como en el caso anterior, se desea facilitar el crédito de las instituciones bancarias. En cuanto a los billetes (o dinero papel), actualmente sólo está autorizado para emitirlos el Banco Central.

1118/985

985.— 10º Los asientos de los matrimonios en los libros parroquiales, o en los registros municipales, y las copias sacadas de esos libros o registros. Es obvio que, aunque el texto hable sólo de los asientos de los matrimonios, también son instrumentos públicos los asientos de nacimientos y defunciones, pues no habría razón alguna para establecer una distinción entre ambos casos. Creemos, sin embargo, que los asientos parroquiales, sólo tienen ese carácter si pertenecen a la época anterior a la organización del Registro Civil, pues aquélla era la única prueba del estado civil de las personas en el momento de la sanción del Código y era lógico que se los considerara instrumentos públicos (véase núm. 422). En cuanto a los asientos en los libros del Registro Civil, trátase de matrimonios, nacimientos, defunciones, reconocimiento de hijos extramatrimoniales, cambio de nombre, etcétera, su carácter de instrumento público deriva del inciso 2º.

(nota 1) Sup. Corte Tucumán, 12/12/1942, L.L., t. 28, p. 759.

(nota 2) Véase una importante reseña jurisprudencial en L.L., Diario del 13/12/1974.

(nota 3) C. Civil 2ª Cap., 9/11/1944, L.L., t. 36, p. 668; Sup. Trib. San Luis, 18/11/1943, L.L., t. 33, p. 325.

(nota 4) SALVAT, Parte General, 5ª ed., ps. 777-778, n° 1892.

(nota 5) C. Com. Cap., 19/12/1947, G.F., t. 191, p. 325; íd., 20/10/1948, L.L., t. 53, p. 323.

(nota 6) C. Crim. Cap. en pleno, 28/6/1946, L.L., t. 43, p. 290.

(nota 7) C. Civil 1ª Cap., 25/4/1934, J.A., t. 46, p. 220.

(nota 8) C. Fed. Cap., 22/4/1936, L.L., t. 2, p. 518.

(nota 9) C. Com. Cap., 29/11/1935, J.A., t. 52, p. 564.

(nota 10) C. Civil 1ª Cap., 12/8/1942, L.L., t. 27, p. 763; Sup. Corte Tucumán, 20/9/1942, L.L., t. 28, p. 613. Contra: C. Civil 1ª Cap., 19/6/1944, L.L., t. 35, p. 37; íd., 10/9/1948, L.L., t. 50, p. 61.

(nota 11) C. Civil 2ª Cap., 24/8/1944, L.L., t. 35, p. 783; íd., 13/8/1948, G.F., t. 194, p. 208; C. Com. Cap., 27/10/1943, G.F., t. 167, p. 72; C. Paz Let. Cap., 6/8/1945, L.L., t. 40, p. 706.

(nota 12) C. Civil Cap., Sala C, 16/11/1967, L.L., t. 131, p. 1134, 17.854-S; C. 1ª Apel. La Plata, 9/8/1966, L.L., t. 124, p. 539.

(nota 13) C. Civil Cap., Sala C, 20/12/1961, J.A., 1962-V, p. 425.

(nota 14) C. Civil Cap., Sala A, 9/10/1979, L.L., 1980-A, p. 122.

(nota 15) C. Fed. Tucumán, 19/8/1942, L.L., t. 29, p. 584; en contra: C. Crim. Cap., 19/9/1930, J.A., t. 34, p. 257.

(nota 16) C. Crim. Correc. Cap., 6/4/1965, L.L., t. 119, p. 940; C. Fed. Cap., 15/9/1970, L.L., t. 142, p. 358; C. Trab. Cap., 1/4/1968, L.L., t. 131, p. 940; C. Apel. Rosario,

3/8/1938, L.L., t. 11, p. 703. En contra: C. Civil 2ª Cap., 22/4/1925, J.A., t. 15, p. 579; C. Paz Cap., 15/12/1941, J.A., 1942-I, p. 828.

(nota 17) C. Com. Cap., Sala A, 14/3/1968, L.L., t. 132, p. 179; C. Fed. Cap., 18/4/1969, L.L., t. 135, p. 784 (certificado de la Dirección de Migraciones); C. Paz Rosario, 23/12/1968, Rep., L.L., t. 30, p. 955, sum. 9 (certificado de vecindad expedido por la policía); C. Fed. Cap., 24/7/1968, L.L., t. 134, p. 1049, 20.105-S (certificado de Aduana).

(nota 18) C. Fed. Cap., 29/7/1969, L.L., t. 137, p. 747, 22.769-S; íd., 29/7/1969, L.L., t. 136, p. 554.

(nota 19) C.S.N., 10/5/1951, L.L., t. 63, p. 209 Ver Texto Ver Texto , con interesante reseña jurisprudencial.

(nota 20) Sup. Corte Salta, 7/4/1965, L.L., t. 118, p. 797.

(nota 21) C. Crim. Cap., 5/5/1937, L.L., t. 6, p. 594.

(nota 22) C. Fed. Cap., 3/10/1930, J.A., t. 32, p. 578.

(nota 23) SEGOVIA, nota 3 al art. 979; MACHADO, t. 3, ps. 216 y s., nota; SALVAT, Parte General, 5ª ed., nº 1895.

(nota 24) SALVAT, Parte General, 5ª ed., nº 1902; MACHADO, t. 3, n. 218.

(nota 25) Sup. Trib. Santa Fe, en pleno, 6/6/1946, Rep. L.L., t. 9, p. 661, sum. 7.

(nota 26) C.S.N., 7/3/1918, J.A., t. 1, p. 140; C. Fed. Bahía Blanca, 21/12/1939, L.L., t. 18, p. 375; C. Fed. La Plata, 14/6/1940, L.L., t. 19, p. 146. De acuerdo: SALVAT, Parte General, 5ª ed., nº 1905.

(nota 27) De acuerdo: SALVAT, Parte General, 5ª ed., nº 1907; LLAMBÍAS, Parte General, t. 2, nº 1662; contra: C. 2ª Apel. La Plata, 12/4/1940, L.L., t. 18, p. 1082; íd., 30/3/1943, L.L., t. 31, p. 215.

1118/10510

## C.— FUERZA PROBATORIA

1118/986

986. AUTENTICIDAD DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS.— Los instrumentos públicos gozan de autenticidad vale decir, prueban su contenido por sí mismos sin necesidad de reconocimiento previsto por la parte interesada, como es menester en los privados (arts. 993 Ver Texto y sigs., Cód. Civ.).

Este privilegio singular se justifica plenamente. Ellos emanan ordinariamente de un oficial público, llevan su sello y su firma que, por ser conocida, puede legalizarse fácilmente; están sujetos a severas formalidades; en fin, quien se aventure a falsificarlos, y particularmente si es el oficial público, es pasible de graves sanciones de carácter penal. Parece lógico, por lo tanto, confiar en su autenticidad. Y al atribuírsela, la ley contempla una sentida necesidad social. Es necesario contar en las relaciones jurídicas con algo que merezca fe por sí mismo, sin necesidad de demostración; algo que deba ser creído, que asegure a quien lo otorgó conforme a la ley que cuando precise esgrimirlo en defensa de su derecho le será útil de inmediato, sin que deba soportar la siempre pesada carga de la prueba. De no existir documentos dotados de autenticidad, se introduciría un factor de zozobra y de inseguridad en el mundo de los negocios, con el consiguiente retraimiento de los interesados (ver nota 1).

(nota 1) Véase sobre este punto, DEMOLOMBE, t. 29, n° 270.

1118/987

987. VALOR PROBATORIO DE SUS CLÁUSULAS O ENUNCIACIONES.— No obstante la autenticidad de los instrumentos públicos, no todas sus cláusulas gozan de la misma fe. La ley distingue, con acierto, tres situaciones distintas:

1118/988

988. a) Hechos cumplidos por el oficial público o pasados en presencia suya.— Respecto de ellos, el instrumento público hace plena fe hasta que sea argüido de falso por acción civil o criminal (art. 993 Ver Texto , Cód. Civ.). Se comprende que así sea porque, en este caso, es el propio oficial quien da fe de lo que ha hecho, visto u oído. Si el instrumento público ha de ser un factor de seguridad jurídica, no pueden destruirse estas afirmaciones por simple prueba en contrario; por ello la ley exige un procedimiento especial, en el que se debate plenamente el asunto: la querella de falsedad o el incidente planteado en el juicio civil para que se declare la falsedad. Sólo declarada ésta, queda desvirtuada la prueba de aquellos hechos.

1118/989

989.— Decidida a impugnar un instrumento público, la persona interesada —sea la parte o un tercero— puede elegir la vía criminal o la civil. Elegida la primera y obtenida la condenación del oficial público, esta sentencia hace cosa juzgada en lo civil en lo que atañe a la falsedad. Pero también puede elegir la vía civil; en tal caso, generalmente se planteará por incidente, cuyo procedimiento está legislado en los artículos 175 Ver Texto a 187, Código Procesal. Sin embargo, creemos que, dados los términos del artículo 993 Ver Texto , Código Civil, también puede plantearse por vía de acción (ver nota 1), si bien en la práctica será difícil que ésta se intente, pues quien tiene interés en obtener una declaración de falsedad y no está urgido a hacerlo en un juicio ya planteado (en cuyo caso, deberá promover el correspondiente incidente) elegirá siempre la acción criminal mucho más eficaz en la averiguación de las maniobras delictuosas.

Pero la redargución de falsedad no puede intentarse en el juicio ejecutivo (ver nota 2) porque se correría el riesgo de desvirtuar el carácter sumarísimo de este juicio. Sin embargo, si la falsedad resultara prima facie muy clara o muy probable, consideramos que el juez puede sustanciar el incidente si los daños pudieran ser muy graves o irreparables.

La acción de falsedad de un instrumento público debe dirigirse contra todos los intervinientes en el acto, inclusive el escribano otorgante (ver nota 3).

En principio, la querella o el incidente de falsedad son, pues, indispensables para impugnar la verdad de los hechos cumplidos por el oficial o pasados en su presencia. Pero ¿qué ocurre si la falsedad quedase plenamente demostrada en un juicio civil, aunque no se la hubiere planteado en la forma legal? La doctrina se inclina por considerar que esta prueba es siempre insuficiente (ver nota 4); por nuestra parte pensamos que si la prueba es irrecusable, indubitable, el juez no podrá cerrar los ojos a esa realidad y tener por cierto lo que está demostrado que es falso. Inclusive puede darse el caso de que se presenten dos instrumentos públicos que impliquen necesariamente la falsedad de uno u otro. Es obvio que, en tal caso, el juez tendrá que decidirse por uno de ellos, lo que supone tener por falso el otro.

1118/990

990.— ¿Hasta qué momento hace plena fe el instrumento público? ¿Bastará que se lo arguya de falso o es necesario que se lo declare tal? El artículo 993 Ver Texto , Código Civil, alude al momento en que sea argüido de falso, pero resulta excesivo atenerse rígidamente a estas palabras en todos los casos, pues bastaría a un deudor de mala fe o a cualquier persona imposibilitada de cumplir una obligación, aventurarse en una redargución de falsedad para paralizar los efectos del instrumento público. Por eso creemos adecuado dejar a los jueces en libertad para que, según las circunstancias del caso, admitan o no la suspensión de los efectos. Así lo había propuesto explícitamente BIBILONI en el artículo 442 del Anteproyecto (ver nota 5).

(nota 1) De acuerdo: C. Apel. Santa Fe, 11/3/1965, Rep. L.L., t. 28, p. 1565, sum. 33. Aunque muy lacónicos, parecen ser de esta opinión: SALVAT, Parte General, 5ª ed., nº 1973, y ALSINA, Tratado de Derecho Procesal, t. 2, p. 332, d).

(nota 2) C. Civil Cap., Sala D, 20/10/1967, L.L., t. 130, p. 698, 17.009-S.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala C, 5/3/1975. L.L., 1975-B, p. 747, en que se citan dos fallos coincidentes de las Salas A y B; Sala D, 23/11/1977, L.L., 1978-B, p. 456.

(nota 4) CHIOVENDA, Instituciones de Derecho Procesal Civil, t. 3, nº 345 y 346; BONNIER, Traité des preuves, t. 2, ps. 183-184, nº 606, quien lo considera imposible, aunque mediara consentimiento de ambas partes. En cambio se inclina por la opinión que sostenemos en el texto la C. Trab. Cap. 20/12/1967. L.L., t. 133, p. 1019, 19.638-S, que la argución de falsedad no es un acto solemne ni está sometida a fórmulas sacramentales.

(nota 5) Véase también la nota correspondiente. De acuerdo: LLAMBÍAS, Derecho Civil, Parte General, t. 2, nº 1674. El art. 76 de la ley 50, sobre procedimiento en lo federal, dispone que, mediando proceso criminal, si fuera necesario esperar el pronunciamiento de éste para fallar el civil, se suspenderá hasta que recaiga sentencia en aquel fuero.

1118/991

991.— La fe debida a la palabra del oficial público no se extiende a todas sus afirmaciones, sino solamente a lo que él ha hecho, visto u oído, por suceder en su presencia y en el

ejercicio de sus funciones. Así, por ejemplo, las apreciaciones personales del funcionario, tales como las referentes al estado de la salud de las personas (que son comunes en los testamentos) o los informes de los empleados administrativos, no precisan ser atacadas mediante redargución de falsedad, y basta la simple prueba en contrario. El oficial no es un perito y sus juicios son susceptibles de error. De ahí que la ley no les atribuya valor definitivo, aun cuando el juez puede tenerlos en cuenta como simples presunciones (ver nota 1).

1118/992

992.— Tampoco es necesario argüir de falsedad cuando se ataque un hecho como simulado, sin poner en duda la veracidad del oficial público (ver nota 2); tal, por ejemplo, la entrega de una suma de dinero hecha en presencia del escribano como precio de una venta fingida. La circunstancia de que el oficial público afirme que el precio se pagó en su presencia, no significa que dicho acto sea real, pues el comprador simulado puede muy bien haber entregado el precio en presencia del escribano y luego de concluido el acto, el vendedor simulado devolverlo.

(nota 1) C. Civil Cap., Sala A, 28/11/1952, L.L., t. 71, p. 380; nota de VÉLEZ al art. 993; SALVAT, Parte General, 5ª ed., n° 1971, nota 98; LLAMBÍAS, t. 2, n° 1672; MACHADO, t. 3, p. 241, nota; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, t. 3, n° 2078; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, ed. La Habana, t. 7, n° 1452; JOSSERAND, ed. Buenos Aires, t. 2, vol. 1, n° 182; BONNIER, Traité des preuves, t. 2, p. 64, n° 507; LESSONA, Prueba en Derecho Civil, t. 3, n° 322; CHIOVENDA, Instituciones, t. 3, p. 250; LAURENT, t. 19, p. 132, quien dice que ni siquiera valdría como testimonio por no haberse prestado con las formalidades que la ley requiere.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala A, 3/3/1966, L.L., t. 122, p. 212; Sala E, 22/6/1965, L.L., t. 120, p. 937, 12.752-S; Sup. Corte Buenos Aires, 9/12/1964, Rep. L.L., t. 30, p. 956, sum. 20; C.S. Salta, 23/6/1964, L.L., t. 115, p. 659.

1118/993

993. b) Manifestaciones de las partes.— Las manifestaciones de las partes relativas a haberse ejecutado el acto, las convenciones, disposiciones, pagos, etcétera, hacen fe (art. 994 Ver Texto, Cód. Civ.), pero basta simple prueba en contrario.

Adviértase bien que no se trata del hecho material de que las manifestaciones hayan sido o no formuladas, pues sobre esto el oficial público da fe que ha ocurrido en su presencia, y prueba hasta su destrucción por querrela de falsedad; sino de la verdad o sinceridad del contenido de esas declaraciones. Pueden las partes manifestar ante el escribano que celebran un contrato de compraventa de un inmueble, pero tratarse de una donación encubierta bajo la apariencia de una compraventa. Para demostrarlo, no es menester la querrela de falsedad, bastando la simple prueba de ello.

Pero mientras no se haya probado la falsedad o la simulación, estas manifestaciones hacen fe entre las partes y respecto de terceros. Es necesario advertir que, en este punto, el valor probatorio de los instrumentos públicos, no difiere de los privados, debidamente reconocidos (art. 1026 Ver Texto , Cód. Civ.). También éstos hacen plena fe, no sólo entre las partes, sino respecto de terceros, una vez adquirida fecha cierta (véase núm. 939).

Es con este alcance que debe entenderse el artículo 994 Ver Texto , según el cual los instrumentos públicos hacen plena fe, no sólo entre las partes, sino contra terceros, en cuanto al hecho de haberse ejecutado el acto, de las convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos, etcétera, contenidos en ellos. Es a nuestro juicio una redacción deficiente que induce a atribuir a estos instrumentos una fuerza probatoria mayor de la que tienen y pueden tener. En suma, tanto los instrumentos públicos como los privados que tienen fecha cierta crean una apariencia, válida legalmente en tanto algún interesado (sea una de las partes o un tercero) no la destruya probando su falsedad.

1118/994

994. c) Simples enunciaciones.— Tradicionalmente se ha hecho en doctrina una distinción entre disposiciones y simples enunciaciones de un instrumento, sea público o privado. Las primeras son aquellas estipulaciones sobre las que recae el acuerdo de voluntades o de voluntad unilateral, si se tratase de un acto de esta naturaleza; las segundas, son expresiones incidentales que las partes han dejado deslizar en sus declaraciones. Así, por ejemplo, manifestar en el contrato que la compraventa ha quedado concluida con el pago del precio, importa una cláusula dispositiva; pero agregar que se paga con dinero proveniente de títulos públicos, es una simple enunciación. Es lógico que estas manifestaciones no puedan tener el mismo valor probatorio que las cláusulas dispositivas, pues no han sido materia del negocio jurídico ni ha tenido por qué recaer en ellas la atención de las partes; y es de presumir que han sido agregadas sin mucha reflexión. Pero la distinción entre disposiciones y simples enunciaciones, que teóricamente parece clara, en la práctica resulta a menudo sutil y difícil. Para evitar dudas sobre el punto, el Código establece que cuando las enunciaciones guardan relación directa con el objeto principal del acto, hacen plena fe, no sólo entre las partes, sino también respecto de terceros (art. 995 Ver Texto ), lo que parece lógico, pues en tal caso no pueden pasar inadvertidos a la atención de los otorgantes.

¿Y qué valor probatorio tienen las enunciaciones que no guardan relación directa con el objeto del acto? El Código nada dice, a diferencia del francés, que les da valor de principio de prueba por escrito (art. 1320 Ver Texto ). Por nuestra parte, pensamos que debe reconocérseles este carácter, pero sólo respecto de aquellos de quienes emanan, que son los únicos que deben haber reparado en tales enunciaciones. No podrían, en cambio, oponerse a las otras partes, que son ajenas a ellas y no han estado en condiciones de comprobar su veracidad, ni mucho menos a los terceros (ver nota 1).

1118/995

995. PROHIBICIÓN DE DECLARAR EL OFICIAL PÚBLICO Y LOS TESTIGOS.— El artículo 992 Ver Texto , Código Civil, establece 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 que se les hizo, en cuyo caso el instrumento público no valdrá. La razón de ser de este artículo está explicada por VÉLEZ en la nota y puede sintetizarse así: si se admitiera la posibilidad de contradecir lo afirmado en el instrumento, no habría derecho seguro, aparte de que sería imposible saber cuándo los declarantes decían la verdad: si cuando firmaron de conformidad o cuando acudieron a deponer como testigos.

El caso más frecuente es el de que se impugne una escritura que no se firmó en el lugar que en ella consta o se otorgó en una fecha distinta. La parte interesada en la nulidad procura que los propios testigos del acto declaren que no se celebró en ese lugar o en esa fecha. Los tribunales han resuelto que tal declaración no debe admitirse (ver nota 2).

La ley establece una excepción importante: que se invoque dolo o violencia. En tal caso, deberá probarse previamente la existencia de estos vicios y recién entonces podrán tomarse en consideración las declaraciones contradictorias del oficial público o los testigos. Pero, naturalmente, no basta la prueba de aquellos hechos para tener por falso el instrumento, porque bien puede una persona ser obligada a autorizar un acto o a actuar en él como testigo, pero ser verdadero su contenido (ver nota 3); aunque es indudable que la prueba de hechos tan graves importa una seria presunción de falsedad.

En cambio, no hay inconveniente en que aquellas personas declaren, no ya para atacar el acto, sino para aclarar algunas de sus cláusulas de sentido dudoso (ver nota 4).

¿Deberá rechazarse de plano el testimonio ofrecido? Es indudable que no, porque hasta después de la declaración no puede saberse si el testigo ha de contradecirse, ratificarse, o

aclarar ciertas enunciaciones oscuras del instrumento; y porque puede alegar dolo o violencia, en cuyo caso debe tenerse en cuenta su dicho (ver nota 5).

1118/11220

995 bis.— Pero la prohibición de declarar “contra el acto” exige una importante aclaración. Ella es rigurosa cuando se trata de las enunciaciones relativas a hechos ocurridos ante el escribano y sobre los cuales él da fe. Sería intolerable, por ejemplo, que en la escritura constara que uno de los deponentes hizo tal declaración y que luego, al ser llamado como testigo, dijera que en verdad la declaración fue otra. En cambio, la prohibición no rige respecto de la veracidad de las declaraciones de las partes. No hay inconveniente legal o moral en que el escribano atestigüe que las partes dijeron en su presencia que las manifestaciones hechas en la escritura pública no responden a la verdad. Aun constándole por las propias palabras de los otorgantes que el acto no es sincero, el escribano ha podido y debido autorizarlo, ya que la simulación es, en principio, lícita. Y no hay contradicción alguna en autorizar el acto y luego declarar que no fue sincero. Admitir esta declaración no implica tampoco poner en peligro la seguridad del acto, pues ella, por sí sola, no autorizaría a prescindir del contradocumento que, entre las partes, sólo puede ser suplido por una prueba clara e inequívoca de la simulación. Pero la declaración del escribano puede coadyuvar, junto con otras pruebas, a formar la convicción judicial de la simulación (ver nota 6).

(nota 1) De acuerdo: SALVAT, Parte General, 5ª ed., n° 1985 y s.; LLAMBÍAS, Derecho Civil, t. 2, n° 1677; LAURENT, t. 19, n° 171. En cuanto a los terceros, la doctrina francesa es unánime en no reconocer a estas enunciaciones ningún valor: BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Obligations, t. 3, n° 2088; AUBRY y RAU, 4ª ed., t. 3, p. 216, nota 66; LAURENT, ya citado, n° 173. LLERENA, en cambio, opina que estas enunciaciones carecen de todo valor probatorio y deben considerarse a tal efecto como no escritas (nota al art. 955 Ver Texto ).

(nota 2) C. Civil 2ª Cap., 30/6/1924, G.F., t. 51, p. 107.

(nota 3) En este sentido: SALVAT, Parte General, 5ª ed., n° 1987 y s.; SEGOVIA, nota 21 al art. 992; MACHADO, t. 3, p. 239, nota.

(nota 4) C. Civil, 1ª Cap., 15/7/1922, J.A., t. 9, p. 60. De acuerdo: SALVAT, Parte General, 5ª ed., n° 1987, in fine; LLAMBÍAS, Parte General, t. 2, n° 1673.

(nota 5) De acuerdo: LLAMBÍAS, Parte General, t. 2, n° 1673.

(nota 6) De acuerdo sobre todo lo sostenido en este párrafo, C. Civ., Cap., Sala A, 27/8/1963, Doct. Jud., nº 2074. En sentido concordante, Sala A, 3/3/1966, causa 113.382.

1118/996

996. VALIDEZ COMO INSTRUMENTOS PRIVADOS DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS NULOS COMO TALES.— Establece el artículo 987 Ver Texto del Código Civil que el acto emanado de un oficial público, aunque sea incompetente, o que no tuviera las formas debidas, vale como instrumento privado, si está firmado por las partes, aunque no tenga las condiciones y formalidades requeridas para los actos extendidos bajo formas privadas. Nuestra ley ha recogido una solución tradicional, adoptada por casi todos los códigos (ver nota 1), cuya justicia es evidente.

Es necesario, ante todo, hacer una primera observación, que no siempre se ha advertido con claridad: según ya lo hemos dicho, los instrumentos privados, en principio, sólo requieren para su validez formal la firma de las partes; por excepción la ley exige en algunos casos el doble ejemplar (véase núms. 930 y sigs.). Esta es, pues, la única formalidad a que puede referirse el artículo 987 Ver Texto cuando habla de las otras condiciones y formalidades requeridas para esta clase de instrumentos; en el fondo no es sino una manera más de suplir la anacrónica exigencia del doble ejemplar. En efecto: en los casos en que éste no es requerido, el artículo 987 Ver Texto es inútil; pues es obvio que aunque nulo un instrumento público como tal vale como privado, si está firmado por las partes, por imperio de lo dispuesto en los artículos 1212 Ver Texto y siguientes del Código Civil, sin que interese o no la intervención de un oficial público.

1118/997

997.— Esto sentado, veamos cuáles son las condiciones de aplicación de esta norma:

a) La firma de las partes; ésta es la condición esencial, puesto que lo es también de todo instrumento privado. Sobre el punto son aplicables los mismos principios ya estudiados oportunamente (véase núms. 926 y sigs.).

Si la parte no sabe firmar, el acto carece de todo valor, pues aquel requisito sólo puede ser suplido en los instrumentos públicos por una declaración del oficial público; pero aquí se trata de un instrumento privado y, por tanto, la firma es en principio ineludible (ver nota 2). Pero pensamos que el acto sería válido si el otorgante analfabeto hubiera estampado su

impresión digital o si otra persona hubiera firmado a su ruego. A las consideraciones que más adelante formulamos respecto del valor de estos medios sustitutivos de la firma en los instrumentos privados (núms. 928 y sigs.), hay que agregar aquí que la circunstancia de que haya estado presente un oficial público, aunque incompetente, es una prueba que viene a corroborar la seriedad del acto y la voluntad de otorgarlo.

b) Que emane de un oficial público, aunque sea incompetente. Bien entendido que, según ya lo dijimos, la intervención del oficial público sólo es necesaria en caso de que la ley exigiera la formalidad del doble ejemplar.

Algunos autores pretenden que, al hablar de incompetencia, la ley se ha referido solamente a la territorial, pero no a la que surge por razón de materia, porque en estos casos el oficial público no sería más que un simple particular en relación a ese acto (ver nota 3). Por nuestra parte, pensamos que tal opinión es equivocada: tanto en un caso como en otro, el oficial público está legalmente inhabilitado para autorizar tales actos y no se advierte razón alguna para establecer diferencias entre ambas situaciones. Por lo demás, exigiéndose esa intervención para suplir el doble ejemplar, es preciso interpretar con amplitud de criterio todo lo que permita prescindir de este requisito superabundante e injusto (véase núms. 930 y sigs.). Pero si el oficial público ha sido destituido, reemplazado o suspendido, pierde su carácter de tal y, por lo tanto, el instrumento no sería apto para suplir el doble ejemplar.

En principio, la firma del oficial público es esencial, pues es la prueba de que el instrumento ha sido otorgado (ver nota 4); pero conviene no ser muy riguroso en la aplicación de esta regla, pues las circunstancias del caso pueden aconsejar separarse de ella, tanto más cuanto que la ley no la exige expresamente; así lo resolvió, con buen criterio, la Cámara Civil 2ª de la Capital (ver nota 5).

1118/998

998.— Estos instrumentos, siendo privados, no prueban la verdad de su fecha sino por los medios establecidos en el artículo 1035 (ver nota 6) (véase núms. 941 y sigs.). Finalmente, es obvio decir que si el instrumento público fuera exigido ad solemnitatem, su nulidad priva de todo efecto al documento, que ni aun como privado podría servir.

(nota 1) Cód. Civ. francés, art. 1318; español, art. 1223; italiano, art. 2701; venezolano, art. 1358.

(nota 2) SALVAT, Parte General, n° 2005; LAURENT, t. 19, n° 120; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, t. 3, n° 2103.

(nota 3) BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Obligations, t. 3, n° 2106; DEMOLOMBE, t. 29, n° 259; LAURENT, t. 19, n° 123.

(nota 4) Nota al art. 987; AUBRY y RAU, 4ª ed., t. 8, ps. 217 y s., letra a) y nota 69; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Obligations, t. 3, n° 2110; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, ed. La Habana, t. 7, n° 1455; DEMOLOMBE, t. 29, n° 262; LAURENT, t. 19, n° 118. En contra: LAROMBIÈRE, art. 1318, V, n° 2 y 3.

(nota 5) C. Civil 2ª Cap, 5/10/1928, J.A., t. 28, p. 643.

(nota 6) SALVAT, Parte General, 5ª ed., n° 1999; MACHADO, t. 3, p. 233, nota; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Obligations, t. 3, n° 2100.

1118/10520

§ 4.— Escrituras públicas (ver nota 1)

1118/999

999. CONCEPTO.— Se llama escritura pública a una clase especial de instrumentos públicos otorgados por los escribanos en su libro de protocolo, de acuerdo con las normas especiales que la ley establece para ellas. Por excepción, pueden ser otorgadas por otros funcionarios: tal es el caso de los jueces de paz, que están facultados para hacerlo cuando no haya escribano público en el lugar (arts. 1223 Ver Texto , 1810 Ver Texto y 3655 Ver Texto , Cód. Civ., y las leyes 3245 y 3478 ); de los cónsules (ley 4712 ) y de los ministros diplomáticos en casos de urgencia (ley 4711 ).

Las escrituras públicas tienen tal importancia en el comercio jurídico, que la ley ha debido reglamentar cuidadosamente, no sólo sus requisitos formales, sino también las actividades y funciones de los escribanos.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: MUSTAPICH, J. M., Escrituras públicas en el proyecto de reformas al Código Civil, Buenos Aires, 1941; íd., Tratado Derecho Notarial, Buenos Aires, 1956; GONZÁLEZ, C. E., Teoría general del instrumento público, Buenos Aires,

1952; PAZ, J. M., Derecho notarial argentino, Buenos Aires, 1939; BAUDÓN, H., Escrituras públicas, La Plata, 1899; BALDANA, J., Derecho notarial argentino, Buenos Aires, 1945; SALVAT, R. M., Parte General, 5ª ed., Buenos Aires, 1931, ps. 828 y s., n° 2013 y s.; MACHADO, Exposición y comentario, t. 3; SEGOVIA, L., Explicación y crítica del Código Civil, Buenos Aires, 1881, t. 1.

1118/10530

#### A.— ESCRIBANOS PÚBLICOS

1118/1000

1000. ANTECEDENTES HISTÓRICOS (ver nota 1).— Los antecedentes más remotos de la profesión de escribano parecen encontrarse en Egipto. Los escribas eran funcionarios de carácter sagrado, que acompañaban las procesiones de Isis y daban fe de todo lo que en ellas ocurría; asimismo, y dado el incremento de los negocios, fueron encargados de recibir las convenciones de los particulares, como un medio de asegurar su eficacia. También tuvieron los hebreos sus escribas, de los cuales el llamado regis era un escribano en el sentido actual de la palabra; los demás eran sacerdotes doctos en la interpretación y análisis de la Sagrada Escritura.

En Grecia deben recordarse los escribas *argentarii*, así llamados porque intervenían en todas las operaciones por dinero; ellos las registraban y, en caso de duda, sus anotaciones servían de prueba.

En Roma existían diversos funcionarios en cuyas tareas puede verse un antecedente de la moderna institución notarial. Los *notarii* anotaban en forma breve, de minuta, la sustancia de las operaciones; los *actuarii* confeccionaban las actas que contenían las decisiones de los jueces; los *argentarii* intervenían en las operaciones por dinero, como en Grecia; los escribas acompañaban a los magistrados y extendían las actas y documentos relacionados con la gestión de aquéllos. Finalmente estaban los *tabularii* y *tabelliones*, cuyo papel no se ha aclarado aún en forma plenamente satisfactoria, aunque es indudable que debe buscarse en ellos el antecedente directo de los actuales escribanos. Cuando se extendió el derecho *quiritario* a todo el imperio, se hizo costumbre consultar sobre puntos oscuros a los individuos que solían hacer escritos para el público; a ellos se los llamó *tabelliones* (de *tabula*, *documentum*). Como la institución era ventajosa, el Estado la sometió a su vigilancia y dio fe a los actos pasados ante ellos. Otros autores distinguen, considerando que los *tabularii* eran funcionarios administrativos encargados de extender ciertos instrumentos, como las constancias de los nacimientos, etcétera; en cambio los *tabelliones* registraban los actos y contratos privados. Después de JUSTINIANO ambas

denominaciones pertenecen al mismo funcionario, que a partir del siglo XII fue llamado notario. Aquel emperador reglamentó la profesión en forma bastante completa.

En España la institución notarial floreció con especial vigor, siendo legislada ya en el Fuero Real (L. 1, tít. 19).

1118/1001

1001. DISTINTAS CLASES DE ESCRIBANOS.— Los escribanos pueden distinguirse por las tareas que desempeñan, según que revistan o no carácter público. Entre los primeros están: a) Los escribanos de registro, que son los encargados de extender los actos y contratos entre particulares, además de otras funciones que serán estudiadas más adelante (núm. 1077). b) Los secretarios o actuarios, que se desempeñan ante los jueces y tribunales superiores, dando fe de la autenticidad de las resoluciones; en los tribunales de la Capital, la autenticidad de la firma de los magistrados por los secretarios ha quedado suprimida por la ley 14237 (art. 22 ). c) El Escribano Mayor de Gobierno, con análogas funciones a los escribanos de registro, pero con intervención en todos aquellos actos en los que la Nación sea parte (art. 1º , ley 9078). d) Los escribanos de la Marina, que intervienen en los contratos atinentes al derecho de navegación.

No revisten carácter público, en cambio, los escribanos que carecen de registro, aunque se hayan graduado como tales en alguna universidad; ellos sólo están habilitados para hacer algunas diligencias que se realizan fuera del protocolo, tales como inventarios (ver nota 2), referencias, etcétera.

1118/1002

1002. ¿EL ESCRIBANO ES FUNCIONARIO PÚBLICO (ver nota 3).— Se discute en doctrina si el escribano de registro es o no funcionario público. La respuesta depende, en gran medida, del régimen legal adoptado. Sobre este punto cabe distinguir tres sistemas distintos: a) El tipo inglés (Inglaterra, Estados Unidos y Suecia), en el cual el notario es nombrado no bien llena los requisitos exigidos por la ley; su número es ilimitado y los instrumentos que autoriza sólo tienen valor de principio de prueba por escrito; precisan, en consecuencia, que los convaliden los tribunales. b) El notariado de tipo estatal, en el que los notarios, o bien están equiparados a los jueces (Baden, Andorra, Dinamarca) o bien son simples empleados administrativos, encargados de registrar los contratos (Rusia). c) El sistema latino (España, Francia, Italia, Sudamérica), en el cual el notario es un delegado del Estado, desempeña una función pública y los instrumentos por él otorgados hacen plena fe hasta la prueba de falsedad (ver nota 4).

Es evidente que la cuestión de si los escribanos son funcionarios públicos se plantea sólo en el sistema latino, pues nadie dudará que en el inglés no lo son, contrariamente a lo que ocurre en el estatal.

Para negarles carácter de funcionarios públicos se esgrimen los siguientes argumentos: a) falta de vinculación constante con el Estado en la gestión de la cosa pública, con la consiguiente ausencia de subordinación jerárquica y del deber de obediencia; b) falta de remuneración y de pago de los gastos que la profesión demande por el Estado; c) éste no es responsable por los actos del escribano; d) el notario no representa al Estado. Aunque importantes, estos argumentos no nos parecen decisivos. No todos los funcionarios públicos tienen cargos rentados ni ejercen la representación del Estado. Los escribanos son designados por el Poder Ejecutivo, están sujetos a un régimen de disciplina y subordinación jerárquica respecto del Tribunal de Superintendencia, sus actos están dotados de lo que se llama la fe pública. Teniendo en cuenta estas consideraciones, la ley 12990 califica expresamente a los escribanos de registro como funcionarios públicos (art. 10 Ver Texto ).

1118/1003

1003. ORGANIZACIÓN Y DISCIPLINA DEL NOTARIADO.— En nuestro país, el notariado se rige por las leyes locales, dictadas por cada provincia. Para la Capital Federal rige la ley 12990 , cuyas prescripciones suponen un acierto legislativo. Las bases de la organización del notariado, según dicha ley, son las siguientes:

1118/1004

1004. a) Requisitos para optar al cargo.— El artículo 1º Ver Texto de la ley 12990 exige: 1) ser argentino nativo o naturalizado con 10 años de naturalización por lo menos; 2) ser mayor de edad; 3) tener título de escribano con más de dos años de práctica notarial, que debe realizarse en una escribanía de registro, siendo el titular de ésta responsable de su efectividad y de la asistencia del aspirante; 4) ser de conducta, antecedentes y moralidad intachables; 5) hallarse inscripto en la matrícula profesional; 6) estar colegiado. Los regentes o adscriptos de un registro deberán, además, prestar juramento de no hallarse comprendidos en ninguna de las inhabilidades o incompatibilidades de la ley (art. 1º, dec. reg.) y constituir domicilio dentro de la Capital Federal.

1118/1005

1005. b) Impedimentos e incompatibilidades.— Según el artículo 4º Ver Texto , ley 12990, están impedidos de ejercer funciones notariales: 1) los ciegos, sordos, mudos y quienes adolezcan de defectos físicos y mentales que los inhabiliten para el ejercicio profesional; 2)

los incapaces; 3) los encausados por cualquier delito, desde que se hubiera dictado prisión preventiva y mientras ésta dure, salvo que fuera motivada por hechos involuntarios o culposos; 4) los condenados dentro o fuera del país por delitos que den lugar a la acción pública o por contravención a las leyes nacionales de carácter penal, con la misma excepción respecto de los delitos culposos; 5) los fallidos y concursados no rehabilitados; 6) los que por inconducta o graves motivos de orden personal o profesional fueran descalificados para el ejercicio del notariado; 7) los escribanos suspendidos en el ejercicio de su cargo en cualquier jurisdicción de la República, por el término de la suspensión.

Por su parte, el artículo 7° Ver Texto (reformado por la ley 14054 , establece las siguientes incompatibilidades:

- a) Con el desempeño de cualquier función o empleo, público o privado, retribuido en cualquier forma;
- b) Con el ejercicio del comercio, por cuenta propia o ajena;
- c) Con el ejercicio de cualquier función o empleo, no incompatible, que le obligue a residir fuera del lugar en que ejerza sus funciones notariales;
- d) Con el ejercicio de la abogacía, de la procuración o cualquier otra profesión liberal;
- e) Con el ejercicio del notariado en otra jurisdicción.

El artículo 8° exceptúa de estas incompatibilidades: 1) a los cargos o empleos que impliquen el ejercicio de una función notarial (ver nota 5); 2) a los cargos electivos; 3) a los de índole literaria o científica, dependientes de bibliotecas, academias, museos, etcétera; 4) a los directores, síndicos o accionistas de sociedades anónimas; 5) a los que tengan fines de enseñanza pública.

Al tomar posesión del registro, debe prestarse declaración jurada por escrito de no estar comprendido en las incompatibilidades (art. 8°, dec. reg.).

1118/1006

1006. c) Designación de titulares y adscriptos.— Los escribanos de registro serán nombrados por el Poder Ejecutivo, a propuesta en terna del Colegio de Escribanos, luego de

un concurso de oposición (art. 19). El tribunal de calificaciones estará formado por el presidente del tribunal de superintendencia, un profesor designado por la Facultad de Derecho y un escribano en ejercicio designado por el Colegio.

Por una sola vez, el Poder Ejecutivo quedó autorizado a elevar hasta 500 el número de registros de la Capital Federal (art. 65) y a cubrir directamente las plazas sin necesidad de concurso.

Los adscriptos serán designados por el Poder Ejecutivo a propuesta del titular (art. 21).

1118/1007

1007. d) Derechos y deberes.— Según el artículo 11 de la ley, los escribanos titulares y adscriptos tienen los siguientes deberes: 1) conservar y custodiar en perfecto estado los actos y contratos que autoricen, así como los protocolos, mientras permanezcan en su poder; 2) expedir a las partes interesadas, testimonios, copias, certificados y extractos de las escrituras otorgadas en su registro; 3) mantener el secreto profesional en los actos en que intervengan. Sólo podrán exhibir el protocolo a requerimiento de los otorgantes o sus sucesores, o de otros escribanos, cuando se justifique el interés del cliente, debiendo resolver la cuestión en caso de duda el Colegio de Escribanos (art. 11, dec. reg.); la violación del secreto profesional hace incurrir, incluso, en delito penal (arts. 156 Ver Texto y 157, Cód. Pen.) (ver nota 6); 4) intervenir profesionalmente cuando se requieran sus servicios, siempre que ello no sea contrario a las leyes o que se lo impidan otras obligaciones profesionales de igual urgencia. Deben limitarse a extender los actos sin entrar al análisis de sus cláusulas (ver nota 7), aunque guardando aquellos principios de moral profesional que mandan impedir el despojo de la parte menos avisada (ver nota 8).

Además, están obligados a concurrir asiduamente a su oficina y no ausentarse del lugar de su domicilio por más de ocho días sin autorización del Colegio de Escribanos (art. 14 Ver Texto , ley 12990); a prestar fianza real o personal al entrar en posesión del registro, la que se mantendrá por dos años después de cesados en sus funciones y será inembargable por causas u obligaciones ajenas a la ley 12990 (ver nota 9); a cumplir con todas las obligaciones que las leyes les impongan y muy particularmente las de carácter fiscal.

En los artículos 12 Ver Texto de la ley y 10 del decreto reglamentario se incluye una cuidadosa enumeración de las funciones que corresponden a los escribanos de registro.

En cuanto a los derechos, los más importantes son los siguientes: 1) los escribanos de registro tienen la exclusividad o monopolio del ejercicio de las funciones notariales; 2) gozan de inamovilidad mientras dure su buena conducta (art. 16 Ver Texto , ley 12990); y

3) tienen derecho a la remuneración por sus funciones, de acuerdo con el arancel notarial (decreto 26655/51).

1118/1008

1008. e) Responsabilidad.— Los escribanos de registro tienen ante toda una responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados a los terceros por el incumplimiento de sus obligaciones (art. 13 Ver Texto , ley 12990); tienen, además, responsabilidad administrativa, si no cumplen con las obligaciones que las leyes fiscales les encomiendan (art. 29 Ver Texto , ley 12990); responsabilidad penal, si asentarán una falsedad, violaran un secreto profesional, contribuyendo al engaño de un cliente (art. 31 Ver Texto ); y finalmente, responsabilidad profesional, si no guardan las reglas de ética notarial, en cuanto esas transgresiones afectan la institución del notariado, los servicios que les son propios o el decoro del cuerpo (art. 32 Ver Texto ).

Las sanciones disciplinarias establecidas en la ley son las siguientes: apercibimiento, multa, suspensión de tres días a un año, suspensión por tiempo indeterminado, privación del ejercicio de la profesión y destitución del cargo (art. 52 Ver Texto ).

1118/1009

1009. f) Superintendencia.— El gobierno y disciplina del notariado se encuentran a cargo del tribunal de superintendencia y del Colegio de Escribanos (art. 35 Ver Texto ).

1) El Tribunal de Superintendencia estará integrado en la Capital por el presidente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, dos vocales titulares designados por un año en tribunal pleno y a simple pluralidad de votos y dos suplentes. Debe vigilar a los escribanos, al Colegio, archivos y todo lo que guarde relación con el notariado y cumplimiento de la ley (art. 37 Ver Texto ). Conocerá en única instancia, previo sumario y dictamen del Colegio, en los casos de responsabilidad profesional en que el mínimo de la pena aplicable exceda de un mes de suspensión. Y como tribunal de apelación, a pedido de parte, de las resoluciones del Colegio y de los fallos de éste en los casos de responsabilidad profesional, cuando la pena aplicada sea de suspensión por un mes o término menor. Sus decisiones se tomarán por mayoría de votos, pudiendo recusarse a sus miembros por las mismas razones que a los vocales de Cámara. Elevado el sumario o el expediente condenatorio, el tribunal ordenará y recibirá las probanzas que crea necesarias y dictará su fallo dentro de treinta días de llegado el expediente (arts. 38 Ver Texto y sigs., ley 12990).

2) El Colegio de Escribanos se ha organizado sobre la base del antiguo Colegio, pero se le reconocen amplísimas funciones, y lo que es más importante, se le acuerda la

representación colegiada del gremio. Es ésta una de las innovaciones más trascendentales de la nueva ley.

Forman parte de él todos los escribanos inscriptos en la matrícula, obligatoriamente (arts. 48 Ver Texto y 49 de la ley), y tiene personería jurídica. Está gobernado por un Consejo cuyos miembros duran dos años y se renuevan por mitades, pudiéndoselos reelegir por un período. La elección se hace a simple pluralidad de sufragios. La ley asegura al Colegio los fondos para la provisión de sus gastos (art. 51 Ver Texto ).

Son atribuciones y deberes del Colegio; a) vigilar el cumplimiento por los escribanos de todas las leyes, decretos y reglamentos que tengan relación con el notariado; b) inspeccionar periódicamente los registros con el mismo fin; c) velar por el decoro profesional, por la mayor eficacia de los servicios notariales y el cumplimiento de los principios de ética profesional; d) proponer al Poder Ejecutivo el Reglamento Notarial y sus reformas; e) dictar resoluciones de carácter general para unificar los procedimientos notariales y mantener la disciplina y buena correspondencia entre los escribanos; f) llevar el registro de matrícula y publicar la lista de inscriptos; g) organizar y tener al día el registro profesional; h) tomar conocimiento de todo juicio promovido contra los escribanos para determinar sus antecedentes y responsabilidad, a cuyo efecto los jueces, de oficio o a pedido de partes, deberán comunicarle toda acción que ante ellos se inicie, en el plazo de diez días (art. 34 Ver Texto de la ley); i) instruir sumarios, de oficio o por denuncia de terceros, sea para juzgar directamente a los escribanos o elevar los antecedentes al tribunal de superintendencia; y aplicarles pena no mayor de un mes de suspensión, siendo apelable su resolución ante aquel tribunal; j) producir sumarios sobre antecedentes, méritos y conducta de los aspirantes a una escribanía de registro; k) colaborar con las autoridades en el estudio de proyectos, sugerir reformas y evacuar consultas; l) resolver arbitrariamente las cuestiones que se susciten entre escribanos; m) ejercer la representación gremial de los notarios; n) elevar al Poder Ejecutivo su presupuesto y balance y los justificativos de la inversión de sus fondos (arts. 44 Ver Texto y 45, ley 12990).

1118/1010

1010. LOS ADSCRIPTOS.— Adscripto es el escribano que actúa en forma conjunta con el titular de la escribanía, pero sometido a su vigilancia y bajo la responsabilidad de éste. Tiene las mismas atribuciones que el regente y lo reemplaza en casos de ausencia, enfermedad o cualquier otro impedimento de carácter transitorio, haciéndolo por orden de antigüedad. También al más antiguo corresponde la regencia por muerte, renuncia o incapacidad de hecho o de derecho del titular. Cada registro puede tener hasta dos adscriptos (art. 21 Ver Texto ).

La actuación del adscripto debe ser conjunta con el titular, en una misma oficina (ver nota 10).

El titular es civilmente responsable por la actuación del adscripto; pero si no mediara por su parte incumplimiento de sus deberes o complicidad, no incurre en responsabilidad penal por el hecho del adscripto. Pero el titular no responde si se trata de actos ajenos a sus funciones, aunque hayan pasado en su registro (ver nota 11), ni está obligado a devolver sumas de dinero entregadas al adscripto para otorgar una escritura, si se la confiaron personalmente (ver nota 12).

Titulares y adscriptos podrán celebrar toda clase de convenciones para reglar sus derechos en el ejercicio de la profesión, participación en los gastos y ganancias y previsiones para el caso de fallecimiento que no excedan de cinco años contados desde la muerte de cada uno de ellos. Les está prohibido, en cambio, convenir un precio por la adscripción o una participación del titular en los propios honorarios del adscripto (art. 25 Ver Texto ).

Toda cuestión que se suscite entre titular y adscripto será dilucidada por el Colegio de Escribanos, que actuará como árbitro en última instancia (art. 26 Ver Texto ).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: LEVENE, R., Contribución a la historia de los escribanos en el Río de la Plata hasta la Revolución de Mayo, Revista del Notariado, n° 537, p. 201; HIRIART CORVALÁN, L., Desarrollo histórico del notariado, Revista del Notariado, n° 536, 1947, p. 677; GIMÉNEZ EUSEBIO, E., Apuntes históricos sobre el origen, desenvolvimiento e importancia del notariado argentino, Revista del Notariado, n° 537, 1946, p. 225; CHAINE, J., La organización del notariado en Francia, Revista del Notariado, n° 556, p. 923; NEGRI, J.A., Historia del notariado argentino, Buenos Aires, 1947; GONZÁLEZ, C.E., El notariado y su raigambre histórica, Valencia, 1949.

(nota 2) Así lo ha declarado la C.S.N., 1/8/1956, L.L., t. 85, p. 604.

(nota 3) BIBLIOGRAFÍA: VILLALBA WELSH, A., El Estado y el escribano. Naturaleza jurídica de la relación funcional, Revista del Notariado, n° 529, 1945, p. 607; DÍAZ DE GUIJARRO, E., ¿Son funcionarios públicos los escribanos?, J.A., t. 31, p. 258; TORRES, J. C., Carácter del escribano público, Rev. del Notariado, n° 537, 1946, p. 215; TAVARES DE CARVALHO, F., ¿Son funcionarios públicos los notarios?, Rev. del Notariado, n° 551, 1947, p. 457.

(nota 4) VILLALBA WELSH, art. cit. en nota anterior.

(nota 5) Pero se ha declarado que existe incompatibilidad entre el cargo de escribano de registro interno y el jefe de oficina del Registro Civil: C. Civil 1ª Cap., 12/12/1948, G.F., t. 192, p. 49.

(nota 6) Sin embargo, creemos que son necesarios varios elementos para que la revelación del secreto profesional pueda ser considerada delito: 1) ausencia de justa causa, como podría ser el requerimiento judicial; 2) que el secreto haya sido conocido por razón de las tareas de escribano; 3) posibilidad de causar daño con la publicidad; 4) intención criminal. Sobre este tema, véase: BERNARD, T. D. (h), El secreto profesional en el notariado, Rev. del Notariado, octubre de 1941, p. 549; SALVAT, Parte General, 5ª ed., ps. 877, nº 2140 y s.; PAZ, Derecho notarial argentino, p. 117, nº 171 y s.; BALDANA, A., Derecho notarial argentino, t. 3, ps. 343, y s.

(nota 7) C. Civil, 2ª Cap., 6/9/1948, G.F., t. 194, p. 489.

(nota 8) Sup. Corte Tucumán, 19/4/1945, L.L., t. 28, p. 817.

(nota 9) En materia de fianza, la jurisprudencia tiene decidido: que la fianza real o personal no puede sustituirse con una inhibición voluntaria (Trib. de Superint. Cap., 26/11/1947, L.L., t. 55, p. 363); que la fianza legal puede sustituirse por depósito de efectos públicos u otros papeles de comercio cotizables en la Bolsa, al precio de la cotización (Trib. Superint. Cap., 26/8/1948, L.L., t. 55, p. 250).

(nota 10) C. Civiles en pleno, 29/3/1943, G.F., t. 164, p. 277.

(nota 11) C. Civil 2ª Cap., 30/4/1943, L.L., t. 30, p. 556.

(nota 12) C. Civil 2ª Cap., fallo citado en nota anterior.

1118/10540

## B.— REQUISITOS DE LAS ESCRITURAS PÚBLICAS

1118/1011

1011. CONFECCIÓN MATERIAL.— Disponía el Código Civil en el artículo 998 Ver Texto que las escrituras públicas debían ser confeccionadas por el mismo escribano. Pero, en la práctica, la redacción de puño y letra por el escribano es materialmente imposible, no obstante lo cual un fallo de los tribunales cordobeses declaró nula una escritura en que no se había cumplido con esa exigencia. El pronunciamiento motivó la consiguiente alarma y dio lugar a la sanción de la ley 9151 , del 27 de setiembre de 1913, por la cual se suprimieron las palabras por el mismo escribano. Por consiguiente la escritura puede ser hecha por cualquier empleado de la escribanía; actualmente, en la Capital Federal, inclusive, se puede hacer a máquina, de conformidad con la acordada de las Cámaras Civiles de la Capital del 2 de agosto de 1950; pero, iniciada una escritura a mano o a máquina, debe concluirse en la misma forma.

1118/1012

1012. ASIENTO EN EL PROTOCOLO.— Las escrituras matrices deben extenderse en el protocolo o libro de Registro. Este libro se va formando con la agregación de las sucesivas escrituras y al final de año se cierra y se encuaderna. El Código Civil ha dejado a las leyes locales la reglamentación de la forma en que debe llevarse. En la Capital, la cuestión está regida por la ley 1893 (Título XIII) y por diversas acordadas de la Cámara Civil.

Dispone la ley 1893 que las escrituras se extenderán en cuadernos de cinco pliegos sellados (art. 190 Ver Texto ); en la práctica, se utilizan diez sellos, que deben tener numeración correlativa (acordada del 1º de junio de 1913, art. 8º); por resolución de la Dirección General Impositiva, deben emplearse sellos notariales de protocolo, (res. 1146/1952); los sellos deben estar rubricados por el Colegio de Escribanos (decreto 26655/1951, art. 56) y numerados con letras y números árabes. La omisión de la rúbrica anula la escritura (véase núm. 1035), no así el incumplimiento de lo dispuesto sobre numeración correlativa de los sellos (ver nota 1).

Los escribanos son responsables de la conservación de los protocolos (ley 1893, art. 200 Ver Texto ); sólo podrán extraerlos de su oficina en caso de fuerza mayor o para enviarlos al Archivo, o por orden de juez competente (art. 201 Ver Texto ).

1118/1013

1013. IDIOMA.— Las escrituras deben hacerse en idioma nacional (art. 999 Ver Texto , Cód. Civ.), lo que no excluye, naturalmente, el uso de vocablos indígenas que el uso ha consagrado (ver nota 2), tanto más si han merecido la aprobación de la Academia de Letras. Si fuera indispensable usar alguna palabra extranjera, es de buena práctica agregar el equivalente en castellano. Sin embargo, creemos que el uso de un idioma extranjero no daría lugar a la nulidad de la escritura si el escribano, las partes y los testigos lo conocieran,

puesto que la ley no impone aquella sanción y las nulidades son de interpretación restrictiva (ver nota 3); pero el escribano se haría pasible de sanción.

1118/1014

1014.— Si una o ambas partes no hablan el idioma nacional, la escritura debe otorgarse de acuerdo con una minuta redactada en el idioma de los otorgantes, firmada por éstos en presencia del escribano o reconocida ante él la firma si hubiere sido asentada con anterioridad; la minuta debe ser traducida por traductor público matriculado y si no lo hubiere, por el que el juez nombrare; ambos documentos deben quedar protocolizados (art. 999 Ver Texto , Cód. Civ.).

1118/1015

1015.— Si las dos partes hablan el idioma extranjero, las minuta debe estar firmada por ambas; pero si sólo una de ellas lo posee, la otra no estará obligada a firmarla, puesto que sería hacerle suscribir un documento cuyo contenido ignora (ver nota 4). El traductor público debe ser designado por las partes, de común acuerdo; si el acuerdo fuera imposible, lo nombrará el juez (ver nota 5).

La escritura debe limitarse a transcribir la parte pertinente de la traducción de la minuta, pero no la minuta misma (ver nota 6), que queda agregada al protocolo.

¿La falta de minuta anula la escritura? La jurisprudencia ha resuelto, a nuestro entender con acierto, que no (ver nota 7). Parece inverosímil que un extranjero ignorante de nuestro idioma firme la escritura sin enterarse de su contenido; por lo demás, si ha confiado en personas que luego lo han defraudado, él sólo es responsable de no haber adoptado las precauciones que la ley pone a su alcance; finalmente, esta omisión no aparece entre las causales de nulidad enumeradas en el artículo 1044 Ver Texto , Código Civil. Con tanta mayor razón no es nula la escritura si la minuta ha sido traducida por quien no es traductor público no obstante haberlo en el lugar del otorgamiento del acto (ver nota 8).

1118/1016

1016.— En caso de diferencia entre la minuta y su traducción, debe lógicamente estarse a aquella, que es la que refleja fielmente la voluntad del otorgante (ver nota 9).

1118/1017

1017. ESCRITURAS OTORGADAS POR MUDOS O SORDOMUDOS.— Si las partes fueren sordomudos o mudos que saben escribir, la escritura debe hacerse en conformidad a una minuta que den los interesados, firmada por ellos y reconocida la firma ante el escribano, que dará fe del hecho. Esta minuta debe quedar también protocolizada (art. 1000 Ver Texto , Cód. Civ.).

La ley se refiere a los sordomudos que saben darse a entender por escrito, puesto que los que no saben son incapaces de hecho y, por lo tanto, no pueden otorgar escrituras públicas.

Si el sordomudo no conociera el idioma nacional, es obvio que sería necesaria la traducción de la minuta.

1118/1018

1018. PARTES QUE CONSTITUYEN LAS ESCRITURAS PÚBLICAS: ENUNCIACIONES QUE DEBEN CONTENER.— En las escrituras públicas pueden distinguirse distintas partes que integran su cuerpo. Las analizaremos a continuación:

1118/1019

1019.— a) El encabezamiento o cabeza: es la parte con que se abre el acto y debe contener las siguientes enunciaciones: número de la escritura, lugar de otorgamiento, la fecha con expresión de día, mes y año, constancia de la comparecencia de las partes, su nombre, si son mayores de edad, estado de familia, domicilio o vecindad, y la fe de que el escribano las conoce, o en su defecto, la comparecencia de los testigos de conocimiento (véase núms. 1032 y sigs.).

1118/1020

1020.— El nombre debe asentarse completo, sin abreviaturas ni iniciales; si se trata de apellidos muy generalizados, es conveniente agregar el materno, para diferenciarlos de un posible homónimo. Para una mejor identificación de las personas, es costumbre agregar después del nombre: “que firma...” Puede ocurrir que el nombre de las partes haya sido asentado erróneamente en la escritura; en tal caso, la rectificación sólo podrá hacerse mediante información judicial, salvo, naturalmente, que ambas partes se pusieran de acuerdo y otorgaran una escritura rectificatoria. Sobre este punto, las Cámaras Civiles de la Capital, reunidas en Tribunal Plenario, resolvieron que cualquiera sea la fecha del

respectivo documento público y siempre que no se trate de escrituras en que una de las partes se hubiera obligado a dar o a hacer una cosa, no procede la previa citación de los intervinientes cuando sólo se procura rectificar nombres u otras circunstancias equivocadamente asentadas (ver nota 10). El acierto de esta solución es evidente, porque la otra parte no puede tener en el caso previsto ningún interés legítimo para oponerse a una mera rectificación de un error material respecto del nombre. Distinto sería si se tratara de rectificar el objeto, las condiciones de la operación, las cantidades, etcétera. La citación sería aquí imprescindible.

En cuanto al estado de familia, es costumbre de los escribanos, si se trata de persona casada o viuda, mencionar con quién casó y en qué nupcias (si primera, segunda, etc.). Todo ello contribuye a individualizar con más precisión la persona del otorgante. Igual papel desempeña la mención del domicilio.

Cabe agregar que estos datos son suministrados al escribano por las mismas partes; no está obligado a verificar su exactitud, de modo que él no da fe de que sean verdaderos. La obligación de conocer a las partes no se extiende a tales detalles. Es claro que si el escribano sabe que los datos que se le suministran son falsos, incurre en grave falta profesional, pero la escritura no es nula (ver nota 11).

La obligación de que el escribano conozca personalmente a las partes o de que comparezcan dos testigos de conocimiento suyo y de las partes (art. 1002 Ver Texto ), es un verdadero anacronismo. Se explicaba en la sociedad de mediados del siglo pasado, en que todos se conocían o tenían vinculaciones comunes y cuando no se poseían los medios técnicos de identificación que hoy ofrecen tantas seguridades. Pero, actualmente, la exigencia del artículo 1002 Ver Texto da lugar a serios inconvenientes prácticos, cuando no a la burla lisa y llana del precepto legal. Por ello se justifica que se haya decidido que los testigos de conocimiento pueden ser sustituidos por un documento de identidad (ver nota 12). Con razón se ha proyectado que cuando el escribano no conoce a las partes, éstas podrán justificar su identidad con libreta de enrolamiento, cédula de identidad policial o, en último caso, con dos testigos, que aquél conozca (Proyecto de 1936, art. 257; Anteproyecto de 1954, art. 266).

1118/11230

1020 bis.— Respecto del lugar, basta la indicación de que: se celebra dentro de la jurisdicción en que puede actuar el escribano. Así, por ejemplo, basta decir: “En la ciudad de Buenos Aires...” Pero no es indispensable agregar si el acto se otorga en la escribanía, en el domicilio de los otorgantes (lo que es frecuente en los testamentos) o en otro lugar. Si bien los escribanos aconsejan la indicación lo más precisa posible del lugar (ver nota 13), nos parece ésta una precaución excesiva e innecesaria, pues repetimos, esta exigencia sólo interesa para saber si el escribano ha actuado dentro de los límites de su competencia. Y no

es causa de nulidad de la escritura la circunstancia de que en ella se diga que se otorgó en la escribanía, cuando en realidad se lo hizo en un hospital, pues la indicación del lugar preciso es indiferente mientras el acto se haya celebrado dentro de la jurisdicción territorial del escribano (ver nota 14). La solución contraria importaría caer en un rigorismo formal inaceptable.

Las escrituras pueden otorgarse en cualquier día, aunque sea feriado (art. 1001 Ver Texto ). No habría motivo alguno para impedirlo, tanto más cuanto que en algunos casos urgentes puede ser aconsejable y aun necesario hacerlo en días feriados. La única excepción es la establecida en el artículo 713 Ver Texto , Código de Comercio, que exige, en el caso de protestos, que éstos se efectúen al día siguiente de aquel en que la letra fuere llevada al escribano, siempre que no se trate de feriado.

La omisión del lugar o fecha causa nulidad de la escritura (art. 1004 Ver Texto ). Pero si no se trata de una omisión total, sino de una fecha irregularmente asentada, el acto no es nulo (ver nota 15). Por iguales razones, pensamos que una fecha incompleta no es causa de nulidad, si por la correlación de las distintas escrituras se puede determinar la fecha con absoluta precisión y seguridad. Tal sería, por ejemplo, el caso de que se hubiese omitido el año, que no puede ser otro que el correspondiente a este protocolo; o el mes y aun el día, si por la fecha de las escrituras anterior y posterior se pudieren determinar con exactitud.

1118/1021

1021.— b) La exposición, en la cual las partes explican el acto jurídico o dan la razón que los ha movido a contratar, o refieren los antecedentes del dominio, etcétera. No siempre la escritura tiene exposición y con frecuencia se halla confundida o entremezclada con la estipulación propiamente dicha.

1118/1022

1022.— c) La estipulación es la declaración de voluntad formulada por los otorgantes con el propósito de producir efectos jurídicos: las cláusulas o condiciones de un contrato, las disposiciones de un testamento, etcétera. Sin estipulación, la escritura carecería de contenido y de razón de ser; a ella alude el Código cuando dice en el artículo 1001 Ver Texto que la escritura debe expresar la naturaleza y el objeto del acto.

1118/1023

1023.— d) El pie, que es el cierre de la escritura. En él debe constar que el escribano la ha leído a las partes, que éstas ratifican su contenido y que firman conjuntamente con los testigos, si los hubiere, y respecto de los cuales debe manifestarse su nombre, domicilio y que son hábiles y de conocimiento del escribano. Si existen borraduras, entrerrenglonaduras, etcétera, deben salvarse al final, de puño y letra del escribano. Y la escritura será anulable si se ha omitido salvarlas, siempre que ellas afecten partes esenciales (art. 989 Ver Texto ); si se trata de partes no esenciales no hay nulidad, pero el escribano se hace pasible de multa (art. 1004 Ver Texto , in fine). Por último, deben firmar las partes, los testigos y el escribano (art. 1001).

1118/1024

1024.— Si las partes no pudieren o no supieren firmar, debe hacerlo a su nombre otra persona, que no sea de los testigos del instrumento (art. 1001, Cód. Civ.); pero esta prohibición legal no rige en materia de testamento (art. 3661, Cód. Civ.). Es de buena práctica notarial hacer poner la impresión digital a la persona que no sabe o no puede firmar, además de la firma a ruego. No es necesario que la persona que firma a ruego sea conocida por el escribano; la ley no lo exige, con muy buen acuerdo, pues no hay razón alguna que lo haga necesario o conveniente (ver nota 16). La misma persona puede firmar a ruego por varias otras, siempre que éstas tengan todas un mismo interés en el acto, formen una sola “parte”; como sería el caso de que firmase en representación de dos socios que contratan con un tercero una locación de obra; pero no es aconsejable que firme una misma persona por partes con un interés distinto (ver nota 17), aunque la ley no lo prohíba y el acto sería de todos modos válido.

1118/1025

1025. UNIDAD DEL ACTO.— El otorgamiento de la escritura pública, la ratificación y firma de las partes, deben hacerse en un mismo acto. Así lo ordena el artículo 210 Ver Texto de la ley 1893 para la Capital Federal, dando forma expresa a una disposición que se ha reputado implícita en el artículo 1001 Ver Texto , último apartado del Código Civil (ver nota 18). En la práctica, sin embargo, la escritura nunca se redacta en presencia de las partes pues hay una verdadera imposibilidad material de hacerlo y, por lo demás, no hay ningún interés en ello. Lo importante es que en el acto de la lectura y ratificación estén presentes aquéllas y los testigos (si los hubiere) y que todos firmen conjuntamente con el escribano.

La omisión de esta exigencia legal no anula la escritura, pero puede dar lugar a la destitución del escribano (art. 210 Ver Texto , ley 1893).

1118/1026

1026. MODO DE ESCRIBIR LAS CANTIDADES.— El Código ordena que las cantidades que se entregan a las partes en presencia del escribano, deben ser escritas en letras y no en números (art. 1001 Ver Texto ); aunque limitada la exigencia legal a ese único caso, una práctica notarial plausible ha extendido la aplicación de esa norma a todas las cifras, con lo que se evitan equívocos y se dificultan falsificaciones.

1118/1027

1027. ANTECEDENTES DEL DOMINIO: EL CORRESPONDE.— Cuando se trata de operaciones en que se transmiten inmuebles, la escritura debe contener, además, una relación de los antecedentes en virtud de los cuales el transmitente es el titular del dominio sobre aquéllos. Es lo que se llama el corresponde (ver nota 19), que permite seguir con exactitud las diversas transmisiones sufridas por el bien. Esta exigencia legal (contenida en los arts. 230 Ver Texto , incs. 6º y 7º, y 238 Ver Texto , ley 1893) tiende a facilitar el estudio de los títulos y su inscripción en el Registro de la Propiedad.

1118/1028

1028. DOCUMENTOS HABILITANTES.— Llámense documentos habilitantes aquellos en virtud de los cuales una persona obra en representación de otra, ya sea por mandato, por disposición de la ley, o por resolución de autoridad competente. Ejemplos típicos son el mandato, el discernimiento de tutela o curatela, cláusulas testamentarias, etcétera. Es indispensable que del documento surja la personería del representante, para actuar en nombre de un tercero.

No siempre ha resultado claro este concepto; la jurisprudencia se está inclinando atinadamente, a limitarlo a aquellos documentos estrictamente necesarios para comprobar la personería. Así, se ha decidido que no son tales los certificados que la ley exige al escribano tener a su vista para otorgar la escritura (ver nota 20), ni los instrumentos privados, porque la ley habla de instrumentos públicos (ver nota 21), ni el acta de aceptación del cargo de tutor, bastando la transcripción del discernimiento (ver nota 22), aunque sea de práctica notarial hacerlo; los documentos habilitantes tienen por objeto justificar la personería de los otorgantes y no su derecho, por lo cual se declaró que no lo es la declaratoria de herederos (ver nota 23).

1118/1029

1029.— Puesto que de los documentos habilitantes surge la personería del compareciente para otorgar el acto, tienen una importancia fundamental en la escritura pública. Ello explica que el artículo 1003 Ver Texto del Código, en su anterior redacción, dispusiera: Si los otorgantes fuesen representados por procuradores, el escribano debe expresar que se le ha presentado el respectivo poder, transcribiéndolo en el libro de registro, junto con la escritura. Lo mismo debe hacer cuando las partes se refieren a algún otro instrumento público. Pero si los instrumentos estuviesen otorgados en el registro del escribano, bastará que éste dé fe de hallarse ellos en su protocolo, indicando la foja en que se encontraren.

Sin embargo, la exigencia de la transcripción íntegra ocasionaba inconvenientes prácticos a los escribanos, sobre todo cuando se trataba de procuraciones extensas. Esto motivó la sanción de la ley 15875 , de 1961, que modificó el artículo 1003 Ver Texto en la siguiente forma: Si los otorgantes fuesen representados por mandatarios o representantes legales, el notario expresará que se le han presentado los poderes y documentos habilitantes, que anexará a su protocolo. Si fuese menester la devolución de los mismos, o se tratase de poderes generales, hará constar la circunstancia y agregará copia autenticada al protocolo. En caso de que los poderes o documentos se hubieren otorgado en su oficina o se hallaren protocolizados en su registro, expresará este antecedente, indicando el folio y año respectivo.

En otras palabras, se ha sustituido la transcripción de los documentos habilitantes, por su agregación al protocolo.

Aunque la ley no lo manda, será conveniente dice FERNÁNDEZ CERETTI, que los escribanos individualicen en la escritura los poderes o documentos habilitantes agregados al protocolo, haciendo por lo menos una relación sucinta de ellos que servirá para facilitar el estudio posterior en cuanto a las facultades conferidas al representante para el otorgamiento del acto (ver nota 24).

1118/1030

1030.— ¿Qué ocurre si el escribano no ha agregado los documentos habilitantes al protocolo? El artículo 1004 Ver Texto , Código Civil, en su anterior redacción, sancionaba con la nulidad las escrituras en que se los hubiera omitido. También en este punto la ley 15875 ha introducido una modificación: la omisión de los documentos habilitantes no se menciona entre los vicios de la escritura que provocan su nulidad; por consiguiente, sólo da lugar a la aplicación de una sanción al escribano (ver nota 25).

1118/1031

1031. REPRESENTANTES QUE NO NECESITAN DOCUMENTOS HABILITANTES.— Los padres no necesitan documentos habilitantes para actuar por sus hijos, bastando el conocimiento legal del escribano, pues la representación surge de la ley (ver nota 26): pero si se tratara de actos que sólo pueden realizar con autorización judicial, debe transcribirse dicha autorización.

Los funcionarios públicos no precisan acreditar su carácter de tales, pues basta la publicidad dada a los decretos por los cuales se los designa para el desempeño de su función (ver nota 27).

1118/1032

1032. TESTIGOS.— El artículo 1001 Ver Texto del Código Civil exigía la presencia en toda escritura de dos testigos instrumentales; se trataba de un requisito esencial cuya omisión provocaba la nulidad del acto (art. 1004 Ver Texto , antigua redacción).

La ley 15875 suprimió esta estéril exigencia. En verdad, la presencia de los testigos no añade nada a la seriedad del acto, que reposa esencialmente en la actuación del notario.

Por lo tanto, ya no es necesaria la presencia de los testigos; pero cuando el escribano o cualquiera de las partes lo juzgue pertinente, podrá exigir la comparecencia de dos testigos instrumentales; en ese caso, deberá hacerse constar en el cuerpo de la escritura el nombre y residencia de ellos (art. 1001 Ver Texto , modificado por ley 15875 ). La omisión de la firma de los testigos cuya presencia hubiera sido requerida causa la nulidad del acto (art. 1004 Ver Texto , modificado por ley 15875 ).

1032-1.— Esta eliminación de los testigos instrumentales sólo se refiere a las escrituras en general, pero no a los casos en que el Código, por otras disposiciones especiales, exige la comparecencia de ellos, tales como los artículos 1810 Ver Texto , 3654 Ver Texto , 3655, 3666 Ver Texto , 3672 Ver Texto (ver nota 28).

1032-2.— No hay que confundir los testigos instrumentales con los de conocimiento, que están destinados a suplir la falta de conocimiento de las partes por el escribano y que, por lo tanto, son necesarios pero sólo en esa hipótesis. Una misma persona puede desempeñar simultáneamente ambas funciones.

Se ha decidido, con razón, que los testigos de conocimiento pueden ser sustituidos por un documento de identidad (ver nota 29).

1032-3.— Los testigos, sean instrumentales o de conocimiento deben ser hábiles. Según el artículo 990 Ver Texto no pueden serlo en los instrumentos públicos:

a) Los menores de edad no emancipados, sin que quepa formular ninguna distinción entre los emancipados que se casaren con o sin consentimiento (ver nota 30).

b) Los dementes; la ley comprende no sólo a los declarados tales en juicio, sino también a los que, sin estar interdictos, son notoriamente dementes. En cambio, si la demencia no fuere notoria, valdría el testimonio de conformidad con lo dispuesto en el artículo 991 Ver Texto (véase núm. 1033). Aunque el artículo 990 Ver Texto no se refiere a ellos, son igualmente inhábiles los sordomudos que no saben darse a entender por escrito, como se desprende de los artículos 153 Ver Texto y 154, Código Civil (ver nota 31), quienes pueden ser testigos.

c) Los ciegos, pues no podrían atestiguar sobre cosas que no han visto.

d) Los que no tengan su domicilio o residencia en el lugar.

e) Los que no saben firmar; pero en los testamentos por acto público, en que son necesarios tres testigos, basta que uno solo de ellos sepa hacerlo (art. 3658 Ver Texto , Cód. Civ.).

f) Los de otras oficinas autorizadas para formar escrituras públicas; el Código decía originariamente “instrumentos públicos”, lo que habilita a un considerable número de empleados y funcionarios; la ley Fe de Erratas substituyó esas palabras por las de escrituras públicas. Se procura evitar así los testimonios de complacencia.

g) Los parientes del oficial dentro del cuatro grado, comprendiéndose en la prohibición tanto a los legítimos como a los afines. Pero los parientes de las partes pueden ser testigos, y no hay inconvenientes tampoco en que éstos tengan entre sí vínculo de parentesco.

h) Los comerciantes no rehabilitados; esta inhabilidad sólo debería afectar a los quebrados fraudulentos, pero no a los otros, tanto más cuanto que la ley no establece ninguna prohibición respecto de los concursados civiles (ver nota 32). La práctica notarial así lo ha entendido.

i) Los religiosos; aunque la ley no establece distinción, es evidente que sólo se refiere a los profesos, únicos sobre los cuales recae una incapacidad legal (véase núm. 603); extender la

inhabilidad a todos los religiosos sería de todo punto de vista irrazonable, pues si se les permite otorgar un acto como partes, tanto más debe admitírseles como testigos (ver nota 33).

j) Los privados por sentencia de ser testigos, vale decir, los condenados por falso testimonio (ver nota 34).

1118/1033

1033.— Una disposición realmente anacrónica del artículo 990 Ver Texto prohibía también ser testigos a las mujeres, fueran casadas o solteras. La ley 11357 derogó esta prohibición sin sentido.

1118/1034

1034.— Sin embargo, el error común sobre la capacidad de los testigos incapaces que hubieren intervenido en los instrumentos públicos, pero que generalmente eran tenidos como capaces, salva la nulidad del acto (art. 991 Ver Texto , Cód. Civ.). Con esto se salvan nulidades injustas y que muchas veces resulta imposible evitar. Pero el error común no es una simple creencia del escribano, sino el que resulta de una opinión general, de lo que podría llamarse una posesión de estado. Es ésta una cuestión de hecho, que los jueces deberán resolver en cada caso (ver nota 35). b) El lugar (véase núm. 1020 bis). c) El nombre de los otorgantes. d) La firma de las partes y la firma a ruego. e) La presencia y firma de los testigos, cuando la presencia de ellos hubiere sido requerida por el escribano o las partes o cuando resultara obligatoria conforme con disposiciones especiales del Código (véase núm. 1032 bis).

(nota 1) C. Civil 2ª Cap., 7/11/1947, L.L., t. 48, p. 708.

(nota 2) 1ª Instancia Cap., 18/7/1941, L.L., t. 27, p. 11.

(nota 3) De acuerdo: MACHADO, t. 3, p. 252; PAZ, Derecho notarial argentino, p. 181, n° 310; LÓPEZ OLACIREGUI, en SALVAT, t. 2, n° 2930-A.

(nota 4) De acuerdo: BAUDÓN, Escrituras públicas, p. 32; opinan, en cambio, que deben firmarlo ambas partes: SALVAT, Parte General, 5ª ed., n° 2026; y PAZ, Derecho notarial argentino, n° 316.

(nota 5) PAZ, Derecho notarial argentino, n° 318.

(nota 6) LLERENA, nota al art. 999; PAZ, Derecho notarial argentino, n° 322; opinan, en cambio, que la minuta debe transcribirse en el cuerpo de la escritura: SALVAT, Parte General, 5ª ed., n° 2028; BAUDÓN, Escrituras públicas, p. 40; MACHADO, t. 3, p. 253.

(nota 7) C. Civil 2ª Cap., 3/12/1925, J.A., t. 18, p. 1182; C. Apel. Rosario, 5/11/1921, J.A., t. 23, p. 563. De acuerdo: MUSTAPICH, Tratado, t. 1, p. 239; LÓPEZ OLACIREGUI, en SALVAT, t. 2, n° 2030-E. En contra: BALDANA, Derecho notarial argentino, t. 3, p. 684.

(nota 8) C. Civil 1ª Cap., 20/12/1943, L.L., t. 33, p. 70.

(nota 9) SALVAT, Parte General, 5ª ed., p. 834, n° 2030; MACHADO, t. 3, p. 523; PAZ, Derecho notarial argentino, p. 184, n° 323.

(nota 10) C. Civiles en pleno, 23/12/1941, L.L., t. 26, p. 158; C. Paz Letrada Cap., 2/4/1948, G.P., t. 79, p. 175. Véase el comentario de COLABELLI, J. O., al fallo plenario anteriormente citado.

(nota 11) De acuerdo: C. Civil 2ª Cap., 22/3/1922, J.A., t. 8, p. 181.

(nota 12) C. Civil. Cap., Sala F, 31/5/1984, L.L., 1984-D, p. 1, con nota del Dr. Bossert. La doctrina notarialista se inclina por una interpretación amplia de la fe de conocimiento, sosteniendo que ella implica un juzgamiento del notario para decidir por ciencia propia sobre la identidad de los comparecientes, ya sea por conocimiento directo que de ellos tenga o por otros elementos de convicción aportados por los interesados a su requerimiento y que pueden ser documentos de identidad. En ese sentido se pronunció la delegación argentina al II Congreso Internacional de Notariado Latino, reunido en Madrid en 1950. De acuerdo con este punto de vista, véase GONZÁLEZ, Teoría general de los instrumentos públicos, n° 165; NEGRI, J.A., La fe de conocimiento, p. 165. Véase también, LASSAGA, La fe del conocimiento, en II Congreso Internacional del Notariado Latino, Madrid, 1950. Por nuestra parte, creemos que el criterio sostenido por la delegación argentina no se ajusta rigurosamente al concepto de fe de conocimiento que implica un conocimiento personal, que sólo puede ser sustituido por un documento legalmente válido (libreta de enrolamiento, cédula de identidad, D.N.I.).

(nota 13) BAUDÓN, p. 52; PAZ, n° 347 a 350.

(nota 14) C. Civil Cap., Sala C, 18/6/1959, Doct. Jud. del 29/6/1959.

(nota 15) C. Civil Cap., Sala A, 30/6/1961, causa 72.522 (inérita); C. Civil 2ª Cap., 5/10/1938, L.L., t. 12, p. 152.

(nota 16) De acuerdo: BAUDÓN, Escrituras públicas, p. 54; PAZ, Derecho notarial argentino, n° 491; aunque el autor citado en último término cree de buena práctica exigir de la persona que firma a ruego acredite su identidad (n° 492). En contra: MUSTAPICH, Escrituras públicas, p. 178; SALVAT, Parte General, 5ª ed., n° 2053. Este autor cree que sólo en caso de conocer el escribano a la persona que firma a ruego puede dar fe de la autenticidad de su firma; pero es obvio que la identidad del firmante carece de toda importancia.

(nota 17) Consulta al Colegio de Escribanos, Rev. del Notariado, abril de 1941, n° 477.

(nota 18) Por ello, la mayor parte de las provincias han dictado disposiciones análogas al art. 210 Ver Texto, ley 1893: Entre Ríos, Ley Orgánica de Tribunales, art. 247; Jujuy, Ley de Organización del Poder Judicial, art. 182; La Rioja, Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia, art. 105; San Luis, Ley Orgánica de la Administración de Justicia, art. 165; Tucumán, Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia, art. 162, etcétera.

(nota 19) Esta denominación está tomada de la palabra con que comienza la referencia de títulos. Luego de especificar el inmueble que el vendedor enajena, se dice: “Le corresponde por compra...”.

(nota 20) C. Civil 1ª Cap., 21/7/1937, J.A., t. 59, p. 144.

(nota 21) C. Com. Cap., 13/10/1926, J.A., t. 22, p. 1121; BALDANA, Derecho notarial argentino, t. 3, p. 562.

(nota 22) C. Civil Cap., Sala D, 17/9/1951, “Austín, E. T., c/Iníguez de Gerding, C.” (inérito).

(nota 23) C. Apel. Rosario, 4/4/1941, L.L., t. 22, p. 229.

(nota 24) FERNÁNDEZ CERETTI, La modificación del Código Civil en materia de testigos instrumentales y documentos habilitantes, Revista del Notariado, enero-febrero 1962, p. 33.

(nota 25) Sup. Corte Tucumán, 5/10/1972, E.D., t. 49, p. 222; FERNÁNDEZ CERETTI (op. cit. en nota anterior) estima que debió mantenerse la sanción de la nulidad.

(nota 26) BAUDÓN, Escrituras públicas, p. 66; SALVAT, Parte General, 5ª ed., n° 2065; PAZ, Derecho notarial argentino, n° 382; BALDANA, Derecho notarial argentino, t. 3, p. 576.

(nota 27) SALVAT, Parte General, 5ª ed., n° 2065; PAZ, Derecho notarial argentino, n° 382.

(nota 28) De acuerdo: FERNÁNDEZ CERETTI, La modificación del Código Civil en materia de testigos e instrumentos habilitantes, Revista del Notariado, enero-febrero 1962, p. 15; LÓPEZ OLACIREGUI, en SALVAT, Parte General, t. 2, n° 2085-A.

(nota 29) C. Civil Cap., Sala F, 31/5/1984, L.L., t. 1984-D, p. 1 (véase el voto del Dr. BOSSERT).

(nota 30) De acuerdo: MACHADO, t. 3, p. 236, nota.

(nota 31) SALVAT sostiene que también son inhábiles el sordo y el sordomudo aunque sepan darse a entender por escrito, pues no pueden oír la lectura de la escritura (Parte General, 5ª ed., n° 1958 y 1959). Pero esta opinión es a todas luces inadmisibile, no sólo porque importaría crear una incapacidad que la ley no establece, sino también porque si el sordo no puede oír, puede en cambio leer y enterarse así del contenido de la escritura.

(nota 32) Véase en este sentido, SEGOVIA, nota 18 al art. 900.

(nota 33) De acuerdo: LLAMBÍAS, t. 2, n° 1650; MUSTAPICH, Tratado, t. 1, p. 301; en contra: SALVAT, Parte General, 5ª ed., n° 1956.

(nota 34) SALVAT (Parte General, 5ª ed., n° 1957) y PAZ (Derecho notarial argentino, n° 462) sostienen que esta prohibición se refiere a todos los que sufren penas privativas de la

libertad. Pero el Código limita la inhabilidad a los privados por sentencia para ser testigos, lo que claramente alude a los condenados por falso testimonio. ¿Por qué razón podría ser privado el padre recluso de ser testigo del matrimonio de sus hijos? Pues no hay que olvidar que el art. 900 Ver Texto se refiere a los instrumentos públicos en general.

(nota 35) Sobre este punto véase BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Obligations, t. 3, n° 2174; BONNIER, Traité des preuves, t. 2, n° 479, in fine; MACHADO, t. 3, p. 238 y nota.

1118/10550

## C.— SANCIONES POR FALTA DE OBSERVANCIA DE LAS FORMALIDADES LEGALES

1118/1035

1035. NULIDAD.— La nulidad de la escritura es la sanción más grave, desde el punto de vista de las partes. Sólo procede, de acuerdo con el principio general del artículo 1037 Ver Texto , en aquellos casos en que surgiera claramente de la ley.

Algunas hipótesis están enumeradas en el artículo 1004 Ver Texto , Código Civil (modificado por ley 15875 ). Según esta norma, son nulas las escrituras en que se hubiera omitido: a) La designación del tiempo en que fuesen hechas; pero creemos que una fecha incompleta (por ej., si sólo se designara mes y año) no anula la escritura, si puede integrarse determinándola por la inmediata anterior y posterior (véase núm. 1020 bis) (ver nota 1)

También es causa de nulidad: a) la falta de firma del escribano (ver nota 2), pues en tal caso deja de ser instrumento público; b) que la escritura no se haya hecho en el protocolo (art. 998 Ver Texto , Cód. Civ.); c) que el papel no esté rubricado por el Colegio de Escribanos (ver nota 3); d) que haya sido otorgada fuera de la jurisdicción del escribano (art. 980 Ver Texto ), salvo que el lugar fuese considerado generalmente como comprendido dentro de aquélla (art. 981 Ver Texto ); o por un escribano suspendido, destituido o reemplazado, después de conocida tal situación (art. 983 Ver Texto ); o por un escribano que tenga interés en el asunto o lo tengan sus parientes dentro del cuarto grado (art. 985 Ver Texto ; véase núm. 968); e) que haya sido otorgada ante testigos inhábiles, salvo el caso de error común (arts. 990 Ver Texto y 991); f) si existen enmiendas, entrelíneas, borraduras o alteraciones en partes esenciales, como la fecha, nombres, cantidades, cosas, etcétera, no salvadas al final (art. 989 Ver Texto ); g) son, por fin, nulas las escrituras que no se hallen en la página del protocolo donde, según el orden cronológico, debían ser hechas (art. 1005

Ver Texto , Cód. Civ.); pero la jurisprudencia ha decidido que esta disposición se aplica solamente cuando existe la posibilidad de que la escritura no se haya otorgado en la fecha que indica, pues lo que la ley ha deseado evitar son fraudes; pero cuando es evidente que se trata de un simple error, y no de un deseo de falsear los hechos, la escritura no sería nula (ver nota 4).

1118/1036

1036.— Fuera de estas hipótesis, la escritura no es nula, quedando a salvo las sanciones contra los escribanos o funcionarios públicos que las autoricen. El artículo 1004 Ver Texto establece para tal caso una multa no mayor de trescientos pesos; sin perjuicio de otras sanciones, tales como la responsabilidad de daños y perjuicios (art. 214 Ver Texto , ley 1893), e, inclusive, la destitución (art. 210 Ver Texto , ley 1893).

En particular, se ha declarado que no hay nulidad si se ha omitido cumplir con el recaudo de la nulidad del acto (véase núm. 1025); si faltan legalizaciones (ver nota 5); si se han infringido leyes fiscales (ver nota 6).

(nota 1) Se ha declarado que la interlineación del mes, de la fecha, no salvada al final, no es causa de nulidad: C. Civil 2ª Cap., 9/6/1942, L.L., t. 27, p. 285.

(nota 2) C. Civil 1ª Cap., 20/12/1940, J.A., t. 73, p. 1016 y L.L., t. 21, p. 292; C. Civil 2ª Cap., 30/12/1930, J.A., t. 34, p. 1315.

(nota 3) C. Civil 2ª Cap., 7/11/1947, L.L., t. 48, p. 708; Juez Notarial de Buenos Aires, 28/5/1945, L.L., t. 39, p. 71.

(nota 4) C. Civil 1ª Cap., 27/11/1945, J.A., 1946-I, p. 75; C. Civil 2ª Cap., 4/7/1928, J.A., t. 27, p. 1195. De acuerdo: MACHADO, t. 3, p. 262; SALVAT, Parte General, 5ª ed., nº 2071.

(nota 5) C. Com. Cap., 22/3/1929, J.A., t. 29, p. 259.

(nota 6) C.S.N., 4/4/1934, J.A., t. 46, p. 5.

1118/10560

#### D.— COPIAS

1118/1037

1037. PRIMERA COPIA.— Otorgada una escritura pública, el escribano debe dar copia o testimonio a las partes que lo pidieren (art. 1006 Ver Texto , Cód. Civ.).

Por parte debe entenderse no sólo los otorgantes, sino también los sucesores universales o singulares. Al expedir la copia, el escribano pondrá nota, indicando la fecha y la persona para quien se expide (art. 221 Ver Texto , ley 1893); debe también mencionar si se trata del primero o segundo testimonio, el registro y número que en él tiene la escritura con la que concuerda; finalmente, debe tener la firma y sello del escribano (art. 220 Ver Texto , ley 1893).

Los testimonios pueden obtenerse en formularios impresos (ver nota 1) o en copia fotográfica (acordada del Tribunal de Superintendencia de la Capital del 18/4/1952), debiendo en estos casos el escribano escribir el concuerda de su puño y letra.

1118/1038

1038. NUEVAS COPIAS (ver nota 2).— El otorgamiento de segundas o sucesivas copias no presenta problemas, cuando la escritura no contiene obligaciones de dar o hacer. En tal caso, el escribano debe darlas a simple pedido de parte (art. 1007 Ver Texto , Cód. Civ.).

Pero si en la escritura alguna de las partes se hubiese obligado a dar o hacer alguna cosa, la segunda copia no podrá darse sin autorización del juez (art. 1007 Ver Texto ). Entendemos, de conformidad con casi toda la doctrina y jurisprudencia, que esta disposición sólo alude a la hipótesis de que existan obligaciones de dar o hacer pendientes de cumplimiento, pues en el caso contrario no se justificaría en modo alguno la intervención judicial (ver nota 3). Un caso especial es el relativo a la segunda copia del título de propiedad; en tal supuesto, parece muy útil la intervención judicial, pues ciertas operaciones se hacen ante la simple exhibición de título (ver nota 4).

El juez debe ordenar la expedición de la segunda copia, previa citación de los que han participado en la escritura, quienes pueden comparar la exactitud de aquélla con la matriz (art. 1008 Ver Texto ). Aunque la ley no lo dice, creemos que las partes podrían inclusive

oponerse a la expedición de la segunda copia, si ésta pudiera ocasionarles algún perjuicio (ver nota 5). Si los otorgantes se hallasen ausentes, el juez puede nombrar un oficial público que esté presente al sacarse la copia (art. 1098 Ver Texto , Cód. Civ.).

1118/1039

1039. VALOR PROBATORIO.— La copia o testimonio de las escrituras públicas, extraída en legal forma, hace plena fe como la propia matriz (art. 1010 Ver Texto , Cód. Civ.). Pero si hubiera diferencia entre ambas, se estará a lo que contenga la matriz (art. 1009 Ver Texto ).

1118/1040

1040. PÉRDIDA DEL PROTOCOLO.— Si el libro del protocolo se perdiese y se solicitare por alguna de las partes que se renovase la copia que existía, o que se ponga en el registro para servir de original, el juez puede ordenarlo con citación y audiencia de los interesados, siempre que la copia no estuviese raída ni borrada en lugar sospechoso, ni en tal estado que no se pudiese leer claramente (art. 1011 Ver Texto , Cód. Civ.).

La misma solución debe aplicarse al caso de que el protocolo se hubiera destruido, total o parcialmente (ver nota 6).

Dos son las soluciones posibles, según el citado texto legal: o bien renovar la escritura original, es decir, transcribirla de la copia, o bien protocolizar ésta, que servirá en adelante de escritura matriz y de la cual se extenderán las nuevas copias.

La citación y audiencia de los interesados se justifica para que éstos puedan controlar que la copia que se protocolizará ha sido expedida en legal forma y no está raída o borrada en lugar sospechoso, en cuyo caso podrían oponerse a la protocolización o renovación de la escritura.

Por lugar sospechoso debe entenderse aquel que es esencial, por ejemplo, la fecha, los nombres, las cantidades, el objeto del acto; a no ser, claro está, que dichas borraduras hayan sido salvadas al final en legal forma (ver nota 7).

¿Qué ocurre si existen dos copias o testimonios y hay diferencias entre ellos? Se trata de un problema de hecho que el juez resolverá según las circunstancias del caso. MACHADO opina que si una de las copias es original, es decir, expedida en el momento de celebrarse el

acto, debe prevalecer sobre la que se sacó después por orden judicial, por haberse aducido el extravío de la primera (ver nota 8). Pero tal opinión nos parece carente de fundamento suficiente, pues todos los testimonios de una escritura tienen idéntico valor legal. Nos parece más prudente dejar librado al arbitrio judicial la dilucidación de este problema. Son las circunstancias peculiares del caso las que han de permitir pronunciarse por una u otra copia.

(nota 1) C. Civiles en pleno, 9/4/1937, L.L., t. 6, p. 531.

(nota 2) Véase: BLANCH, Nuevas copias de escrituras públicas, E.D., t. 31, p. 1101.

(nota 3) C. Civil 1ª Cap., 8/9/1947, L.L., t. 47, p. 847; C. Civil, 2ª Cap., 2/8/1946, J.A., 1946-IV, p. 646. Las C. Civiles en pleno de la Capital han considerado la otra interpretación como contraria a la letra y al espíritu de la ley: 23/12/1941, J.A., t. 76, p. 979. De acuerdo: SALVAT, Parte General, 5ª ed., p. 852, n° 2082 y s.; BAUDÓN, Escrituras públicas, ps. 83 y s.; ver también MUSTAPICH, Escrituras públicas, p. 278; MACHADO, t. 3, p. 263; BALDANA, Derecho notarial argentino, t. 3, ps. 747, y s.

(nota 4) MUSTAPICH, Escrituras públicas, ps. 278, y s.; BALDANA, Derecho notarial argentino, t. 9, p. 326.

(nota 5) En un caso de mandato se resolvió que aunque medie oposición del mandante por haberse revocado el poder, debe expedirse la segunda copia, haciendo constar la revocación: C. Civil 2ª Cap., 3/10/1928, J.A., t. 28, p. 642. De acuerdo con lo sostenido en el texto: SALVAT, Parte General, 5ª ed., p. 854, n° 2088; MACHADO, t. 3, p. 265; BALDANA, Derecho notarial argentino, t. 3, p. 753; PAZ, Derecho notarial argentino, n° 601. Contra: MUSTAPICH, Escrituras públicas, ps. 284 y s.

(nota 6) SALVAT, Parte General, 5ª ed., n° 2092.

(nota 7) SALVAT, Parte General, n° 2094.

(nota 8) MACHADO, t. 3, p. 267, nota.

## E.— PROTOCOLIZACIÓN

1118/1041

1041. PROTOCOLIZACIÓN DE INSTRUMENTOS PRIVADOS.— La protocolización consiste en incorporar al protocolo, por orden judicial, un instrumento privado. El efecto de esta medida es transformar el instrumento privado en público (art. 984 Ver Texto ).

La orden judicial es requisito indispensable para que exista protocolización (art. 1003 Ver Texto , Cód. Civ., reformado por ley 15875 ); a simple pedido de las partes, el escribano podrá agregar el instrumento privado en su protocolo y con ello adquirirá fecha cierta, pero no se convierte en instrumento público, pues le falta autenticidad. Por los demás, la protocolización sólo ofrece interés en el caso de que sea una de las partes la que desea darle al instrumento carácter público, pues si ambas estuvieren de acuerdo, les bastaría con otorgar una escritura en la que se reprodujese el documento.

La orden judicial sólo puede expedirse después de que el documento ha sido reconocido por las otras partes no interesadas en la protocolización o declarado debidamente reconocido. Esta exigencia no está expresamente contenida en la ley, pero es obvio que el instrumento privado no puede gozar de autenticidad mientras las firmas que lo suscriben no hayan sido reconocidas; en materia de testamentos ológrafos, el Código Procesal exige el reconocimiento por testigos (art. 730).

Expedida la orden, el documento se entregará al escribano que haya de cumplir la diligencia, quien lo agregará a su protocolo mediante un acta que contenga solamente los datos necesarios para precisar la identidad del documento (art. 1003 Ver Texto , ref. por ley 15875 ). No es necesaria, por consiguiente, la transcripción íntegra, si bien es de práctica notarial hacerlo.

El instrumento privado adquirirá carácter público desde el día en que el juez ordenó la protocolización (art. 983 Ver Texto , Cód. Civ.). Se explica que así sea, pues ya tiene fecha cierta y autenticidad, por haber sido reconocido (ver nota 1).

1118/1042

1042. PROTOCOLIZACIÓN DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS.— En principio, la protocolización sólo tiene razón de ser tratándose de instrumentos privados, pues su efecto es convertirlos en públicos. Por excepción, la ley admite la protocolización de ciertos

documentos públicos. El artículo 1211 Ver Texto , Código Civil, establece que los instrumentos públicos hechos en países extranjeros por los que se transfiere el dominio de bienes raíces deben protocolizarse en nuestro país por orden de juez competente, sin lo cual no tendrán efectos jurídicos.

Asimismo, el artículo 88 (texto ordenado) de la ley 11290 establece que el Registro de la Propiedad no inscribirá escrituras otorgadas fuera de la Capital Federal o territorios nacionales, ni testimonios de testamentos, declaratorias de herederos e hijuelas, expedidos por los tribunales provinciales, sin previa protocolización en una escribanía nacional y pago de los impuestos determinados por esta ley. Esta disposición tiene un propósito puramente fiscal: evitar la evasión impositiva; pero es obvio que resulta contraria al artículo 7º Ver Texto de la Constitución Nacional, según el cual los actos públicos y procedimientos judiciales de una provincia gozan de entera fe en las demás. Así lo ha declarado, con acierto, la Corte Suprema (ver nota 2). Sin embargo, en tanto la ley no sea derogada, el Registro de la Propiedad está obligado a seguir cumpliendo con la disposición legal, a menos que los interesados planteen en cada caso la cuestión judicial.

1118/10580

(nota 1) Por las razones expresadas en el texto, no compartimos la opinión de quienes piensan, apartándose de los términos claros de la ley, que el instrumento sólo será público desde la fecha de su incorporación al protocolo: SALVAT, Parte General, 5ª ed., p. 821, nº 1992; LLERENA, nota al art. 984; MACHADO, t. 3, p. 229.

(nota 2) C. S. N., 25/11/1935, J.A., t. 52, p. 359, con nota de J. LEZANA.

1118/1043

### CAPÍTULO XIII - MODALIDADES DE LOS ACTOS JURÍDICOS

1043. CONCEPTO.— Es difícil hallar el rasgo común que permita unir sistemáticamente la condición, el plazo y el cargo bajo el concepto de modalidades de los actos jurídicos. De una manera general, se podría definirlas como aquellas estipulaciones accesorias de un acto jurídico que restan algo de su plenitud a la obligación principal, sea haciendo insegura su existencia, o limitando su exigibilidad en el tiempo, u obligando a quien resulta titular del derecho al cumplimiento de una prestación accesoria. Pero como bien lo hace notar BUSSO, dentro de este concepto caben otras estipulaciones accesorias, y si, en definitiva,

la condición, el plazo y el cargo se tratan conjuntamente, es, sobre todo, por razones de tradición jurídica (ver nota 1).

1118/10590

§ 1.— Condición (ver nota 2)

1118/1044

1044. DISTINTAS ACEPCIONES JURÍDICAS DE LA PALABRA CONDICIÓN.— La palabra condición posee varias acepciones en el derecho:

a) En primer término, designa las cláusulas que forman el contenido de una declaración de voluntad; en este sentido se habla de las condiciones de compra, de las condiciones de una licitación, etcétera. Con preferencia se aplica a aquellas cláusulas que se han tenido especialmente en mira al contratar y sin las cuales no se hubiera realizado el negocio jurídico; tales como la exigencia de títulos perfectos, que suelen ser condición frecuente en los contratos de compraventa de inmuebles.

b) Asimismo, se emplea para designar los elementos o requisitos legales esenciales de un acto (*conditio juris*); en este sentido se dice que el precio es condición de la existencia de la compraventa; que es condición del derecho real de hipoteca que la cosa sobre la cual recae sea inmueble.

c) En el sentido que ahora nos interesa y que será el objeto de nuestro estudio, condición significa la cláusula en virtud de la cual la adquisición o la pérdida de un derecho se subordinan a un acontecimiento futuro e incierto (véase art. 528 Ver Texto , Cód. Civ.). Por extensión, suele llamarse condición al acontecimiento mismo del cual depende la adquisición o la extinción de un derecho.

La condición sólo puede surgir de la voluntad de las partes. Es verdad que a veces la propia ley hace depender ciertos derechos de un acontecimiento incierto; por ejemplo, los derechos sucesorios de la persona por nacer son adquiridos definitivamente si nace con vida. Pero la condición legal no es una modalidad de los actos jurídicos; sus efectos están dispuestos en cada caso por la ley y no se aplican los principios de la institución que ahora estudiamos (ver nota 3).

1118/1045

1045. CARACTERES DE LA CONDICIÓN.— De acuerdo con el artículo 528 Ver Texto , el acontecimiento del cual depende la adquisición de un derecho, debe tener los siguientes caracteres:

a) Debe ser incierto. Este es el carácter esencial de la condición; debe tratarse de un hecho que puede o no ocurrir, como un granizo, un accidente. En cambio, si se trata de un acontecimiento que fatalmente ocurrirá, como la muerte, la lluvia, se está en presencia de un plazo y no de una condición.

b) Debe ser futuro. La exigencia de que se trate de un acontecimiento futuro está vinculada con la incertidumbre que es de la esencia de la condición, porque si se tratara de un hecho pasado o presente no habría incertidumbre. Puede ocurrir que las partes ignoren que el hecho ya ha ocurrido; aquél sería incierto subjetivamente; pero ello no basta para que exista condición. En realidad, aunque las partes no lo sepan, el acto produce sus efectos desde el momento de su celebración, puesto que el hecho del cual se lo hacía depender ya ha sucedido (ver nota 4). La exigencia de que se trate de un evento futuro asegura la incertidumbre objetiva de la condición.

1118/1046

1046. FORMA.— La condición puede ser expresa o tácita. Sin embargo, como ella importa introducir una anormalidad en el acto jurídico, la condición tácita sólo puede admitirse si surge claramente del acto; en caso de duda, la obligación debe considerarse pura (ver nota 5).

1118/10600

#### A.— CLASIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES

1118/1047

1047. DISTINTOS CRITERIOS.— Las condiciones pueden clasificarse en suspensivas y resolutorias; potestativas, casuales o mixtas; y positivas y negativas. Nos ocuparemos de ellas en los párrafos siguientes.

1118/1048

1048. CONDICIONES SUSPENSIVAS Y RESOLUTORIAS.— Esta es la clasificación de mayor trascendencia, porque derivan de ella importantes consecuencias en cuanto a sus efectos.

La condición es suspensiva cuando lo que se halla subordinado a ella es el nacimiento de un derecho. Así, por ejemplo, el derecho a la indemnización estipulada en el contrato de seguro sólo nacerá para el asegurado si ocurre el siniestro previsto. Por el contrario, es resolutoria cuando lo que depende del hecho incierto es la extinción del derecho; tal sería el caso de un testamento en el que se dispusiera que una persona recibirá una determinada renta vitalicia, con la condición de que durante ese tiempo hará decir misas diarias por el alma del testador; si, pasado algún tiempo, el beneficiario se negare a seguir cumpliendo con la voluntad del causante, su derecho queda extinguido o resuelto.

Cuando la condición es suspensiva, el acto no produce sus efectos sino a partir del momento en que aquélla se cumple; por el contrario, si es resolutoria, los efectos comienzan a producirse desde el momento mismo de la celebración del acto (o del deceso del causante, si fuera de última voluntad), pero cesan si la condición tiene lugar.

1118/1049

1049.— Según un concepto muy generalizado en doctrina, la condición que es suspensiva para una de las partes de un acto jurídico, es resolutoria para la otra; en el fondo ambas situaciones no serían sino el anverso y el reverso de una misma medalla y estarían presentes en todos los casos de obligaciones condicionales (ver nota 6). Creemos que tal opinión sólo puede haber nacido de un examen ligero de la cuestión. Tomemos el ejemplo de un contrato de seguro. Producido el accidente, nace para el asegurado el derecho a exigir una indemnización; respecto de él la condición es incuestionablemente suspensiva. Y respecto de la compañía aseguradora también lo es, porque producido el siniestro, nace para ella la obligación de indemnizar. Es imposible decir que su obligación ha quedado resuelta con la ocurrencia del hecho, puesto que ha nacido de él. Su obligación se extinguirá recién con el pago, pero eso nada tiene que ver con nuestro problema. Finalmente, si condición suspensiva y resolutoria fueran en realidad una misma cosa, no se explicaría que el Código las legisle por separado, atribuyéndoles distintos efectos.

Sin embargo, en algunos casos excepcionales se produce efectivamente esa situación de que la obligación que es suspensiva para una de las partes es resolutoria para la otra. Tal sucede con el propietario que vende una cosa a otra persona, condicionando la operación a un hecho incierto. Para el vendedor, esa condición será resolutoria, porque en tanto no

ocurra, él mantiene su derecho a la propiedad; para el comprador, en cambio, será suspensiva, porque al cumplirse la condición adquirirá el derecho.

1118/1050

1050. CONDICIONES POTESTATIVAS, CASUALES Y MIXTAS.— La condición es potestativa cuando su cumplimiento depende del arbitrio del obligado; por ejemplo: me comprometo a hacerte entrega de mil pesos, si quiero hacerlo. Es casual cuando se trata de un hecho totalmente ajeno a la voluntad de las partes; por ejemplo, el granizo, el rayo. Es mixta cuando su cumplimiento depende en parte de la voluntad de los interesados y en parte de factores extraños; por ejemplo, cuando se supedita una obligación a la realización de un viaje; es indudable que éste depende en gran medida de la voluntad del obligado, pero también está subordinado a otras circunstancias, tales como la posibilidad de disponer del tiempo necesario, de conseguir medios de transporte, etcétera.

Interesa distinguir con precisión las condiciones puramente potestativas de las mixtas, porque las primeras provocan la nulidad de la obligación, no así las otras.

1118/1051

1051. NULIDAD DE LAS OBLIGACIONES CONTRAÍDAS BAJO CONDICIÓN PURAMENTE POTESTATIVA.— Las condiciones puramente potestativas anulan la obligación (art. 542 Ver Texto , Cód. Civ.). Esta solución se funda en que si el cumplimiento de aquélla depende exclusivamente del arbitrio del deudor, no se puede hablar en verdad de obligación; es cuanto más la máscara de una obligación ficticia, según la expresión de FERRARA (ver nota 7).

Pero para que dé lugar a la nulidad, la condición debe ser puramente potestativa, como ocurre en el caso de la cláusula si quiero; en cambio, si la obligación tiene algún elemento externo, aunque sea predominantemente voluntaria, debe reputarse mixta y, por consiguiente, válida. Tal es el caso de la realización de un viaje, del matrimonio y, en general de cualquier hecho serio del obligado. El viaje depende sin duda de la voluntad del que lo hace, pero también de factores extraños: tener salud, dinero y tiempo disponible. El matrimonio exige tener una situación económica, encontrar la pareja que quiera casarse, etcétera. En este sentido dispone el Código que si la condición hiciese depender la obligación de un hecho que puede o no ejecutar la persona, la obligación es válida (art. 542 Ver Texto , 2ª parte). Naturalmente, el Código no alude a hechos baladíes, que pueden o no ser realizados a capricho de quien se obliga (por ej., si me saco el sombrero), sino a aquellos de tal índole que no pueden realizarse u omitirse sin motivos serios y apreciables (ver nota 8).

1118/1052

1052.— En la duda de si una condición es puramente potestativa o mixta, es necesario pronunciarse en el último sentido, que es el que permite reconocer validez al acto (ver nota 9). Es así que se ha considerado válida la condición implícita en la cláusula de venta “a satisfacción del comprador” (art. 1365 Ver Texto , Cód. Civ.), o “a gusto del cliente” (ver nota 10), o la que subordina el contrato de trabajo a prueba por parte del empleador (ley 12867 , para los choferes particulares). De una manera general, se puede decir que no hay condición puramente potestativa cuando el deudor se impone una molestia o un sacrificio para cumplirla o no (ver nota 11).

1118/1053

1053.— La condición puramente potestativa anula la obligación cuando su cumplimiento depende exclusivamente del arbitrio del deudor, pero no si se supedita a la voluntad del acreedor; una obligación a pagar “si el acreedor lo exige ” o “cuando lo exija el acreedor”, es perfectamente válida (ver nota 12).

1118/1054

1054.— Se discute si la disposición del artículo 542 Ver Texto , que establece la nulidad de las obligaciones contraídas bajo condición potestativas, se aplica tanto a las suspensivas como a las resolutorias, o solamente a las primeras. Opinamos que la disposición es válida en ambos casos. La regla tiene carácter general y no introduce distinción alguna entre ambas especies de condiciones; es lógico que sea así, ya que tanto en un caso como en otro, el cumplimiento de la obligación viene a depender exclusivamente del arbitrio del deudor. No puede, por consiguiente, hablarse con propiedad de obligación desde el momento en que el acreedor carece de posibilidad jurídica de exigir el cumplimiento de la prestación. Si una persona se obliga a pasar a otra una pensión mensual durante el tiempo que lo desee, ¿qué obligación es ésta?: No se ve qué diferencia puede haber con la hipótesis clásica de condición potestativa suspensiva: pagaré tal suma de dinero si deseo (ver nota 13).

1118/1055

1055. **CONDICIONES POSITIVAS Y NEGATIVAS.**— La condición es positiva si consiste en la realización de un hecho; un accidente, una curación, etcétera. Es negativa si consiste en una omisión o en la falta de realización de un acontecimiento; por ejemplo, que una persona no muera dentro de cierto tiempo.

A veces, el carácter positivo o negativo de una condición parece depender de la forma que se le dé a la redacción de la cláusula; así, por ejemplo, si una obligación se supedita a la circunstancia de que una persona continúe viviendo hasta tal fecha, la condición es aparentemente positiva; en cambio si se la hace depender de que esa persona no muera hasta esa fecha, es aparentemente negativa; sin embargo, el hecho es siempre el mismo. El criterio para resolver esta dificultad es el siguiente: debe reputarse positiva la condición cuando el hecho cambia el actual estado de cosas; negativa, cuando el estado actual de cosas no debe mudar (ver nota 14).

Sobre los efectos de esta clasificación, véase artículo 532 Ver Texto , Código Civil, y números 1058 y siguientes.

1118/10610

**B.— CONDICIONES IMPOSIBLES, ILÍCITAS O CONTRARIAS A LAS BUENAS COSTUMBRES** (ver nota 15)

1118/1056

1056. EL PRINCIPIO.— El artículo 530 Ver Texto , Código Civil, establece que la condición de una cosa imposible, contraria a las buenas costumbres, o prohibida por las leyes, deja sin efecto la obligación. Esta regla se justifica por sí sola. En el caso de condiciones imposibles, es evidente que el promitente no ha tenido intención de obligarse. En el caso de condiciones ilícitas o contrarias a las buenas costumbres, la ley no puede convalidarlas porque ello importaría afectar el orden jurídico y la moral.

1118/1057

1057. CONDICIONES IMPOSIBLES.— La imposibilidad puede ser física o jurídica. Ejemplo de la primera es la condición de tocar el cielo con la mano; de la segunda, constituir una hipoteca sobre una cosa mueble. No hay que confundir imposibilidad jurídica con ilicitud; el hecho ilícito de que habla esta disposición es aquel que las partes pueden realizar materialmente, aunque sea contrario a la ley, como por ejemplo, un delito (ver nota 16).

La imposibilidad debe existir al tiempo de la formación del acto; si fuera sobreviniente no anula la obligación (ver nota 17). Debe, además, tener carácter objetivo y absoluto, derivar

de la naturaleza misma de la prestación; no bastaría una imposibilidad simplemente subjetiva o personal del sujeto que debe realizarla (ver nota 18). Si, por ejemplo, se promete una suma de dinero a un demente para que se case, la condición no es imposible (no obstante que los dementes no pueden contraer matrimonio) porque el insano puede curar (ver nota 19).

1118/1058

1058. REQUISITOS PARA QUE LA CONDICIÓN IMPOSIBLE ANULE LA OBLIGACIÓN.— Para que la condición de un hecho imposible anule la obligación se requiere: 1) que se trate de una condición positiva, puesto que la de no hacer una cosa imposible no perjudica la validez de la obligación (art. 532 Ver Texto ); simplemente se la tiene como no escrita; 2) que sea una condición suspensiva; en efecto, cuando se sujeta la resolución de una obligación a un hecho imposible, debe presumirse que quien se obliga ha tenido intención de hacerlo irrevocablemente (ver nota 20). Como en el caso anterior, la condición debe tenerse por no escrita.

1118/1059

1059. CONDICIONES ILÍCITAS O INMORALES.— Aunque el artículo 530 Ver Texto parece colocar en un mismo pie a las condiciones imposibles con las ilícitas y las inmorales, puesto que todas provocan en principio la nulidad del acto jurídico, en realidad los efectos de unas y otras no son exactamente los mismos. Mientras las condiciones imposibles se rigen por las reglas sentadas en el párrafo anterior, la cuestión resulta más compleja tratándose de las segundas.

a) En principio, las condiciones ilícitas o inmorales anulan el acto, sean positivas o negativas. Esta cuestión, sin embargo, ha sido objeto de controversia. Se ha sostenido que la condición inmoral o ilícita negativa, lejos de perseguir un propósito deshonesto, se propone un fin laudable. Así ocurre, por ejemplo, con la promesa de pagar una suma de dinero, si el beneficiario no comete cierto delito. Preferimos, sin embargo, la solución opuesta en lo que atañe a los actos entre vivos. Si bien el propósito del promitente ha sido sano, lo deshonesto es que alguien reclame una suma de dinero por no haber cometido un delito. Tal pretensión no puede ser amparada por los jueces (ver nota 21). Pero en los actos de última voluntad, la solución debe ser distinta. No resulta honorable aceptar la promesa de una suma de dinero, contra la de no delinquir; pero si el beneficiario no ha intervenido en el acto, si no ha especulado con el temor del promitente de que pueda seguir una conducta deshonesto o delictiva, si no se trata de un reclamo hecho contra el promitente arrepentido, que ahora se niega a pagar, sino que sólo se procura obtener el cumplimiento de la libre y honesta voluntad del causante, entonces no se ven motivos para invalidar la disposición testamentaria (ver nota 22).

b) Del mismo modo, el acto es nulo, tanto en el caso de que la condición sea suspensiva, como resolutoria. Pero la condición resolutoria negativa de un hecho ilícito es perfectamente válida; ejemplo: te pasaré mil pesos mensuales si vives correctamente y mientras no cometas ningún acto deshonesto o delito. En este caso no hay ninguna razón de orden legal o moral que se oponga a la validez del acto. Más aún, la propia ley, prevé un caso similar cuando establece la revocación de las donaciones por ingratitud del donatario (art. 1858 Ver Texto , Cód. Civ.) (ver nota 23).

c) Más compleja es la cuestión relativa al agente del hecho ilícito o inmoral. Ninguna duda cabe de que si el que debe cumplir el hecho es quien resulta beneficiado del acaecimiento de la condición, el acto es nulo. Ejemplo: te pagaré tantos pesos si matas a Pedro. Sin embargo, hay una importante excepción: el contrato de seguro. En efecto, el seguro se puede referir a algunos actos ilícitos del propio asegurado, tales como los accidentes de tránsito. La compañía aseguradora responde por los daños aunque el hecho se haya debido a la culpa del beneficiario. Esta excepción se justifica plenamente, porque aunque existe un hecho ilícito, en realidad más que culpa del conductor ha mediado en el caso un riesgo propio del automovilismo; no hay, pues nada de inmoral ni de antijurídico en admitir este tipo de condiciones.

No tan clara resulta la cuestión cuando el que debe realizar el hecho ilícito o inmoral es quien se perjudica con el acaecimiento de la condición. Ejemplo: te pagaré tal suma de dinero si delinco. También en este caso parece que la condición viniera a reforzar los motivos que tiene una persona para observar una conducta correcta. Por ello no pocos autores consideran que este tipo de condiciones es válido (ver nota 24). Por las mismas razones a que hemos aludido al tratar las condiciones ilícitas negativas, reputamos que también en este caso la obligación es nula: los jueces no pueden amparar a quien pretenda exigir el cumplimiento de una obligación nacida de la comisión de un acto ilícito o inmoral (ver nota 25).

En cambio, el acto jurídico que hace depender una obligación de un hecho ilícito o inmoral de un tercero, es perfectamente válido. En caso típico es el contrato de seguro por los daños sufridos por el hecho de un tercero.

d) La condición puesta a la declaración de los esposos de contraer matrimonio se tendrá por no escrita y no afecta la validez del acto (art. 193 Ver Texto , ref. por ley 23515 ).

1118/1060

1060. ENUMERACIÓN LEGAL.— El artículo 531 Ver Texto enumera algunos casos de condiciones ilícitas o inmorales que están especialmente prohibidas:

1) Habitar siempre un lugar determinado, o sujetar la elección de domicilio a la voluntad de un tercero. La elección del domicilio se vincula tan íntimamente con la libertad humana, que ésta quedaría afectada con cualquier restricción de aquel derecho.

El Código habla de habitar siempre un lugar determinado. ¿Sería válida una cláusula que impusiera un domicilio, no ya para siempre, es decir, para toda la vida, sino por un cierto lapso (10 ó 20 años)? Algunos autores así lo han entendido (ver nota 26). Pero esto es, nos parece, interpretar la norma con un sentido excesivamente literal. Evidentemente, el espíritu ha sido prohibir cláusulas que importen una grave restricción del derecho de fijar libremente el domicilio. El juez deberá resolver en cada caso, con un criterio de prudencia, si la cláusula es o no atentatoria contra ese derecho (ver nota 27). En ciertos casos, la exigencia de una residencia o domicilio temporario será perfectamente lícita; así, por ejemplo, si se suscribe un contrato de administración, en el que se establezca que, durante el término de ella, el administrador deberá residir en el establecimiento industrial o agrícola.

1118/1061

1061-1.— 2) Mudar o no mudar de religión: aquí juega la libertad de conciencia y de cultos, celosamente defendida en nuestro ordenamiento jurídico (arts. 14 Ver Texto y 20 Ver Texto , Const. Nac.).

1061-2.— 3) Casarse con determinada persona, o con aprobación de un tercero, o en cierto lugar o en cierto tiempo, o no casarse; 4) Vivir célibe perpetua o temporalmente, o no casarse con persona determinada o separarse personalmente o divorciarse vincularmente. Estos dos incisos protegen el derecho de contraer matrimonio, base de la familia legítima, y de elegir libremente su cónyuge.

Adviértase que la ley no prohíbe la condición de contraer matrimonio (ver nota 28) (siempre que no sea con persona determinada), que suele encontrarse con alguna frecuencia en las disposiciones de última voluntad.

1060-3. CARÁCTER DE LA ENUMERACIÓN.— La enumeración del artículo 531 Ver Texto no es taxativa, sino sólo ejemplificativa, como se desprende claramente de su propio texto (ver nota 29).

1118/10620

## C.— CUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN

1118/1061

1061. PRINCIPIO GENERAL.— El principio general relativo al cumplimiento de las condiciones está expresado en el artículo 533 Ver Texto , Código Civil: Las condiciones deben cumplirse de la manera en que las partes verosímilmente quisieron y entendieron que habrían de cumplirse.

Esta norma no es sino una aplicación de un principio de carácter más general, aplicable a la interpretación de los actos jurídicos: las declaraciones de voluntad deben interpretarse de buena fe, y nadie puede prevalerse de una palabra inapropiada para extraer de ella consecuencias que evidentemente no estaban en el ánimo de las partes (véase núms. 897 y sigs.).

1118/1062

1062.— Un problema de interpretación a que generalmente aluden los tratadistas es el relativo a la persona que debe cumplir la condición. En otros términos: si el acto jurídico pone a cargo de una persona determinada el cumplimiento de la condición, ¿ésta puede ser cumplida por terceros? La cuestión se presenta sobre todo en materia de sucesiones; muchas veces los herederos tienen interés en cumplir ellos con una condición que no cumplió el causante, para convertirse en titulares de un derecho. Desde luego, si en el instrumento se estableciera expresamente que la condición sólo puede ser cumplida por el obligado, no cabe cuestión alguna: debe respetarse la voluntad de las partes (art. 533 Ver Texto ). El problema se presenta en el caso de que no haya cláusula expresa en ese sentido. En esta hipótesis hay que formular una distinción: si se trata de obligaciones de dar, la condición puede ser cumplida por terceros, porque en estos casos la persona que hace el pago es indiferente; en cambio, si se trata de obligaciones de hacer, sólo podría hacerlo un tercero, cuando no tenga importancia alguna la persona del autor; si, por el contrario, la condición se hubiera establecido intuitae personae, vale decir, teniendo especialmente en mira la persona del que la va a cumplir, no puede serlo por terceros (ver nota 30).

El artículo 173 del Anteproyecto de 1954 prevé expresamente el caso, disponiendo que si la condición consiste en un hecho que debiere cumplir alguna de las partes, si no fuere inherente a su persona, el hecho podrá ser realizado por los sucesores universales del interesado.

1118/1063

1063. INDIVISIBILIDAD DE LA CONDICIÓN.— El cumplimiento de la condición es indivisible; una condición parcialmente cumplida no da derecho a exigir un cumplimiento parcial de la obligación (arts. 534 Ver Texto y 535, Cód. Civ.). No importa que el objeto de la condición sea o no divisible; sólo cumplida íntegramente, nace el derecho que de ella depende. Ejemplo: una persona le promete a un estudiante mil pesos para el caso de que rinda cuatro materias antes de finalizar el año; si, en ese plazo, el estudiante hubiera rendido dos, no podría exigir el pago de quinientos pesos.

Esta regla es simplemente interpretativa: las partes pueden apartarse de ella y disponer que un cumplimiento parcial de la condición hace nacer parcial o totalmente la obligación. En esta materia impera el principio de la autonomía de la voluntad (art. 533 Ver Texto ) (ver nota 31).

1118/1064

1064. CONDICIONES CONJUNTAS Y DISYUNTIVAS.— El Código prevé el caso de obligaciones que han sido puestas conjunta o bien disyuntivamente, brindando soluciones de impecable lógica: Cuando en la obligación se han puesto varias condiciones disyuntivamente, basta que una de ellas se cumpla para que la obligación quede perfecta; pero si las condiciones han sido puestas conjuntamente, si una sola deja de cumplirse, la obligación queda sin efecto (art. 536 Ver Texto ).

1118/1065

1065.— ¿Qué ocurre si una de las condiciones disyuntivas es imposible e ilícita? BUSSO opina que la obligación sería nula, porque la alternativa supone siempre la posibilidad de una opción (ver nota 32). No creemos que sea ésa la solución más atinada. Es precisamente la posibilidad de optar la que brinda al interesado el derecho de elegir la condición lícita; por lo demás, cuando una obligación se ha subordinado a dos condiciones, una posible y otra imposible, lo natural es pensar que no se ha ofrecido la alternativa de dos condiciones, sino que se ha impuesto una. Tal sería el caso del legado de una propiedad hecho con la condición de que el beneficiario toque el cielo con la mano o le pague a un tercero una determinada suma. El sentido de esta disposición es bien claro: si el legatario desea poseer el inmueble deberá pagar la suma fijada; de lo contrario perderá todo derecho. Y tal disposición testamentaria no tiene por qué ser nula.

1118/1066

1066. CUMPLIMIENTO FICTO.— A veces la condición no se cumple realmente, tal como estaba expresado en el acto jurídico; sin embargo, la ley la tiene por cumplida, fundada en distintas razones:

a) Las condiciones se juzgan cumplidas, cuando las partes a quienes su cumplimiento aprovecha, voluntariamente las renuncien (art. 537 Ver Texto , 1er. ap., Cód. Civ.);

b) Cuando dependiendo del acto voluntario de un tercero, éste se niegue al acto, o rehúse su consentimiento (art. 537 Ver Texto , 2º ap.). Ejemplo: se lega un inmueble con la condición de que el legatario dé una suma de dinero a un tercero; si éste se niega a recibirla, la condición se juzga cumplida, puesto que no sería justo que esta actitud perjudicase al legatario;

c) Cuando la persona que se hubiere obligado condicionalmente impidiera dolosamente el cumplimiento de la condición. Esta hipótesis está prevista, con distintas palabras, en los artículos 537 Ver Texto , in fine y 538 Ver Texto , Código Civil, que repiten un mismo concepto.

1118/1067

1067.— Los artículos 537 Ver Texto y 538, Código Civil, han dado lugar a una dificultad interpretativa. El primero de ellos se refiere al incumplimiento provocado dolosamente, y el segundo al provocado voluntariamente; ambos parecen excluir el caso de simple culpa del obligado. Sin embargo, una razón de lógica y de justicia obliga a inclinarse en el sentido contrario. Si el interesado no ha podido cumplir con la condición impuesta en el acto, a pesar de su deseo de hacerlo, en razón del dolo o de la culpa del propio deudor, la condición debe considerarse cumplida. El hecho de que el legislador haya aludido únicamente al dolo, no impide que el intérprete extienda esa solución al caso de culpa, puesto que están en juego los mismos principios; el argumento a contrario sensu es, en este caso, inaplicable (ver nota 33).

Más compleja es la solución del siguiente caso: el deudor impide el cumplimiento de la condición, pero lo hace ejerciendo regularmente un derecho. La doctrina se inclina unánimemente en el sentido de que, en tal caso, no hay cumplimiento ficto de la condición (ver nota 34); por nuestra parte, opinamos que debe aceptarse esa solución, siempre que el que ejerció su derecho haya obrado de buena fe (ver nota 35); pero si el derecho se ejerce, no en vista de su contenido propio, sino con el propósito de impedir el cumplimiento de la condición, debe considerarse que hay dolo y, por consiguiente, que aquélla se ha cumplido.

1118/1068

1068. TÉRMINO DE CUMPLIMIENTO.— Al establecer una determinada condición, las partes pueden fijar un término, dentro del cual aquélla debe cumplirse o, por el contrario, pueden no fijarlo. Analizaremos por separado ambas hipótesis.

1118/1069

1069.— a) Los artículos 539 Ver Texto y 540 prevén el caso de que se haya fijado un término. El primero dispone que: la obligación contraída bajo la condición de que un acontecimiento sucederá en un tiempo fijo, caduca, si pasa el término sin realizarse o desde que sea indudable que la condición no puede cumplirse. El caso de que el término haya vencido no suscita ninguna dificultad: la condición no se ha cumplido y, por ende, la obligación caduca. Algo más difícil es el supuesto previsto en la última parte de aquel artículo, o sea cuando es indudable que la condición no puede cumplirse. Sin embargo, la disposición es clara y razonable: siempre que el juez tenga el convencimiento de que no es posible el cumplimiento de la condición en el término que falta hasta el vencimiento del plazo, debe tener por caduca la obligación; es ésta una cuestión de hecho, cuya apreciación queda librada al arbitrio judicial.

El siguiente caso de jurisprudencia brinda un excelente ejemplo de esa última hipótesis. En un contrato celebrado por la Municipalidad de Buenos Aires con un particular para la explotación de la Radiodifusora Municipal, éste se había comprometido a obtener un producido líquido anual de \$ 120.000 a partir de la instalación de un nuevo equipo transmisor; la Municipalidad quedó autorizada a rescindir por sí el contrato, sin necesidad de interpelación judicial o extrajudicial, si esta cláusula no se cumplía. Transcurridos siete meses desde la instalación, la radiodifusora no sólo no había dado ningún superávit, sino que acusaba un déficit de \$ 400.000, aproximadamente. La Cámara Civil de la Capital consideró que la cláusula se había hecho de cumplimiento imposible y que, por consiguiente, la Municipalidad había obrado dentro de sus facultades legales al dar por rescindido el contrato antes de finalizar el año (ver nota 36).

1118/1070

1070.— Por su parte, el artículo 540 Ver Texto prevé el mismo caso, pero referido a la condición negativa: La obligación contraída bajo la condición de que un acontecimiento no se verifique en un tiempo fijo, queda cumplida si pasa el tiempo sin verificarse.

1118/1071

1071.— b) El artículo 541 Ver Texto contempla el supuesto de que no hubiere, tiempo fijado: Si no hubiere tiempo fijado, la condición deberá cumplirse en el tiempo que es verosímil que las partes entendieron que debía cumplirse. Se tendrá por cumplida cuando fuere indudable que el acontecimiento no sucederá.

Si las partes no están de acuerdo sobre el plazo, el juez debe señalarlo, teniendo en cuenta la intención verosímil de aquéllas (ver nota 37). El interesado puede, por consiguiente, pedir al juez la fijación de término; pero no siempre es forzoso recurrir a este trámite previo para exigir el cumplimiento de las obligaciones que dependían de una condición. La parte que considera transcurrido ya un tiempo razonable puede reclamar judicialmente que se declare cumplida la condición y, por ende, nacidos o resueltos los derechos que de aquélla dependen (ver nota 38).

1118/11240

1071 bis. LOS EFECTOS SE PRODUCEN “IPSO JURE”.— La condición, sea suspensiva o resolutoria, opera de pleno derecho; sus efectos se producen ipso jure por el solo hecho de que acaezca el acontecimiento previsto, aunque las partes lo ignoren y sin que sea necesaria una declaración judicial (ver nota 39); en el caso de que la condición consista en un hecho o acto del titular del derecho condicional, tampoco será necesaria la constitución en mora para el decaimiento de su derecho (ver nota 40).

(nota 1) BUSO, t. 3, coment. art. 527, n° 19.

(nota 2) BIBLIOGRAFÍA: BUSO, Código Civil Anotado, t. 3, coment. art. 527 y s.; SALVAT, Obligaciones, 4ª ed., n° 614 y s.; COLMO, Obligaciones, 2ª ed., 1928; LAFAILLE, Tratado de las obligaciones, ed. Ediar, t. 2, ps. 28 y s., n° 886 y s.; ZUZUNADA, S., El negocio jurídico condicionado, Arequipa, 1942; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, ed. La Habana, t. 7, n° 1024, y s.; JOSSERAND, trad. esp., t. 2, vol. 1, n° 738 y s.; BUFNOIR, Théorie de la condition, París, 1866; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Obligations, t. 2, n° 743, y s.; BETTI, E., Teoría general del negocio jurídico, trad. esp. Madrid, ps. 382 y s., n° 62 y s.; FALZEA, A., La condizione e gli elementi dell'atto giuridico, Milano, 1941; TENDI, G.B., Contributto alla dottrina della natura e del concetto della condizione, Giur. Ital., 1906, t. 4, ps. 1 y s.; MAGNO, D., Studi sul negozio condizionato, Roma, 1930; ZAPULLI, Condizione nei negozi giuridico, Nuovo Digesto Italiano, t. 3, ps. 724, y s.; CASTÁN TOBEÑAS, J., Derecho Civil español, común y foral, ps. 736 y s.; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, Parte General, t. 1. vol., ps. 312 y s.; VON TUHR, Derecho Civil, ed. Depalma, vol. 3.1, ps. 302, y s.

(nota 3) De acuerdo: BUSSO, t. 3, coment. art. 528, n° 19 y s.; MESSINEO, *Manuale de diritto civile e commerciale*, Milano, 1946, p. 347. En contra: SALVAT, *Obligaciones*, 4ª ed., p. 252, n° 617; MACHADO, t. 2, p. 204.

(nota 4) Sobre este punto, la doctrina es unánime. Sin embargo, el Código Civil español incluye dentro del concepto de condición “el suceso pasado que los interesados ignoren”, (art. 1113 Ver Texto ), disposición que ha merecido las críticas de los tratadistas de ese país (véase especialmente, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Parte General* 7ª ed., p. 739).

(nota 5) C. Com. Cap., 3/8/1938, L.L., t. 11, p. 962; COLMO, *Obligaciones*, p. 149, n° 190; BUSSO, t. 3, coment. art. 528, n° 52; ZAPULLI, *Condizione nei negozi giuridici*, en *Nuovo Digesto Italiano*, ps. 725 y s.

(nota 6) BUSSO, t. 3, coment. art. 553, n° 5 y 6; SALVAT, *Obligaciones*, 4ª ed. n° 632; COLMO, *Obligaciones*, n° 197; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, *Obligations*, t. 2, p. 15, n° 775; MESSINEO, *Manuale de diritto civile e commerciale*, t. 1, ps. 345 y s. En contra: MACHADO, t. 2, nota al art. 545, ps. 233 y s.

(nota 7) FERRARA, *La condizione potestativa*, Riv. Dir. Commerciale, 1931, 1ª parte, p. 566.

(nota 8) COVIELLO, *Doctrina general del derecho civil*, ed. México, ps. 464 y s.

(nota 9) De acuerdo: BUSSO, t. 3, coment. art. 542, n° 22 y s.

(nota 10) C. Civil Cap., Sala F, 10/6/1977, J.A., 1978-I, p. 405.

(nota 11) En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia francesa: Cassat., 21/1/1878, D.P. 78, 1, 161; 24/3/1873, D.P., 73, 1, 467; cit. por BUSSO, t. 3, coment. art. 542, n° 26.

(nota 12) C. Civil 1ª Cap., 30/12/1932, J.A., t. 40, p. 501 (el Tribunal resolvió que la cláusula “debo y pagaré a mi hermano o a su orden cuando lo desee”, le da al documento el carácter de pagaré a la vista); de acuerdo: BUSSO, t. 3, coment. art. 542, n° 12; SALVAT, *Obligaciones*, 4ª ed., n° 568; COLMO, *Obligaciones*, 2ª ed., n° 218 y s.

(nota 13) De acuerdo: SALVAT, Obligaciones, 4ª ed., n° 659; en el sentido de que la nulidad no afecta a las condiciones contraídas bajo condición resolutoria; BUSO, t. 3, coment. art. 542, n° 17; COLMO, Obligaciones, p. 163, n° 221; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Obligations, t. 2, n° 781; DEMOLOMBE, t. 25, p. 321; n° 328; HUC, t. 7, ps. 329 y s.; COVIELLO, Doctrina general del derecho civil, ed. México, p. 465.

(nota 14) COVIELLO, Doctrina general del derecho civil, ed. México, p. 466.

(nota 15) BIBLIOGRAFÍA: Además de la citada en nota 1620, véase: BARTIN, *Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs*, París, 1887; LEPELLETIER, *Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs*, París, 1889.

(nota 16) SALVAT, Obligaciones, 4ª ed., n° 636; BUSO, t. 3, coment. art. 530, n° 46; ZAPULLI, en *Nuevo Digesto Italiano*, t. 3, p. 734, n° 12.

(nota 17) BUSO, t. 3, coment. art. 530, n° 43; SALVAT, Obligaciones, 4ª ed., n° 639; MACHADO, t. 2, nota al art. 530, p. 208; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Obligations, 3ª d., t. 2, n° 757; ZAPULLI, en *Nuevo Digesto Italiano*, t. 3, p. 734, n° 12.

(nota 18) BUSO, t. 3, coment. art. 530, n° 40; SALVAT, Obligaciones, 4ª ed., p. 260, n° 638; MACHADO, t. 2, nota al art. 530, p. 209; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Obligations, t. 2, p. 6, n° 755; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, n° 1538; AUBRY y RAU, 4ª ed., t. 4, p. 64.

(nota 19) BUSO, t. 3, coment. art. 530, n° 44.

(nota 20) BUSO, t. 3, coment. art. 530, n° 53; COVIELLO, Doctrina general del derecho civil, ed. México, p. 467; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 2, p. 351.

(nota 21) De acuerdo: BUSO, coment. art. 532, n° 10; SALVAT, Obligaciones, 4ª ed., n° 654; COLMO, Obligaciones, n° 216; MACHADO, t. 2, nota al art. 530, p. 211; LLAMBÍAS, Parte General, t. 2, n° 1522.

(nota 22) De acuerdo: MESSINEO, t. 7, § 185, n° 1; AZZARITI y MARTÍNEZ, ps. 840 y 479, nota 3.

(nota 23) De acuerdo: LLAMBÍAS, Derecho Civil, Parte General, t. 2, n° 1522.

(nota 24) MACHADO, t. 2, nota al art. 530, p. 211; AUBRY y RAU, 4ª ed., p. 65; COVIELLO, Doctrina general del derecho civil, ed. México, p. 468; ZAPULLI, en Nuevo Digesto Italiano, t. 3, p. 734, n° 12.

(nota 25) De acuerdo: BUSO, t. 3, coment. art. 530, n° 24; SALVAT, Obligaciones, 4ª ed., n° 648; COLMO, Obligaciones, 2ª ed., n° 216.

(nota 26) MACHADO, t. 2, p. 213; DE GÁSPERI, Obligaciones, t. 1, p. 424.

(nota 27) En sentido concordante: COLMO, Obligaciones, n° 211. En cambio, BUSO piensa que cualquier limitación a la libertad de elegir la habitación es ilícita (t. 3, art. 531 Ver Texto , n° 8), lo que nos parece excesivo.

(nota 28) De acuerdo: BUSO, t. 3, art. 531, n° 21.

(nota 29) De acuerdo: LLAMBÍAS, Parte General, t. 2, n° 1524; SALVAT, Obligaciones, n° 645.

(nota 30) Véase nota al art. 533 y SALVAT, Obligaciones, 4ª ed., n° 663 y s.; BUSO, t. 3, coment. art. 533, n° 17 y 18; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Obligations, t. 2, n° 791.

(nota 31) BUSO, t. 3, coment. art. 535, n° 4; SALVAT, Obligaciones, 4ª ed., n° 665; MACHADO, t. 2, nota a los arts. 534 y 535, ps. 219 y s.; COLMO, 2ª ed., n° 222; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Obligations, t. 2, n° 793.

(nota 32) BUSO, t. 3, coment. art. 536, n° 5.

(nota 33) De acuerdo: BUSO, t. 3, coment. art. 538, n° 16; SALVAT, Obligaciones, 4ª ed., n° 673; LAFAILLE, Obligaciones, t. 2, n° 77, ésta es también la opinión unánime de la doctrina francesa. En contra: MACHADO, t. 2, nota al art. 537, p. 224; COLMO, 2ª ed., n° 228.

(nota 34) SALVAT, Obligaciones, 4ª ed., n° 674; MACHADO, t. 2, nota al art. 538, ps. 272 y s.; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Obligations, t. 2, n° 805; AUBRY y RAU, 4ª ed., p. 70.

(nota 35) En apoyo de su opinión, BUSSO cita un ilustrativo ejemplo tomado de DEMOLOMBE. Una persona promete una prestación si su barco llega a puerto antes de tal fecha; para evitar que se cumpla la condición, ordena al capitán que se detenga en alta mar hasta el vencimiento del plazo. La orden ha sido dada en ejercicio de un derecho; pero la conducta del obligado ha sido contraria a la buena fe, pues su sola motivación ha sido impedir el cumplimiento de la condición (t. 3, coment. art. 538 Ver Texto , n° 21 y s.).

(nota 36) Fallo 1ª Instancia Cap., 22/12/1949, in re “Olivesky c/Municipalidad de la Capital” (inédito). La sentencia fue confirmada por la C. Civil Cap., la que sin embargo no aludió a esta cuestión.

(nota 37) C. Civil 1ª Cap., 4/5/1937, L.L., t. 6, p. 739; 28/10/1938, J.A., t. 64, p. 171; 9/11/1938, L.L., t. 12, p. 687; C. Civil, 2ª Cap., 13/12/1929, J.A., t. 32, p. 291; C. Civil Cap., 29/2/1952, in re “Thomas c/La Gestora” (inédito); de acuerdo, BUSSO, t. 3, coment. art. 541, n° 4, y s.

(nota 38) Fallos citados en nota anterior; de acuerdo: BUSSO, t. 3, coment. art. 541 n° 9 y s.

(nota 39) C. Civil Cap., Sala A, 20/3/1959, causa 50.068 (inédita); GATTI, Modalidad de la voluntad testamentaria, n° 34; BUSSO, t. 3, art. 555, n° 8; MACHADO, t. 2, p. 254; SALVAT, Obligaciones, n° 733; COLMO, Obligaciones, n° 244; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Obligations, t. 2, n° 883; ENNECCERUS, Parte General, t. 2, § 187; MESSINEO, t. 1, § 44.

(nota 40) C. Civil Cap., Sala A, 20/3/1959, causa 50.068 (inédita).

1118/10630

D.— EFECTOS

1118/1072

1072. PRINCIPIO DE LA RETROACTIVIDAD (ver nota 1).— El principio general que domina los efectos de la condición está sentado en el artículo 543 Ver Texto del Código Civil, que expresa: Cumplida la condición, los efectos de la obligación se retrotraen al día en que se contrajo.

El principio se aplica tanto a las condiciones suspensivas como a las resolutorias. En el primer caso, cumplida la condición, se reputa el acto como concluido pura y simplemente desde el momento de su celebración; en el segundo, se considera que nunca se ha realizado. Pero estas reglas distan mucho de ser rígidas; la ley ha establecido importantes excepciones, sobre todo en beneficio de los terceros de buena fe (véase núm. 1076).

1118/1073

1073.— La retroactividad de la condición ha dado lugar a una viva controversia doctrinaria, que aún se mantiene en pie. Prestigiosos autores la impugnan, sosteniendo que es injusta si se la aplica en forma absoluta, pues produce gravísimas consecuencias, sobre todo respecto de terceros; y que si se la restringe en sus efectos principales es innecesaria (ver nota 2). De cualquier modo, se ha hecho notar que el campo de aplicación de esta regla es muy limitado (ver nota 3).

Pero no son menos autorizados y numerosos los tratadistas que defienden el principio (ver nota 4). Se afirma que la retroactividad es una consecuencia lógica de la condición, puesto que, desaparecida la incertidumbre con el cumplimiento de ésta, la posición jurídica y económica del que tenía el derecho incierto es igual a aquella en que se hubiera encontrado si la incertidumbre no hubiera existido jamás (ver nota 5). Se agrega que la retroactividad crea una seguridad en favor del titular de ese derecho que le permite alcanzar una situación superior a la del tercero cuyos derechos nacieron entre la fecha del acto condicional y el cumplimiento de la condición (ver nota 6).

En nuestro derecho la controversia tiene un carácter más teórico que práctico; en primer lugar, porque la ley ha establecido expresamente la retroactividad, y frente al texto legal no cabe sino aceptarla; en segundo término porque los inconvenientes que de ella derivan han quedado allanados en su mayor parte por los artículos 548 Ver Texto , 551 Ver Texto y 557 Ver Texto (véase núms. 1083 y sigs.).

En nuestra opinión, la justificación de la retroactividad ha sido acertadamente expresada por PLANIOL y RIPERT en los siguientes términos: “El derecho condicional solamente existe cuando se cumple la condición; a falta de toda retroactividad el deudor condicional podría, por lo tanto, constituir válidamente, en favor de tercero, derechos reales puros y simples sobre la cosa que adeuda bajo condición. Pero según la voluntad de las partes, la

finalidad del contrato es que el deudor no pueda hacer cosa alguna, *pendente conditione*, que pueda reducir a nada el derecho que el acreedor tendría si el derecho se cumpliera. Por lo tanto, para lograr esta finalidad y para dar una sanción al contrato condicional, hay que hacer prevalecer el derecho nacido con el cumplimiento de la condición sobre todo derecho concurrente nacido antes de ese cumplimiento. Se logra este resultado decidiendo que el cumplimiento de la condición produce efectos retroactivos” (ver nota 7). Salvo, naturalmente, las excepciones que la propia ley establece.

1118/1074

1074. **LEGISLACIÓN COMPARADA.**— Hasta la sanción del Código Civil alemán, las legislaciones aceptaban generalmente la regla de la retroactividad: Código Civil francés, artículo 1179; español, artículo 1360; uruguayo, artículo 1421; portugués, artículos 678 y 680; boliviano, artículo 770; italiano antiguo, artículo 1170.

El Código Civil alemán inició la reacción legislativa contra el principio (art. 158), si bien permite a las partes atribuirle a la condición efectos retroactivos (art. 159). Siguieron esta tendencia los códigos suizo de las obligaciones, artículo 151; peruano, artículo 117; japonés, artículo 127. Esta corriente parecía triunfante en la legislación, pero el nuevo Código italiano ha mantenido el principio (art. 1368), lo mismo que el mexicano (art. 1941). Igual solución fue adoptada en el proyecto franco-italiano de las obligaciones (art. 110).

1118/1075

1075. **PROYECTOS DE REFORMAS.**— Los proyectos de reformas de 1936 (art. 169), el de BIBILONI (art. 332) y el de 1954 (art. 171) han derogado expresamente el principio de la retroactividad de la condición cumplida, pero el aprobado por la Cámara de Diputados en 1993, lo mantiene.

1118/1076

1076. **EXCEPCIONES AL PRINCIPIO.**— La regla de la retroactividad no es rígida; reconoce numerosas e importantes excepciones: a) En primer lugar, las partes pueden disponer en el acto que el cumplimiento de la condición no tendrá efectos retroactivos; tal cláusula es perfectamente válida, porque esta materia está dominada por el principio de la autonomía de la voluntad (ver nota 8). b) Los terceros de buena fe están amparados en la mayor parte de los casos contra los efectos retroactivos de la condición (véanse arts. 549 Ver Texto y 551 Ver Texto y nuestros núms. 1083 y sigs.). c) Los efectos retroactivos tampoco se aplican en los contratos sucesivos, tales como el contrato de trabajo, el de renta

vitalicia, el arrendamiento, etcétera, salvo que así lo dispusieran expresamente los contratantes. En estos contratos, el cumplimiento parcial de la obligación de uno de los contratantes corresponde exactamente, en la intención de las partes, al cumplimiento parcial de las obligaciones del otro (ver nota 9). d) Tampoco se aplica a los frutos percibidos de la cosa (arts. 548 Ver Texto y 557 Ver Texto , Cód. Civ.; véase nuestro núm. 1087).

1118/10640

1.— Efectos de la condición suspensiva

1118/1077

1077.— Los efectos de la condición, sea suspensiva o resolutoria, deben ser estudiados en relación a tres momentos posibles: que la condición esté pendiente, que se haya cumplido y que no se cumpla.

1118/1078

1078. CONDICIÓN PENDIENTE.— Mientras la condición suspensiva no se ha cumplido, la obligación, en rigor, no ha tenido nacimiento.

Mientras está pendiente la condición suspensiva —dice COVIELLO— el negocio jurídico existe, pero no está perfecto, no produce todavía todos los efectos jurídicos de que es capaz; lo que no existen son los derechos y obligaciones que de él derivan. Existe un derecho, pero no es el que se tendrá al verificarse la condición; existe un derecho a la obtención de aquel derecho, que también él tiene un valor patrimonial (ver nota 10).

Existen, pues, derechos y obligaciones eventuales o virtuales, que la ley no puede ignorar y que producen consecuencias jurídicas.

1118/1079

1079.— a) En primer término, el acreedor condicional está autorizado a adoptar las medidas conservatorias necesarias para la garantía de sus derechos e intereses (art. 546 Ver Texto ). La norma habla de medidas conservatorias “necesarias y permitidas por la ley”. Esta fórmula, un tanto vaga, debe interpretarse en el sentido de que se pueden adoptar,

además de las medidas expresamente autorizadas por la ley —lo que es obvio y no hubiera necesitado decirse—, aquellas otras que los jueces juzguen indispensables para la garantía del derecho (ver nota 11).

1118/1080

1080.— Entre las medidas conservatorias procedentes, podemos enumerar las siguientes: el embargo, siempre que el acreedor demuestre sumariamente que el deudor trata de enajenar, ocultar o transportar sus bienes, o que justifique del mismo modo que por cualquier causa ha disminuido notablemente la responsabilidad de su deudor, después de contraída la obligación (art. 209 Ver Texto , inc. 5º, Cód. Proc.); en la venta con pacto de retroventa, pendiente la condición, pueden exigirse medidas conservatorias y, particularmente, el embargo (ver nota 12); en caso de venta de un inmueble hipotecado bajo condición suspensiva, el acreedor puede pedir que los fondos se depositen, si los acreedores posteriores no prefieren darle una fianza hipotecaria de restituir el dinero recibido por ellos, en el caso de que la condición llegue a cumplirse (art. 3156 Ver Texto , Cód. Civ.); el acreedor condicional puede pedir la separación de patrimonios (art. 3433 Ver Texto , Cód. Civ.); el titular de un derecho condicional puede iniciar demanda con el objeto de interrumpir la prescripción adquisitiva (art. 3961 Ver Texto , Cód. Civ.), no así en el caso de la liberatoria, que no corre contra el acreedor condicional (art. 3957 Ver Texto , Cód. Civ.); el heredero condicional puede exigir que la partición se haga judicialmente (art. 3465 Ver Texto , inc. 1º) (ver nota 13); si el derecho constare en un instrumento privado, el titular puede pedir el reconocimiento de firma, aunque todavía no se haya cumplido la condición (ver nota 14); si el derecho es susceptible de registro (dominio, hipoteca, prenda, etc.), el titular bajo condición puede pedir su inscripción (arts. 3116 Ver Texto y 3140 Ver Texto , inc. 4º, Cód. Civ.; arts. 226 Ver Texto , 230 Ver Texto , incs. 3º y 236 Ver Texto , ley 1893).

Se discute si el acreedor condicional puede ejercer la acción revocatoria (ver nota 15). Tal vez las dificultades de los autores para ponerse de acuerdo sobre este punto deriven de que se lo pretende resolver aplicando normas rígidas. Creemos que, en esta cuestión, debe dejarse al juez una gran libertad de apreciación. Si las probabilidades de cumplimiento de la condición son muchas; si es evidente la mala fe que ha presidido la celebración del acto impugnado y el propósito de eludir la acción del acreedor condicional, el juez debe prestarle su amparo y hacer lugar a la acción. Si, por el contrario, las posibilidades de cumplimiento de la condición son muy remotas o debe tardar largo tiempo; si el acto celebrado parece serio y no destinado a perjudicar en sus eventuales derechos al acreedor condicional, resulta excesivo reconocerle a éste el derecho a impugnar el acto y obtener su anulación (ver nota 16).

En cambio creemos que la acción subrogatoria es siempre procedente. Aquí no se trata, como en el caso de la acción pauliana, de invalidar un acto, problema siempre grave y que obliga a ser prudente, sino, simplemente, de ejercer derechos a nombre del deudor que, por

mala fe o por inercia, no lo hace. Respecto del acreedor condicional, se trata de una medida típicamente conservatoria de su derecho —que de no ejercerse la acción, puede prescribirse o perderse por otros motivos— y, por tanto, procedente de acuerdo con el artículo 546 Ver Texto (ver nota 17).

1118/1081

1081.— Pero si la ley reconoce al acreedor bajo condición pendiente las medidas necesarias para la conservación de su derecho, en cambio no le permite las de ejecución, lo que es perfectamente natural, pues todavía no posee un derecho exigible. Más aún: si pendiente la condición el deudor hubiere pagado, tiene derecho a repetir el pago (art. 547 Ver Texto , Cód. Civ.) (ver nota 18).

1118/1082

1082.— b) Los derechos y obligaciones que surgen de un acto sometido a condición aún no cumplida pasan a los herederos del acreedor y del deudor (art. 544 Ver Texto , Cód. Civ.). De esta regla quedan exceptuadas las siguientes hipótesis: 1) cuando las partes acuerdan en el acto jurídico que el derecho sujeto a condición no será transmitido mortis causa (ver nota 19); 2) cuando se trata de un derecho que por su naturaleza debe concluir con la vida del titular, tal como el usufructo, el mandato, o que se refiera a aptitudes personales del obligado, como la pintura de un retrato o la realización de una obra de arte (ver nota 20); esta hipótesis no es sino una consecuencia de la anterior, porque aquí no se hace sino una mera aplicación de la voluntad presunta de las partes; 3) tratándose de legados, la ley dispone expresamente que ellos caducan si muere el legatario, pendiente la condición suspensiva (art. 3799 Ver Texto , Cód. Civ.).

1118/1083

1083. CUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN.— Cumplida la condición, la obligación se convierte en pura y simple; y, por aplicación del principio de la retroactividad, establecido en el artículo 543 Ver Texto , se reputa perfecta desde el momento en que el acto se celebró.

Pero la aplicación rigurosa del principio de la retroactividad importa graves peligros para los terceros que han adquirido derechos en el lapso de tiempo que corre desde la celebración del acto hasta el cumplimiento de la condición. Supóngase la siguiente hipótesis: una persona enajena una cosa de su propiedad, bajo condición suspensiva; antes del cumplimiento de la condición la vuelve a enajenar y la entrega a un tercero de buena fe, que paga por ella el precio correspondiente, Cumplida la condición, ¿es justo que este

tercero sea privado de la cosa que él adquirió, ignorando el acto anterior? ¿No supone ello un grave peligro para la estabilidad y seguridad de los actos jurídicos?

Es justamente en defensa de los terceros de buena fe que el Código ha establecido algunas importantes excepciones al principio de la retroactividad. Las estudiaremos en detalle, en relación con los siguientes problemas: a) actos de disposición; b) actos de administración; c) pérdida o deterioro de la cosa debida; d) aumentos y frutos.

1118/1084

1084. a) Actos de disposición.— El Código prevé tres excepciones a la regla de la retroactividad: 1) si se trata de bienes inmuebles el cumplimiento de la condición no tendrá efectos retroactivos respecto de terceros sino desde el día en que se hubiere hecho tradición de la cosa como condición de la transmisión del dominio; por consiguiente, mientras el deudor no la haya entregado al adquirente condicional, continúa en el goce de su derecho de propiedad y puede enajenarla a terceros, constituir sobre ella derechos reales, etcétera. Pero transmitida la cosa al acreedor condicional, aunque todavía no se hubiere cumplido la condición, son nulos los actos de disposición celebrados en favor de terceros (ver nota 21); 2) si se trata de bienes muebles, el cumplimiento de la condición no tendrá efectos retroactivos respecto de terceros sino cuando sean poseedores de mala fe (art. 550 Ver Texto ). Los terceros de buena fe, por consiguiente, no pueden ser perjudicados por el principio de la retroactividad. Por tercero de mala fe debe entenderse aquel que tenía conocimiento de la obligación condicional que estaba pendiente (ver nota 22); 3) pero si la cosa mueble es fungible, la protección de los terceros es todavía más amplia: la condición sólo tendrá efectos retroactivos cuando medie fraude (art. 549 Ver Texto , Cód. Civ.). En este caso no basta, como en la hipótesis común de las cosas muebles, que el tercero haya tenido conocimiento de la obligación condicional para que la condición tenga efectos retroactivos. En efecto, puede muy bien ocurrir que el tercero supiera que quien le vende 1.000 quintales de trigo tenga concertada una operación análoga, sometida a condición, con otra persona; pero tratándose de cosas fungibles, no tiene por qué pensar que se trata de los mismos quintales de trigo. Por eso la ley sólo admite el efecto retroactivo de la condición, con los consiguientes perjuicios para terceros, en el caso de que se pruebe la existencia de fraude.

Si el acreedor condicional, cumplida la condición, no puede hacer efectivo su derecho porque el deudor lo ha transmitido a un tercero de buena fe, puede reclamar al deudor el pago de lo equivalente y la indemnización de las pérdidas e intereses (art. 552 Ver Texto , Cód. Civ.).

1118/1085

1085. b) Actos de administración.— Los actos de administración celebrados por el deudor respecto de una cosa que ha conservado en su poder, deben reputarse válidos y deben ser respetados por el acreedor. Tal sería el caso de un contrato de arrendamiento, o una locación de obra destinada a la reparación y conservación de la cosa, celebrado por el deudor después del acto sometido a condición y antes del cumplimiento de ésta. Es la solución que se desprende de los artículos 2670 Ver Texto (que se refiere a la condición resolutoria) y 3276 Ver Texto , Código Civil (ver nota 23).

1118/1086

1086. c) Pérdida o deterioro de la cosa debida.— Puede ocurrir que la cosa debida se pierda o deteriore antes del cumplimiento de la condición. En tal caso, deben aplicarse los principios generales establecidos por el Código para la obligación de dar cosas ciertas (arts. 574 Ver Texto y sigs.). Si ha quedado en poder del deudor y se ha perdido sin culpa de él, la obligación queda resuelta sin prestación ninguna a cargo suyo (art. 578 Ver Texto , Cód. Civ.). Si se ha deteriorado, el acreedor tiene derecho a optar entre la disolución de la obligación o recibir la cosa en el estado en que se encuentra, con disminución proporcional del precio, si lo hubiere (art. 580 Ver Texto , Cód. Civ.).

Pero si la cosa se hubiere perdido o deteriorado por culpa del deudor, debe responder al acreedor por su equivalente y los daños y perjuicios sufridos (arts. 579 Ver Texto y 581 Ver Texto , Cód. Civ.) (ver nota 24).

1118/1087

1087. d) Aumentos y frutos.— Los aumentos de la cosa son accesorios de ésta y, por tanto, siguen la suerte del principal (art. 2571 Ver Texto , Cód. Civ.); de ahí que pertenezcan al acreedor, aunque se hayan producido antes del cumplimiento de la condición.

Con respecto a los frutos, hay que distinguir dos hipótesis: si se hubieran percibido antes de la entrega de la cosa, pertenecen al deudor, pero los pendientes al día de la tradición, corresponden al acreedor (art. 583 Ver Texto , Cód. Civ.). El principio de la retroactividad de la condición haría pensar, prima facie, que todos los frutos devengados a partir de la celebración del acto se deben al acreedor. Pero, evidentemente, el acreedor condicional no puede estar en una situación superior al acreedor puro y simple; el principio de la retroactividad sólo tiende a equiparar la situación de ambos. Y es precisamente respecto del acreedor puro y simple que el Código ha sentado la regla del artículo 583 Ver Texto (ver nota 25).

1118/11250

1087 bis.— Supongamos que, pendiente la condición suspensiva, el deudor de una cosa cuya propiedad ha debido luego transferir por efecto del cumplimiento de aquélla, le haya introducido mejoras. A nuestro juicio, debe reputarse como poseedor de mala fe, pues él se sabía titular de un derecho precario. En consecuencia sólo tiene derecho a ser indemnizado de los gastos necesarios (art. 2440 Ver Texto ) y de las mejoras útiles hasta el mayor valor de la cosa (art. 2441 Ver Texto ). Respecto de las mejoras voluntarias, sólo le queda el derecho de retirarlas, si al hacerlo no causa perjuicio a la cosa (art. 2441 Ver Texto ).

1118/1088

1088. FALTA DE LA CONDICIÓN.— Si la condición no se cumple la obligación es considerada como si nunca se hubiera formado (art. 548 Ver Texto , Cód. Civ.). La aplicación de este precepto no ofrece ninguna dificultad, cuando el deudor no hubiera entregado la cosa debida ni realizado ningún acto que significara el pago, mientras la condición estaba pendiente.

Algo más complejo es el problema cuando ya se hubiere entregado la cosa debida. En tal caso, el artículo 548 Ver Texto dispone que el acreedor condicional que ha recibido la cosa, debe devolverla con todos los aumentos que hubiere tenido, pero no los frutos que haya percibido.

Esta última disposición, que exime al acreedor que ha tenido la tenencia de la cosa de la obligación de devolver los frutos, ha sido objeto de justas críticas por parte de los autores nacionales (ver nota 26). Si, en efecto, la obligación es considerada como si nunca se hubiere formado, no se advierte cuál es el título del acreedor condicional para quedarse con los frutos de la cosa que debe devolver.

1118/1089

1089.— Si la cosa que se halla en poder del acreedor condicional se pierde sin culpa de éste, queda exento de toda responsabilidad, puesto que la cosa se pierde para su dueño (art. 584 Ver Texto , Cód. Civ.); si ha sufrido deterioro, el propietario debe recibirla en el estado en que se encuentre, sin derecho a ninguna indemnización (art. 586 Ver Texto , Cód. Civ.).

1118/10650

## 2.— Efectos de la condición resolutoria

1118/1090

1090. PENDIENTE LA CONDICIÓN.— Mientras la condición resolutoria está pendiente, el acto produce plenamente todos sus efectos, como si fuera puro y simple. Pero a quien ha transmitido derechos o cosas, bajo condición resolutoria, debe reconocérsele la facultad de ejercer las medidas conservatorias necesarias para la protección de sus derechos eventuales (véase núms. 1079-1080) (ver nota 27).

En cuanto a la transmisión activa de derechos mortis causa, se aplican los mismos principios relativos a la condición suspensiva (véase núm. 1082).

1118/1091

1091. PRODUCIDA LA CONDICIÓN.— Cumplida la condición resolutoria, el acto se tiene por no celebrado. Consecuencia lógica y fundamental, es la obligación de restituir lo que se hubiere entregado en virtud de la obligación resuelta (art. 555 Ver Texto , Cód. Civ.).

1118/1092

1092. a) Actos de disposición.— Los actos de disposición realizado por el propietario condicional de un inmueble son nulos si se cumple la condición resolutoria; y el antiguo dueño está autorizado a tomar el inmueble libre de todas las cargas, servidumbres o hipotecas con que los hubiese gravado el propietario desposeído o el tercer poseedor (art. 2670 Ver Texto ). Es ésta una consecuencia del principio de la retroactividad; es verdad que de él resultaban perjuicios eventuales para los terceros que hayan adquirido un derecho sobre el inmueble; pero en este caso el perjuicio se justifica porque en el título de propiedad debe constar la condición resolutoria a que está sometido el dominio; si, no obstante ello, los terceros aceptan la transmisión de derechos sobre un dominio que saben es revocable, lo hacen a su propio riesgo.

Distinta es la solución legal tratándose de muebles; en este caso el cumplimiento de la condición no tiene efectos retroactivos respecto de terceros adquirentes, usufructuarios o acreedores pignoratícios, sino cuando hubiere mala fe de su parte (art. 2671 Ver Texto ). Esta solución es la misma establecida en el artículo 550 Ver Texto para la condición suspensiva. Sobre qué debe entenderse por terceros de mala fe, véase número 1084.

Pero esta norma no es aplicable en el caso de cosas fungibles; en esta hipótesis, no basta la simple mala fe del tercero, sino que es necesario que exista fraude para que la condición se aplique retroactivamente. El artículo 549 Ver Texto debe aplicarse por analogía, puesto que se dan las mismas razones que justifican plenamente la solución del citado precepto (véase núm. 1084).

Igualmente es aplicable por analogía el artículo 552 Ver Texto que dispone que cuando los terceros poseedores sean de buena fe y no tengan obligación de devolver la cosa, el acreedor afectado puede reclamar de quien debió restituírsela por efecto del cumplimiento de la condición, el pago de lo equivalente y la indemnización de pérdidas e intereses.

1118/1093

1093. b) Actos de administración.— Los actos de administración realizados por quien ha poseído un bien inmueble o mueble, con un título sujeto a condición resolutoria, son plenamente válidos (art. 2670 Ver Texto , Cód. Civ.).

1118/1094

1094. c) Pérdida o deterioro de la cosa.— En esta materia se aplican los principios generales sobre las obligaciones de dar cosas ciertas, siguiendo la regla de que las cosas se pierden para su dueño, siempre que la pérdida o deterioro se haya producido sin culpa de quien las tenía en su poder (véase arts. 578 Ver Texto y 580 Ver Texto , Cód. Civ.). En caso de pérdida, el anterior propietario nada puede reclamar; en caso de deterioro, se aplica el artículo 580 Ver Texto .

En cambio, si mediara culpa del tenedor, éste responde por los daños e intereses (véase arts. 579 Ver Texto y 581 Ver Texto , Cód. Civ.).

1118/1095

1095. d) Frutos y aumentos.— Los frutos percibidos por el dueño condicional de una cosa le pertenecen y no deben ser devueltos junto con ella (art. 557 Ver Texto ). Esta solución que implica una excepción al principio de la retroactividad, se justifica plenamente, de acuerdo con la regla general de que los frutos pertenecen al poseedor de buena fe. Este sistema tiene la ventaja de que estimula el trabajo, pues, de lo contrario, los bienes en poder de propietarios, sobre los cuales pende una condición resolutoria, quedarían totalmente improductivos, ante la amenaza de tener que devolver todo su producido.

En cuanto a los aumentos de la cosa, siendo accesorios de la principal, siguen la suerte de ésta; en consecuencia, deben ser devueltos al antiguo propietario junto con ella.

1118/1096

1096. FALTA DE LA CONDICIÓN.— No cumplida la condición, o siendo cierto que no se cumplirá, el derecho subordinado a ella queda irrevocablemente adquirido, como si nunca hubiese habido condición (art. 554 Ver Texto ).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la citada en nota 1620, véase: SPOTA, A.G., El efecto retroactivo del cumplimiento de la condición, J.A., t. 51, p. 746; BIBILONI, Anteproyecto, nota a los arts. 332 y 334; CHAUSSE, A., De la rétroactivité dans les actes juridiques, *Revue Critique*, 1900, t. 29, ps. 529 y s.; LELOUTRE, Etude sur la rétroactivité de la condition, *Revue Trimestrielle*, 1907, ps. 753, y s.; CORNU, G., Nature de la rétroactivité de la condition et sa influence sur la formation du contrat, *Recueil Sirey*, junio de 1951, I, parte, 1, ps. 125, y s.; EYGOUT, H., De l'effet rétroactif de la condition accomplie, *Ussel*, 1922; FILDERMAN, R., De la rétroactivité de la condition dans les conventions, París, 1935; DUSI, B., Cenni intorno alla retroattività della condizione del punto de vista sistematico e legislativo, en *Studi giuridici dedicati al professore Schuffer*, t. 3, p. 512.

(nota 2) Casi toda la doctrina nacional es adversa al principio de la retroactividad; BIBILONI, nota a los arts. 332 a 334; SALVAT, Obligaciones, 4ª ed., n° 689; SPOTA, El efecto retroactivo del cumplimiento de la condición, J.A., t. 51, n° 14; COLMO, Obligaciones, 2ª ed., p. 176, n° 243; LAFAILLE, Obligaciones, t. 2, p. 48, n° 81; además, BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Obligations, t. 2, n° 809 y s.; CHAUSSE, De la rétroactivité dans les actes juridiques, *Revue Critique*, 1900, t. 29, ps. 529 y s.; LELOUTRE, Etude sur la rétroactivité de la condition, *Revue Trimestrielle*, 1907, ps. 753 y s.

(nota 3) COLMO, Obligaciones, 2ª ed., n° 242 a; BUSSO, t. 3, coment. art. 543, n° 15.

(nota 4) PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, ed., La Habana, t. 7, n° 1037; CORNU, G., Nature de la rétroactivité de la condition et sa influence sur la formation du contrat, *Recueil Sirey*, junio de 1951, I, parte 1, ps. 125 y s.; COVIELLO, Doctrina de derecho civil, ps. 474 y s.; MARCADÉ, 6ª ed., t. 4, coment. art. 1179, ps. 457 y s.; JOSSERAND, Derecho civil, trad. esp., t. 2, vol. 1, ps. 596 y s., n° 742; EYGOUT, H., De l'effet rétroactif de la condition accomplie, *Ussel*, 1922; FILDERMAN, R., De la rétroactivité de la condition

dans les conventions, París, 1935, La controversia se ha prolongado al campo del derecho romano; los modernos romanistas niegan que la retroactividad de la condición fuera admitida en Roma, como se había creído sobre la base de los textos citados por VÉLEZ en la nota al art. 543 (en este sentido véase SPOTA, El efecto retroactivo del cumplimiento de la condición, J.A., t. 51, p. 746, n° 3 y s.; GIRARD, p. F., Manuel élémentaire de droit romain, 6ª ed., ps. 486 y s.; CHAUSSE, art. cit. en nota 1661). Pero la discusión no está aún terminada; en el sentido de la doctrina tradicional, véase PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 7, p. 349, n° 1037; Exposición de Motivos del proyecto franco-italiano, cit. por COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, p. 450, n° 660, nota 1; EYGOUT, H., Del l'effet rétroactif de la condition accomplie, Ussel, 1922, n° 99 y s., ps. 90 y s.

(nota 5) COVIELLO, op. y loc. cit. en nota anterior.

(nota 6) CORNU, op. y loc. cit. en nota 1661.

(nota 7) PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, ed. La Habana, t. 7, p. 352, n° 1037.

(nota 8) Sup. Corte Tucumán, 11/5/1935, J.A., t. 15, p. 746; COVIELLO, Doctrina general del derecho civil, ed. México, p. 475; JOSSERAND, ed. Buenos Aires, t. 1, vol. 2, n° 742, in fine, y nota 13, en que se cita un fallo concorde. En el mismo sentido, Proyecto franco-italiano de las obligaciones, art. 110.

(nota 9) PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, ed. La Habana, t. 7, n° 1039.

(nota 10) COVIELLO, Doctrina general del derecho civil, § 135.

(nota 11) SALVAT, Obligaciones, 4ª ed., n° 698; LAFAILLE, Obligaciones, t. 2, p. 47, n° 80; MACHADO, t. 2, coment. art. 546, p. 246; BUSSO, t. 3, coment. art. 546, n° 15.

(nota 12) C. Civil Cap., Sala C, 23/12/1952, L.L., t. 69, p. 391.

(nota 13) BUSSO, t. 3, coment. art. 546, n° 25; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, ed. La Habana, t. 7, n° 1032.

(nota 14) BUSSO, t. 3, coment. art. 546, n° 22; SALVAT, Obligaciones, 4ª ed., n° 697; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, ed. La Habana, t. 7, n° 1032; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Obligations, n° 840.

(nota 15) Le niegan ese derecho: PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, ed. La Habana, t. 7 n° 955; BAUDRY LANCANTINERIE y BARDE, Obligations, t. 1, n° 686; JOSSERAND, trad. esp., t. 2, vol. 1, n° 695; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, 10ª ed. n° 449; FERRARA, La simulación de los negocios jurídicos, ed. esp., p. 451; DE RUGGIERO, Instituciones, ed. esp., t. 2, p. 169. En cambio, reconocen la acción pauliana al acreedor condicional: SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, Naturaleza de la acción revocatoria, Buenos Aires, 1954, n° 12; BUSSO, t. 3, coment. art. 546, n° 28; Obligaciones, 4ª ed., n° 697; LAFAILLE, Obligaciones, t. 2, n° 80; GROUBER, De l'action paulienne en droit civil français contemporain, París, 1913, n° 202. Hay además un viejo fallo de la Cám. Civil de la Capital, en este sentido: 16/6/1898 (Fallos, t. 103, p. 25), cit. por BUSSO, loc. cit. La admite también el Proyecto de 1936 (art. 587).

(nota 16) En sentido semejante, sostiene BAÏCOIANU (L'action paulienne en droit comparé, París, 1922, p. 39) que la acción debe reconocerse al acreedor condicional cuando fuere notorio el efecto perjudicial del acto.

(nota 17) De acuerdo: BIBILONI, nota al art. 1035 del Anteproyecto; SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, Acción oblicua, Buenos Aires, 1945, n° 808 y s.; ETKIN, A., Acción subrogatoria del acreedor a quien se le han transmitido judicialmente derechos del deudor, J.A., 1944-III, sec. doct., ps. 16 y s., n° IV; BIDEGAIN, C. M., La acción subrogatoria, oblicua o indirecta, L.L., t. 20, sec. doct., p. 24, n° 14; LAFAILLE, Contratos, t. 1, p. 231, n° 390; BUSSO, t. 3, coment. art. 546, n° 343; COLMO, Obligaciones, 2ª ed., n° 234 (los autores citados en último término sólo admiten el ejercicio de la acción subrogatoria por el acreedor condicional, cuando tiene el carácter de medida conservatoria; pero sostienen que también puede ser un procedimiento ejecutivo y que en tal caso el acreedor condicional no puede ejercerla); COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, 10ª ed., t. 2, n° 435; DE RUGGIERO, Instituciones, trad. esp., t. 2, p. 165. La doctrina contraria, que niega al acreedor condicional la acción subrogatoria, ha sido sostenida por casi toda la doctrina francesa; véase principalmente: PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, ed. La Habana, t. 7, ps. 223 y s., n° 912; BAUDRY LANCANTINERIE y BARDE, Obligations, t. 1, n° 629; JOSSERAND, Derecho Civil, trad. esp., t. 2, vol. 1, n° 669; en nuestro país se registra en este sentido la opinión aislada de SALVAT, R. J., Del ejercicio por los acreedores de los derechos y acciones de su deudor, L.L., t. 8, sec. doct., ps. 84 y s., n° 10. En el Proyecto de Reformas de 1936 se acepta expresamente el derecho de los acreedores condicionales de ejercer la acción subrogatoria.

(nota 18) Es claro que si ha pagado antes del cumplimiento, pero luego se ha producido éste, el autor no podría reclamar la devolución de la cosa (de acuerdo: BUSSO, t. 3, coment. art. 547, n° 11).

(nota 19) De acuerdo: BUSO, t. 3, coment. art. 544, n° 15; MACHADO, t. 2, nota al art. 544, p. 232.

(nota 20) De acuerdo: BUSO, t. 3, coment. art. 544, n° 44.

(nota 21) SALVAT, Obligaciones, 4ª ed., n° 712; BUSO, t. 3, coment. art. 551, n° 8 y s.

(nota 22) SALVAT, Obligaciones, 4ª ed., n° 715; BUSO, t. 3, coment. art. 550, n° 4; LAFAILLE, Obligaciones, n° 81; COLMO, Obligaciones, 2ª ed., p. 173, n° 238.

(nota 23) De acuerdo: SALVAT, Obligaciones, 4ª ed., n° 718.

(nota 24) De acuerdo: SALVAT, Obligaciones, 4ª ed., n° 720 y s.

(nota 25) De acuerdo: SALVAT, Obligaciones, 4ª ed., n° 725.

(nota 26) LLAMBÍAS, t. 2, n° 1528; SALVAT, Obligaciones, 4ª ed., n° 726 y s.; LAFAILLE, Obligaciones, t. 2, n° 82; BUSO, t. 3, coment. art. 548, n° 21 y s.; MACHADO, t. 2, nota al art. 548, p. 241.

(nota 27) De acuerdo: SALVAT, Obligaciones, 4ª ed., n° 731; LAFAILLE, t. 2, n° 84.

1118/10660

§ 2.— Plazo (ver nota 1)

1118/10670

A.— CONCEPTO Y CARACTERES

1118/1097

1097. CONCEPTO.— Plazo o término es la cláusula en virtud de la cual se difieren o se limitan en el tiempo los efectos de un acto jurídico. A diferencia de la condición, que puede o no suceder, y que, por consiguiente, es esencialmente incierta, el plazo ha de ocurrir fatalmente. De ahí surge esta consecuencia: de la condición depende la existencia misma de la obligación, mientras que, cuando media plazo, sólo está en juego su exigibilidad.

1118/1098

1098. ACTOS QUE PUEDEN SOMETERSE A PLAZO.— En principio todos los actos pueden someterse a plazo. Sólo por excepción y casi siempre por razones de orden moral, la ley lo prohíbe en algunos casos. Así, por ejemplo, la declaración de los contrayentes de que se toman por esposos, no puede ser sometida a término (art. 193 Ver Texto ); tampoco la aceptación o repudiación de la herencia (art. 3317 Ver Texto , Cód. Civ.).

1118/1099

1099. EN BENEFICIO DE QUIÉN SE SUPONE ESTABLECIDO.— En nuestro derecho, el plazo se supone establecido en favor de ambas partes, a no ser que por el objeto de la obligación o por otras circunstancias resultare haberse puesto en favor del deudor o del acreedor (art. 570 Ver Texto , Cód. Civ.). La cuestión tiene importancia, porque si el plazo se supusiera establecido en favor del deudor, éste podría pagar antes del vencimiento; si lo fuera en favor del acreedor, éste podría exigir en cualquier momento el cumplimiento de la obligación. El principio general es, pues, que la obligación debe pagarse el día del vencimiento del plazo, ni antes ni después, salvo que lo contrario surgiera expresa o tácitamente de los términos del acto.

1118/1100

1100.— Se ha criticado esta disposición de nuestro Código, aduciendo que, por lo general, el plazo se establece en favor del deudor y que ésta es la regla que debió sancionar nuestra ley. Sin embargo, el propio VÉLEZ ha defendido su solución, con los siguientes ejemplos: si la obligación consiste en la entrega de ganado o de un buque, la entrega de estos bienes antes del plazo fijado puede crearle serias perturbaciones al acreedor, que tal vez no tenga comodidades para recibirlos (nota al art. 570 Ver Texto ). En los préstamos de dinero con interés es evidente que el plazo favorece no sólo al deudor, sino también al acreedor, pues durante todo el término corren los intereses y es posible que no tenga oportunidad de hacer otra inversión igualmente conveniente de su capital. La mayoría de los autores nacionales apoyan la solución del Código (ver nota 2), que ha sido adoptada en el Proyecto de Reformas de 1936 (art. 702). En cambio, en el Anteproyecto de 1954, el plazo se presume

establecido en beneficio del deudor a no ser que por la naturaleza del acto o por otras circunstancias, resultare haberse puesto en beneficio del acreedor o de ambos (art. 183).

1118/1101

1101. LEGISLACIÓN COMPARADA.— En la legislación comparada prevalece el sistema según el cual el plazo se presume establecido en favor del deudor, salvo que lo contrario resulte expresa o tácitamente del acto: Código Civil francés, artículo 1187; italiano, artículo 1184; alemán, artículo 871; suizo de las obligaciones, artículo 81; brasileño, artículo 126; mexicano, artículo 2522; boliviano, artículo 778; peruano, artículo 179; venezolano, artículo 1214. En cambio, siguen el sistema de nuestra ley, el Código Civil español, artículo 1127; el uruguayo, artículo 1410 y el paraguayo, artículo 335.

1118/10680

## B.— CLASIFICACIÓN

1118/1102

1102. SUSPENSIVO Y RESOLUTORIO.— El plazo es suspensivo cuando se difieren los efectos del acto jurídico hasta el cumplimiento del término fijado; tal es el caso de un pagaré que debe hacerse efectivo a los noventa días de la fecha. En cambio es resolutorio cuando se limitan hasta cierto momento los efectos del acto; como ocurre en la renta vitalicia, que subsiste hasta la muerte del beneficiario.

1118/1103

1103. CIERTO E INCIERTO.— El plazo es cierto cuando la fecha de su cumplimiento está determinada con precisión, sea por la designación expresa del día (31 de diciembre de 1952), o por fijación de un número de días a partir de la fecha del acto (30, 90, 120, 180 días, etc.), o por la determinación de un acontecimiento que ha de ocurrir fatalmente en un cierto día (el próximo plenilunio). El plazo es incierto cuando no se sabe la fecha en que ha de cumplirse; tal, por ejemplo, si se supedita la subsistencia de una obligación a la muerte de una persona, o a la próxima lluvia, etcétera.

Es necesario destacar que la incertidumbre del plazo es muy distinta de la que es propia de la condición. En ésta, la incertidumbre significa que no se sabe si el acontecimiento ocurrirá

o no; nada de esto sucede con el plazo incierto; el cumplimiento de éste se ha de producir fatalmente, pero no se sabe cuándo. Lo incierto es solamente la fecha.

Hay que distinguir una subespecie del plazo incierto, que es el plazo indeterminado. En el plazo incierto propiamente dicho, el acontecimiento que marca el plazo está fijado con precisión, aunque no se sepa por anticipado cuándo ocurrirá (una muerte, la próxima lluvia); en el plazo indeterminado el acontecimiento que lo establece es impreciso, incierto (mejoramiento de fortuna) y por ello debe ser fijado judicialmente, lo que no ocurre en el plazo incierto típico.

1118/1104

1104.— Ciertas cláusulas usadas frecuentemente en los contratos, han suscitado dudas acerca de si deben reputarse plazo indeterminado o condición.

Lo que ha dado lugar a mayores dificultades es aquella por la cual una persona se compromete a pagar una obligación cuando mejore de fortuna.

a) Para algunos fallos y autores, se trata de un término indeterminado; se aduce que el propósito del acreedor no ha sido crear una incertidumbre sobre sus derechos, sino simplemente otorgar al deudor una facilidad de pago (ver nota 3). En consecuencia, a pedido del acreedor, el juez debe señalar el plazo en que debe cumplirse la obligación, aunque no se pruebe el mejoramiento de fortuna (ver nota 4).

b) Según otra opinión se trataría de una condición típica: el mejoramiento de fortuna al que está subordinado el pago puede o no ocurrir; y para exigir el cobro de su crédito el acreedor debe demostrar que aquel hecho se ha producido efectivamente; de lo contrario, no tiene ningún derecho (ver nota 5).

c) SALAS ha sostenido una opinión singular, a la que por nuestra parte adherimos. Hace notar que la solución según la cual el juez debe fijar el plazo aunque no se pruebe el mejoramiento de la fortuna del deudor, es arbitraria y no consulta la verdadera intención de las partes, tal como fue expresada en el título de la obligación. En principio, pues, el acreedor no podrá reclamar la fijación judicial del plazo, sino demostrando que el mejoramiento de fortuna se ha producido. No obstante ello, no es una condición sino un plazo indeterminado. Esto queda demostrado en las siguientes situaciones: 1) Si el deudor fallece, la obligación debe considerarse inmediatamente exigible, porque la cláusula del mejoramiento de fortuna es siempre *intuitae personae*; es una ventaja que se concede a la persona del deudor, pero que no tiene por qué reconocerse a los herederos. 2) Si el deudor se concursa o quiebra, la obligación es también inmediatamente exigible, por iguales

razones; sería de todo injusto que el acreedor que tuvo la generosidad de incluir esta cláusula, no pudiese concurrir con los otros acreedores a participar de la liquidación del patrimonio del deudor. De donde resulta que en este caso, la obligación se hace exigible cuando, en lugar de un mejoramiento de la fortuna del deudor, ha habido un empeoramiento. En suma, la cláusula a mejor fortuna importa un término indeterminado que debe fijarse judicialmente previa prueba del mejoramiento de la fortuna o cuando el deudor fallece o cuando cae en falencia (ver nota 6).

1104-1.— La cláusula cuando el acreedor quiera importa la concesión de un término cuya fijación queda librada al arbitrio del acreedor (ver nota 7). En efecto, no se diferencia de la obligación pagadera a la vista.

El compromiso de cumplir una obligación lo más pronto posible (ver nota 8); cuando el deudor perciba fondos de una sucesión (ver nota 9); cuando cancele una hipoteca (ver nota 10), son plazos y no condición, porque en todos estos casos es evidente que el acreedor no ha querido dejar en la incertidumbre su derecho, sino simplemente conceder una dilación al deudor.

Se ha discutido la naturaleza de la cláusula cuando el deudor quiera. Para la opinión predominante, a la que adherimos, se trata de un término (ver nota 11). El acreedor no ha querido liberar totalmente a su deudor. Deja librado a su arbitrio sólo la oportunidad del pago; de tal modo que si el deudor fallece, la obligación se hace exigible, pues la ventaja que significa la cláusula debe considerarse establecida *intuitae personae* (ver nota 12).

El compromiso de cumplir una obligación pagadera a la vista no requiere fijación judicial de plazo (ver nota 13).

1104-2. FIJACIÓN JUDICIAL DEL PLAZO INDETERMINADO.— Los artículos 620 Ver Texto y 752 Ver Texto establecen que si la obligación autorizase al deudor para satisfacerla cuando pudiere o tuviere medios para hacerla, el juez deberá fijar el tiempo en que debe cumplirse. Esta disposición es aplicable a todo plazo indeterminado; porque no cabe otro medio de poner fin a la incertidumbre que la decisión judicial. Recién después de fijado judicialmente el plazo, puede el deudor ser colocado en mora.

La jurisprudencia había resuelto que el plazo debía ser fijado en juicio ordinario (ver nota 14); era una solución objetable, porque introducía una dilación excesiva. El artículo 509 Ver Texto (reformado por la ley 17711 ) ha dispuesto expresamente que la fijación se haga en juicio sumario.

1105. PLAZOS EXPRESO Y TÁCITO.— El plazo puede ser expreso o tácito. La forma normal de establecerlo es la primera porque, en caso de duda, la obligación debe reputarse pura y simplemente. Pero el término puede surgir de la naturaleza del acto. Así, por ejemplo, en el contrato de transporte, aunque no se estipule plazo, es evidente que el transportador no está obligado a hacer entrega de la cosa en el lugar del destino, antes del tiempo necesario para llevarla.

Se ha declarado que importa concesión tácita de plazo recibir intereses adelantados en los préstamos de dinero; ello significa otorgar plazo hasta el vencimiento del período cubierto por los intereses (ver nota 15).

1118/11260

1105 bis. PLAZO INDETERMINADO Y PLAZO TÁCITO; IMPORTANCIA DE LA DISTINCIÓN.— El plazo tácito debe ser cuidadosamente distinguido del plazo indeterminado. Este último tiene carácter incierto y, por lo tanto, debe ser prefijado por el juez (arts. 620 Ver Texto y 752 Ver Texto ); la sentencia tiene aquí el carácter de constitutiva; la obligación que antes no tenía plazo exigible, ahora lo tiene. Y, por consiguiente, el deudor no puede ser puesto en mora mientras el juez no fije previamente el plazo.

El plazo tácito, en cambio, está fijado por las partes en sus contratos. Si hay discusión entre ellas sobre si se ha cumplido o no, el juez debe decidirlo. Pero su labor no consiste ya en la fijación (o mejor dicho, en la prefijación) de un plazo, sino en declarar que el plazo se ha operado o no. La sentencia es declarativa. Y, por consiguiente, el acreedor que considera que el plazo ya ha vencido, puede interpelar al deudor, sin requerir del juez la fijación del plazo; y esa interpelación producirá plenos efectos si el juez concuerda con su interpretación de que el plazo se encuentra ya vencido. En otras palabras, en el supuesto de plazo tácito, no es indispensable la prefijación del plazo por el juez para constituir en mora al deudor (ver nota 16).

A la luz de esta distinción, deben considerarse como plazos tácitos y no como plazos indeterminados cláusulas tales como las que disponen que la escritura se otorgará “cuando se despachen los certificados administrativos” (ver nota 17) o “cuando lo permita la tramitación ante la Dirección Impositiva”. Es obvio que estas cláusulas no hacen otra cosa que conceder al deudor un plazo razonable para cumplir esas tramitaciones; pero cuando es evidente que el deudor ha sido negligente y moroso y que por ello no se han llevado a cabo los trámites administrativos consiguientes, el plazo debe reputarse cumplido y el acreedor puede constituirlo en mora sin necesidad de pedir la prefijación judicial de un plazo (ver nota 18).

1118/1106

1106. LEGAL, JUDICIAL Y VOLUNTARIO.— El plazo es legal, si surge de la ley, como son los términos fijados por el Código de Procedimientos para la actuación en justicia. Es judicial si está fijado en la sentencia, a menos que se trate de un plazo incierto establecido en el acto jurídico, y el juez se limite a fijar la fecha; en tal caso, el magistrado no hace sino interpretar la voluntad de las partes y el plazo debe reputarse voluntario. Finalmente, es voluntario cuando ha sido establecido por los otorgantes del acto.

El plazo voluntario es el único que cae dentro del concepto de modalidad de los actos jurídicos.

1118/10690

C.— EFECTOS

1118/1107

1107. ANTES DEL VENCIMIENTO.— El acreedor a plazo no tiene todavía un derecho exigible; por consiguiente, no puede accionar, por vía ordinaria o ejecutiva, para obtener el cobro de su crédito.

En cambio dispone de todas las medidas conservatorias reconocidas al acreedor condicional (véanse núms. 1079 y 1080). La ley no lo dice expresamente; pero si se reconocen esas medidas a quien es titular de un crédito incierto, con tanta mayor razón deben otorgarse a quien posee uno cierto, aunque diferido en su exigibilidad (ver nota 19).

1118/11270

1107 bis.— Si, pendiente el plazo, el deudor ha introducido mejoras en la cosa que luego debe entregar, debe reputarse como poseedor de mala fe ( arts. 2440 Ver Texto y 2441, Cód. Civ.).

En cuanto a los frutos, el deudor hace suyos los frutos percibidos antes del cumplimiento del plazo, pero adeuda los que a esa fecha estuvieren pendientes (art. 583 Ver Texto , Cód. Civ.).

1118/1108

1108.— Puede ocurrir que el deudor haya pagado antes del vencimiento. ¿Tiene derecho a repetir lo pagado? El artículo 571 Ver Texto , 1ª parte, resuelve con acierto este problema disponiendo que, en tal caso, se supone que el deudor conocía el término y no puede repetir. Pero supongamos que se prueba que el deudor ha pagado por ignorancia del plazo. La solución es idéntica (art. 791 Ver Texto , inc. 1º) (ver nota 20). La repetición sólo se justifica cuando se paga lo que no se debe. Pero si lo pagado se debía, no debe haber lugar a repetición aunque hubiera plazo pendiente. Por lo demás, la prueba de que no se conocía el plazo es casi imposible en las obligaciones convencionales (no se puede ignorar el término que el propio deudor ha pactado) e imposible en los legales (la ignorancia de la ley no sirve de excusa).

1118/1109

1109.— Antes del vencimiento, los derechos son transmisibles mortis causa, cualquiera sea el término (art. 573 Ver Texto ). La norma citada alude a los plazos ciertos; pero es evidente que la disposición debe aplicarse tanto a éstos como a los inciertos (ver nota 21). La redacción poco feliz del texto obedece a una deficiente adopción de la fuente, que fue FREITAS (ver nota 22).

1118/1110

1110. DESPUÉS DEL VENCIMIENTO.— Después del vencimiento, la obligación se convierte en pura y simple y, por consiguiente, es exigible y judicialmente ejecutable.

1118/10700

D.— CADUCIDAD

1118/1111

1111. DISTINTAS CAUSALES.— Por motivos diversos, la ley suele disponer la caducidad del plazo establecido en los actos jurídicos, reconociendo al acreedor el derecho a ejecutar su crédito, no obstante que el término no esté vencido. Las hipótesis más importantes son las siguientes: a) si el deudor ha caído en insolvencia, el acreedor puede exigir inmediatamente su crédito, sin necesidad de esperar el vencimiento del plazo (art. 572 Ver Texto , Cód. Civ.); b) cuando los bienes hipotecados o dados en prenda fueren judicialmente subastados para satisfacer otro crédito análogo que pesare sobre la misma cosa (art. 754 Ver Texto , Cód. Civ.); c) caduca también el plazo cuando el deudor hipotecario deteriora el inmueble o enajena los muebles accesorios de él (art. 3161 Ver Texto , Cód. Civ.); d) cuando el acreedor ha recibido en prenda una cosa ajena que creía del deudor y la restituye al dueño que la reclamare, podrá exigir que se le entregue otra prenda de igual valor; y si el deudor no lo hiciere, podrá pedir el cumplimiento de la obligación principal, aunque haya plazo pendiente para el pago (art. 3215 Ver Texto , Cód. Civ.); e) el acreedor anticresista que abusare de sus facultades en detrimento del inmueble, puede ser condenado a restituirlo, aun antes de ser pagado de su crédito (art. 3258 Ver Texto , Cód. Civ.).

1118/1112

1112.— Mientras el deudor no haya caído en estado de insolvencia, la disminución notable de su solvencia, posterior al acto y anterior al vencimiento del término, no justifica la caducidad del plazo, pero sí el embargo preventivo (art. 209 Ver Texto , inc. 5º, Cód. Proc.).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: BUSSO, Código Civil Anotado, t. 3, coment. art. 556 y s.; SALVAT, Obligaciones, 4ª ed., nº 745 y s.; LAFAILLE, Obligaciones, t. 2, nº 87 y s.; COLMO, Obligaciones, 2ª ed., 1928; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, ed. La Habana, t. 7, nº 998 y s.; JOSSERAND, ed. Buenos Aires, t. 2, vol. 1, nº 772 y s.; BAUDRY LANCATINERIE y BARDE, Obligations, t. 2, nº 968, y s.; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, 10ª ed., t. 2, nº 661 y s.; BETTI, E., Teoría general del negocio jurídico, trad. esp., nº 68; CARIOTTA FERRARA, Il negozio giuridico, nº 143 y s.; FALZEA, La condizione e gli elementi dell'atto giuridico, Milano, 1914; ROSSI, en Digesto Italiano, t. 23, 1ª parte, p. 764; ZAPULLI, en Nuovo Digesto Italino, t. 12, 2da. parte, ps. 59 y s.; CASTÁN TOBEÑAS, Derecho civil español, común y foral, 7ª ed., ps. 745 y s.; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, Parte General, t. 1, vol. 2, ps. 312 y s.

(nota 2) BUSSO, coment. art. 570, nº 7; SALVAT, Obligaciones, 4ª ed., nº 763. En contra: LAFAILLE, Obligaciones, t. 2, nº 94.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala B, 14/8/1961, J.A., 1962-II, p. 397; Sala C, 31/8/1956, J.A., 1956-IV, p. 142; C. Civil, 2ª Cap., 28/10/1938, L.L., t. 12, p. 399; C. Fed. La Plata,

28/11/1932, J.A., t. 40, p. 82; SALVAT, Obligaciones 4ª ed., nº 755; LAFAILLE, Obligaciones, nº 90; COLMO, Obligaciones, nº 272; DASSEN, Obligaciones a satisfacerse cuando el deudor pueda o tenga los medios para hacerlo, J.A., t. 43, p. 989; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Obligations, t. 2, nº 969; LLAMBÍAS, t. 2, nº 1537.

(nota 4) Fallos citados en nota anterior.

(nota 5) C. Civil 1ª Cap., 5/4/1942, J.A., 1942-II, p. 514; C. Civil 2ª Cap., 4/12/1941, J.A., t. 77, p. 374; íd. 23/3/1943; L.L., t. 30, p. 103; C. Com. Cap., 31/7/1935, J.A., t. 51, p. 258; íd., 30/7/1952, J.A., 1954-II, p. 358; C. Fed. Cap., 13/6/1934, J.A., t. 46, p. 855. OLIVERA (Obligaciones a mejor fortuna, J.A., 1954-II, p. 358) sostiene que es una modalidad atípica, sin plazo ni condición. LLAMBÍAS sostiene que para establecer si existe plazo o condición debe investigarse la voluntad de las partes (Parte General, nº 1537).

Nosotros habíamos adherido en nuestras ediciones anteriores a la opinión de que esta cláusula importa una condición. El trabajo de SALAS nos induce a cambiar de punto de vista.

(nota 6) SALAS, Obligaciones a mejor fortuna, J.A., 1962-II, p. 397.

(nota 7) C. Com. Cap., Sala B, 27/11/1964, J.A., 1965-V, p. 436.

(nota 8) C. Civil Cap., Sala D, 12/6/1947, L.L., t. 88, p. 141; LAFAILLE, Obligaciones, t. 2, nº 90.

(nota 9) C. Apel. La Plata, 30/6/1932, J.A., t. 39, p. 623.

(nota 10) C. Civil 2ª Cap., 16/4/1923, J.A., t. 10, p. 623.

(nota 11) SALVAT, Obligaciones, nº 755; COLMO, Obligaciones, nº 271; SALAS, Obligaciones a mejor fortuna, J.A., 1962-II, p. 402. Es también el criterio de la doctrina y jurisprudencia francesas; véase principalmente: PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 7, nº 999; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Obligations, t. 2, nº 970. En el mismo sentido, Cód. Civ. italiano, art. 1183. BUSSO, en cambio, piensa que es un caso de condición puramente potestativa, que anula la obligación (t. 3, art. 569, nº 13). Nosotros habíamos adherido a esta opinión en nuestras ediciones anteriores; pero una nueva reflexión nos ha hecho variar en el sentido indicado en el texto.

(nota 12) SALAS, loc. cit. en nota anterior.

(nota 13) C. Apel. 2ª La Plata, 18/6/1943. J.A., 1943-III, p. 86; BUSSO, t. 3, art. 569, n° 15. En contra: Cód. Civ. italiano, art. 1182, 2º ap.

(nota 14) C. Apel. 1ª La Plata, 16/11/1943, L.L., t. 34, p. 477; íd., 2/6/1960, J.A., 1960-VI, p. 19.

(nota 15) C. Civil Cap., Sala A, 30/12/1958, causa 51.624 (inérita); íd., 16/12/1959, causa 60.031 (inérita); Sala B, 10/5/1957, L.L., t. 89, p. 4; Sala C, 17/11/1952, J.A., 1953-I, p. 314; Sup. Corte Buenos Aires, 1/6/1943, J.A., 1943-II, p. 9; BUSSO, t. 5, p. 529, n° 58.

(nota 16) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala A, 28/2/1963, J.A., 1963-II, p. 616, E.D., t. 5, p. 755 y L.L., t. 110, p. 572. Llevó la palabra del Tribunal en este importante fallo el doctor de ABELLEYRA. En sentido concordante: C. Civil Cap., Sala A, 3/9/1963, J.A., 1964-II, p. 452; Sala A, 10/5/1978, E.D., t. 81, p. 495, Sala F, 7/10/1980, L.L., 1980-C, p. 502. En contra: C. Civil, Sala C, 16/10/1974, E.D., t. 61, p. 156, que resolvió que la cláusula “cuando se despachen los certificados” importa un plazo incierto indeterminado que vence al vencer el plazo fijado en la sentencia.

(nota 17) C. Civil Cap., Sala A, 10/5/1978, E.D., t. 81, p. 495.

(nota 18) Fallos citados en nota anterior. Una nueva reflexión del problema nos ha inducido a volver sobre el punto de vista que sobre este tema sostuviéramos en nuestras primeras ediciones (n° 1105, in fine) y en Tratado de Derecho Civil, Contratos, 1ª ed., t. 1, n° 465.

(nota 19) De acuerdo: GATTI, Modalidades de la voluntad testamentaria, n° 60.

(nota 20) Hasta la sanción de la ley 17711 existían sobre este punto dos disposiciones contradictorias: el art. 791 Ver Texto , inc. 1º, que según hemos visto niega la acción de repetición, y el art. 571 Ver Texto , 2º apartado, que la reconocía. La ley 17711 derogó esta última disposición, con lo cual el sistema legal quedó aclarado siguiendo la mejor doctrina.

(nota 21) SALVAT, Obligaciones, 4ª ed., p. 305, n° 775; BUSSO, t. 3, coment. art. 573, n° 2 y s.; COLMO, Obligaciones, p. 199, n° 277.

(nota 22) Véase sobre este punto, BUSSO, t. 3, coment. art. 573, n° 3 y 4.

1118/10710

§ 3.— Cargo (ver nota 1)

1118/1113

1113. CONCEPTO.— El modo o cargo es una obligación accesoria que se impone al que recibe una liberalidad (ver nota 2). Tal es, por ejemplo, la que se impone al legatario de hacer decir misas por el alma del causante.

1118/1114

1114.— En nuestra doctrina se ha sostenido que, si bien lo normal y corriente es que los cargos sólo se impongan en los actos que importan una liberalidad, esto no hace a la esencia del modo, que bien podría imponerse en un contrato oneroso. En apoyo de esta teoría se cita la opinión de MACKELDEY, recordada por VÉLEZ SANSFIELD en la nota al artículo 558 Ver Texto (ver nota 3). Creemos que este argumento es muy débil para apoyar un punto de vista tan evidentemente erróneo. No sólo las notas de VÉLEZ no son obligatorias para el intérprete, sino que, en este caso, el codificador se ha limitado a recordar la opinión de un autor, la que resulta contradictoria con su propia definición de modo, transcripta también en la citada nota. Según ésta, el modo supone un acto por el cual una persona quiere beneficiar a otra. Y en los contratos onerosos no se da este supuesto; cada una de las partes procura, no beneficiar a la otra, sino, por el contrario, cuidar de su propio interés y sacar del acto la mayor ventaja posible. Las obligaciones impuestas en tal caso a la otra parte no son un cargo, sino simplemente la contraprestación.

La doctrina extranjera es unánime en el sentido de que el cargo sólo puede concebirse en los actos que importan una liberalidad (ver nota 4).

1118/1115

1115.— El cargo es siempre una obligación accesoria; no afecta la eficacia ni la exigibilidad del derecho (art. 558 Ver Texto, Cód. Civ.), puesto que su incumplimiento no ocasiona la pérdida del beneficio, salvo las hipótesis excepcionales previstas en la ley (véase núm. 1121).

1118/1116

1116.— A veces, un mismo acto puede imponerse como condición o como cargo. Así, por ejemplo, un legado puede hacerse con la condición o con el cargo de que el beneficiario haga una donación a una institución filantrópica. La diferencia es muy importante por los efectos inherentes a una y otra modalidad: a) el incumplimiento de la condición trae aparejada la extinción del beneficio; el incumplimiento del cargo, no; b) los interesados pueden exigir judicialmente el cumplimiento del cargo, cosa que no podrían hacer si fuera condición.

Ahora bien: es posible que de la cláusula en que se establece el beneficio no resulte claro si la obligación impuesta al beneficiario es cargo o condición; en caso de duda, se juzgará que importa un simple cargo (art. 558 Ver Texto , in fine, Cód. Civ.). La ley se inclina, con acierto, por la solución menos severa.

1118/1117

1117. CRÍTICA DEL CÓDIGO.— La redacción de los artículos 558 Ver Texto y siguientes del Código Civil relativa a los cargos, ha sido, sin duda, poco feliz. Se entremezclan y confunden conceptos tan fácilmente diferenciables como cargo y condición. Así, por ejemplo, se alude a los efectos de los cargos que no fueran impuestos como condición suspensiva o resolutoria (arts. 558 Ver Texto a 560), lo cual es evidentemente inútil, porque si es condición no es cargo, y viceversa; en el artículo 559 Ver Texto se establece una disposición propia de la condición resolutoria y no del cargo.

1118/1118

1118. INCUMPLIMIENTO DEL CARGO: EFECTOS.— El incumplimiento del cargo no trae aparejada la pérdida de los derechos adquiridos, pero el beneficiario de la liberalidad puede ser compulsado judicialmente a cumplirlo (art. 560 Ver Texto , Cód. Civ.). Y si no obstante la sentencia, el deudor se negare a cumplirlo, estará obligado a indemnizar al interesado. Sin perjuicio de la facultad del juez de aplicar astreintes como medio de obligarlo a cumplir.

1118/1119

1119.— Los interesados en demandar el cumplimiento del cargo son: a) en primer término, el transmitente del derecho; b) sus sucesores a título universal (arts. 1852 Ver Texto y 3842 Ver Texto , Cód. Civ.); c) el tercero beneficiado con el cargo; d) sus sucesores a título universal; e) los sucesores a título particular, si el cargo tuviere por objeto conservar, mejorar, etcétera, una cosa mueble o inmueble; f) los acreedores del beneficiado con el cargo, en ejercicio de la acción subrogatoria; g) el albacea (ver nota 5).

1118/1120

1120.— La obligación de cumplir el cargo se transmite a los herederos, a no ser que se tratare de una prestación que sólo puede realizar el beneficiario (art. 562 Ver Texto , Cód. Civ.).

1118/1121

1121. CASOS EN QUE EL INCUMPLIMIENTO DEL CARGO PROVOCA LA PÉRDIDA DEL DERECHO.— La regla de que el incumplimiento del cargo no afecta el derecho en sí, sufre algunas excepciones expresamente establecidas en la ley.

a) En caso de donación, el donante puede pedir la revocación por inejecución de los cargos (art. 1851 Ver Texto ), salvo que la ejecución se haya hecho imposible sin culpa del donatario y antes de que fuera constituido en mora (art. 1852 Ver Texto ).

b) El incumplimiento del cargo autoriza también la revocación del legado, cuando aquél ha sido la causa final de la liberalidad (art. 3841 Ver Texto , Cód. Civ.). Es decir, que la revocación únicamente procederá en el caso de que el juez tenga el convencimiento de que el legado sólo se otorgó en vista del cumplimiento del cargo (ver nota 6). Esta hipótesis es excepcional porque, por regla general, los legados tienen por causa final el beneficio del legatario y el cargo es sólo una obligación accesorio. Y en cualquier caso, la inejecución del cargo que se ha hecho imposible antes de la constitución en mora, sin culpa del legatario, no da lugar a la revocación (arts. 3842 Ver Texto y 1853 Ver Texto , Cód. Civ.).

c) Si se tratare de cargos que importen obligaciones inherentes a la persona del beneficiario, y éste falleciese sin haberlos cumplido, el derecho queda revocado, volviendo los bienes al autor de la liberalidad a la revocación (arts. 3842 Ver Texto y 1853 Ver Texto , Cód. Civ.).

1118/11280

1121 bis. INEJECUCIÓN PARCIAL.— En principio, la ejecución del cargo debe ser completa. Pero esta regla no es tan rigurosa como en materia de condición; se admite que los jueces puedan resolver si lo que resta por ejecutar es de tal importancia que justifique la revocación (en los casos excepcionales en los cuales ésta procede). Y por lo tanto, sería posible rechazar una demanda de revocación, si aunque no completas, las prestaciones hechas por el beneficiario fueron importantes y si a criterio del juez esta sanción resultare excesiva (ver nota 7). Queda a salvo, desde luego, la acción de los interesados (véase núm. 1119), para reclamar el cumplimiento del saldo.

1118/1122

1122. EFECTOS RESPECTO DE TERCEROS.— En todos los casos en que el incumplimiento de los cargos dé lugar a la revocación del beneficio, la reversión de los bienes no tendrá efectos respecto de terceros sino en los casos en que puede tenerlo la condición resolutoria (art. 563 Ver Texto , Cód. Civ.). Es decir, que en esta hipótesis se producen los efectos ya estudiados con referencia a la condición (véase núms. 1083 y sigs.).

1118/1123

1123. LÍMITES DE LA RESPONSABILIDAD DEL BENEFICIARIO.— Hemos dicho ya que el beneficiario de una liberalidad con cargo puede ser obligado al cumplimiento de él; pero puede ocurrir que la cosa recibida en legado o donación no baste para cumplir con el cargo. En este caso, el beneficiario carece de toda responsabilidad personal por el exceso; sus obligaciones se limitan al monto de los bienes recibidos. La ley autoriza, además, a sustraerse a la ejecución de los cargos, abandonando la cosa donada o legada, y si ésta perece por caso fortuito, queda libre de toda obligación (arts. 1854 Ver Texto y 3774 Ver Texto , Cód. Civ.).

Pero si el heredero ha perdido el beneficio de inventario, confundiendo su patrimonio personal con el del causante, entonces su responsabilidad es ilimitada (ver nota 8).

1118/1124

1124. TÉRMINO PARA CUMPLIR EL CARGO.— Si el término para cumplir el cargo no estuviere expresado en el acto, el juez debe fijarlo (art. 561 Ver Texto , Cód. Civ.).

1118/1125

1125. CARGOS IMPOSIBLES, ILÍCITOS O INMORALES.— Si el cargo impuesto fuere imposible, ilícito o inmoral, es nulo el acto de liberalidad en que hubiere sido impuesto (art. 564 Ver Texto , Cód. Civ.).

Con respecto a los cargos imposibles, la ley contiene, sin embargo, una importante excepción a aquella regla: si el hecho no fuera absolutamente imposible, pero llegase a serlo después, sin culpa del adquirente, la adquisición del beneficio subsistirá sin cargo alguno (art. 565 Ver Texto , Cód. Civ.).

Creemos injusta la regla del artículo 564 Ver Texto , en lo que atañe a los cargos imposibles e ilícitos. Según ya lo hemos dicho, el cargo es una modalidad accesorio del acto jurídico que no afecta la exigibilidad ni la eficacia de los derechos transmitidos. No se justifica, por lo tanto, que un cargo imposible —sea por razones físicas o jurídicas— anule la liberalidad, tanto más cuanto que ni siquiera el incumplimiento a designio tiene ese efecto (ver nota 9). Con mejor criterio, el Código Civil italiano ha dispuesto que el cargo imposible o ilícito no anula la obligación principal, a menos que haya sido el motivo determinante de ésta (art. 794 Ver Texto ) (ver nota 10).

El artículo 193 Ver Texto (ref. por ley 23515 ) dispone que todo cargo impuesto a la declaración de los contrayentes de que se toman por marido y mujer, se tendrá por no escrito, sin afectar la validez del acto.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: BUSO, Código Civil Anotado, t. 3, coment. art. 558 y s.; CASTÁN TOBEÑAS, J., El modo en los actos jurídicos, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1921, ps. 211 y s.; COGLIOLO, Il “modus” nei contratti, Riv. Diritto Commerciale, t. 30, ps. 179 y s.; LOMONACO, Teoría delle donazione modali; LUZZATO, F., Condizione e modo negli atti di ultima volontà, Roma, 1894; NATALI, N., Teoría delle donazioni modali; SCUTO, Il “modus”, nel diritto civile italiano, Palermo, 1909; ZAPULLI, en Nuevo Digesto Italiano, Vº Modus, t. 8, ps. 861 y s.

(nota 2) CASTÁN TOBEÑAS, Derecho civil español, común y foral, 7ª ed., p. 747, nota. 2.

(nota 3) En este sentido: BUSO, t. 3, coment. art. 558, nº 14 y s.; SALVAT, Obligaciones, 4ª ed., nº 781; LAFAILLE, Obligaciones, t. 2, nº 103; MACHADO, t. 2, nota al art. 558, p. 256.

(nota 4) En la doctrina italiana no caben discrepancias, pues esta solución se apoya en los propios textos legales (arts. 647 Ver Texto y 793 Ver Texto , Cód. Civ.); para la doctrina

española, véase CASTÁN TOBEÑAS, El modo en los actos jurídicos, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1921, ps. 211 y s., y Derecho civil español, común y foral, 7ª ed., ps. 747 y s.; para la doctrina francesa, PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 3ª ed., t. 3, nº 3661 y s.; para la alemana, ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, Obligaciones, t. 2, vol. 2, p. 131; para la uruguaya, GATTI, Modalidad de la voluntad testamentaria, nº 71.

(nota 5) De acuerdo: BUSSO, t. 3, coment. art. 560, nº 7.

(nota 6) De acuerdo: RÉBORA, J. C., Derecho de las sucesiones, Buenos Aires, 1932, t. 2, nº 435, nota 2; véase, además, la nota al art. 3841 y los autores en ella citados.

(nota 7) C.S.N., 16/3/1920, J.A., t. 4, p. 90; ACUÑA ANZORENA, nota en J.A., t. 57, p. 700, nº 10; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, nº 1609; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, nº 489.

(nota 8) GATTI, Modalidades de la voluntad testamentaria, nº 87; GANGI, La successione testamentaria, t. 3, nº 514.

(nota 9) En este sentido concordante, aunque con criterio demasiado restrictivo, sostiene COLMO que la imposibilidad del cargo no debe afectar la validez del derecho, cuando es nimio y no puede considerarse causa del acto: Obligaciones, 2ª ed., nº 255 y s..

(nota 10) En perfecta coincidencia con este criterio, para el derecho francés, véase PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 3ª ed., nº 3699.

1118/10720

## CAPÍTULO XIV - VICIOS DE LOS ACTOS JURÍDICOS

1118/10730

### I. ERROR (ver nota 1)

1118/10740

§ 1.— Error de hecho

1118/10750

A.— TEORÍA DEL ERROR EN EL CÓDIGO CIVIL

1118/1126

1126. TEORÍA DE LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO: CRÍTICA.— Según la doctrina de la voluntad, cuya crítica hicimos oportunamente (véase núms. 829 y sigs.), el consentimiento, para tener efectos jurídicos, debe ser expresado con discernimiento, intención y libertad. Ahora bien: como la seguridad de los negocios exige conferir valor, en principio, a las situaciones aparentes, el consentimiento se presume válido en tanto el que lo prestó no demuestre que ha estado viciado por error, dolo o violencia. Pero si concurre alguno de estos vicios, el acto es anulable, porque ellos suponen la falta de un elemento esencial de la voluntad: en los dos primeros falta intención: en el último, libertad.

1118/1127

1127.— Esta teoría, muy difundida aun entre juristas modernos y que nuestro codificador acogió en el artículo 922 Ver Texto , Código Civil, es de una debilidad notoria.

Se parte de la base de que sólo una voluntad manifestada en forma perfecta y con un conocimiento pleno del asunto es válida. Pero ésta es una posibilidad que se da rara vez en los negocios jurídicos. Generalmente, llevamos a cabo los negocios y transacciones bajo la presión de nuestras necesidades (lo que implica falta de libertad) o sin haber podido estudiar las consecuencias que más tarde nos serán perjudiciales. El error en la consideración de un negocio cualquiera no sólo es frecuente, sino casi inevitable. Si éstas fueran causas de nulidad, prácticamente todas las transacciones humanas estarían sujetas a tal sanción.

Es tan evidente esta conclusión, que los propios sostenedores de la teoría de los vicios del consentimiento han debido admitir importantes limitaciones. No todo error es causa de nulidad; así, por ejemplo, no lo es el que recae sobre los motivos o las calidades accidentales de la cosa (art. 928 Ver Texto , Cód. Civ.); ni el que proviene de una

negligencia culpable, aunque sea esencial (art. 929 Ver Texto , Cód. Civ.); tampoco origina la anulabilidad del acto el dolo recíproco (art. 932 Ver Texto , inc. 4º, Cód. Civ.); ni el temor reverencial (art. 940 Ver Texto , Cód. Civ.). Y, sin embargo, en todos estos casos la voluntad está viciada. Tan palmarias contradicciones han pretendido explicarse invocando la necesidad de dar estabilidad a los negocios jurídicos; de lo contrario, se afirma, se multiplicarían las nulidades en forma peligrosa. Es decir, que se pretende mantener el principio y negar la mayor parte de sus consecuencias. Si la realidad jurídica demuestra que la teoría de los vicios del consentimiento es peligrosa e inaplicable en numerosísimos casos, ello muestra que tal teoría es radicalmente falsa.

Es necesario reafirmar que los procesos mentales internos de la persona que manifiesta su voluntad son irrelevantes; ellos no pueden ser aprehendidos por el derecho sino en tanto hayan tenido manifestación exterior (véanse núms. 816 y sigs. y 830 y sigs.). El verdadero fundamento de la anulación de los actos celebrados con dolo o violencia es el hecho ilícito; porque si tales actos fueran válidos, ello importaría establecer el imperio de la mala fe y el delito. No es necesario recurrir a sutiles y complicadas teorías jurídicas para explicar lo que se explica por sí mismo (ver nota 2). En cambio, no es posible hallar una justificación satisfactoria a las nulidades que se pretende fundar en el error de las partes. De esto nos ocuparemos más adelante (núms. 1130 y sigs.).

1118/11290

1127 bis.— Se nos ha reprochado nuestra crítica de la teoría de los vicios del consentimiento, afirmándose que ella parte de una concepción pesimista acerca de las posibilidades humanas; que implica un pensamiento determinista negatorio de la libertad de obrar del hombre y un escepticismo sobre el entendimiento como facultad idónea para discernir la conveniencia del agente (ver nota 3). Pero no hay tal. Nosotros nos hemos limitado a exhibir una realidad humana, tal cual es. No negamos la libertad moral del hombre para obrar, ni su inteligencia para comprender el sentido y las consecuencias de sus actos. Lo que afirmamos es que la validez jurídica de un acto no depende de una completa libertad de obrar ni de una perfecta inteligencia del acto; que muchísimas veces las personas obran sin libertad o con error y no por ello el acto es nulo. Porque en el plano del derecho, hay otros valores tan serios y respetables como aquéllos. He aquí un ejemplo. Un comerciante, cuyo negocio se asfixia por falta de capital y que ha agotado ya sus posibilidades crediticias, asocia a su empresa a un capitalista, a quien reconoce el 50% de las ganancias. En circunstancias normales y prósperas, jamás hubiera celebrado un contrato que significa perder definitivamente la mitad de sus eventuales ganancias. Lo hace presionado inexorablemente por las circunstancias, porque es la única manera de evitar la quiebra. En otras palabras, obra sin libertad, celebra el contrato a regañadientes, doliéndose de compartir el fruto de lo que quizás ha sido la empresa de toda su vida. Pero su decisión de celebrarlo es lógica, razonable, seria. Es la única forma de salvar su fortuna. Tal acto debe ser respetado, porque es indudablemente conveniente y socialmente valioso.

Cuando negamos que los procesos internos (no captables por el contratante) puedan servir de base para fundar la validez o la nulidad de un negocio jurídico, no caemos en una concepción pesimista de las posibilidades del hombre, sino, por el contrario, afirmamos nuestra confianza en que el obrar humano responde a motivaciones serias, sin necesidad de comprobarlo con vanos y engañosos análisis psicológicos; afirmamos que la actuación jurídica no sólo importa derechos, sino también responsabilidades frente al co-contratante a quien se ha dirigido una declaración de voluntad, haciéndole concebir legítimas esperanzas basadas precisamente en la fe que debe tenerse en la palabra empeñada. Creemos, en fin, que nuestra tesis tiene un significado altamente moralizador, puesto que coloca las relaciones humanas sobre una base de buena fe, de confianza recíproca, y evita chicanes fundados en supuestas fallas en los procesos internos de la voluntad. En nuestro ejemplo, faltó libre voluntad en el comerciante que asoció a un capitalista.

Por lo demás, nuestro esfuerzo no ha tendido a elucubrar una nueva teoría sobre esta materia, sino simplemente a rasgar el velo que oscurecía la comprensión del mecanismo en que se funda la validez de los actos jurídicos y a explicar la razón por la cual deben anularse los actos viciados de violencia o dolo. No inventamos nada, sino que mostramos cómo ocurren las cosas en la realidad de la vida jurídica; nos apoyamos en una jurisprudencia constante, que no conoce vacilaciones. Pues a pesar del tradicional prestigio doctrinario de la teoría de los vicios del consentimiento, a pesar de los textos que la sancionan, a pesar de los fallos que proclaman su vigencia, los jueces prescinden de ella cuando llega el momento de las soluciones prácticas. Ellos evitan siempre (aunque a veces digan lo contrario) los análisis psicológicos estériles, buenos solamente para quienes se valen de astucias de mala fe para desligarse de sus compromisos legítimamente contraídos; atienden prudentemente a la conducta externa de las partes y le hacen producir plenos efectos, en tanto no se demuestre que dicha conducta ha sido provocada por el hecho ilícito del co-contratante.

1118/1128

1128. ERROR ESENCIAL Y ERROR ACCIDENTAL.— La falibilidad humana es tal que si cualquier error diera lugar a la anulación de los actos jurídicos, las nulidades serían frequentísimas. Se ha hecho necesario, por consiguiente, introducir una distinción entre el error esencial y el accidental. El primero es aquel que se refiere al elemento del contrato que se ha tenido especialmente en mira al celebrarlo; sólo él da lugar a la anulación del acto. En cambio, el error que recae sobre circunstancias secundarias o accidentales no es suficiente para provocar la invalidez. El criterio que permite distinguir si el elemento del negocio ha sido o no esencial, es eminentemente objetivo; dependerá de lo que ordinariamente, en la práctica de los negocios, se tenga por tal; y nadie puede pretender que una cualidad o persona ha sido determinante de su consentimiento si, objetivamente considerada, no es esencial. Tal es la doctrina que se desprende claramente del artículo 928 Ver Texto , Código Civil. Queda, sin embargo, a salvo el caso de que esa cualidad accidental haya sido exigida expresamente como condición por la parte interesada (art. 928

Ver Texto ); pero, en tal caso, el fundamento de la anulación no será el error, sino la falta de una de las condiciones exigidas en el acto.

1118/1129

1129.— Para evitar dudas, nuestro Código ha enumerado expresamente los casos de error esencial:

a) El que recae sobre la naturaleza del acto (art. 924 Ver Texto , Cód. Civ.); por ejemplo: yo me propongo venderte una casa y tú entiendes recibirla en donación o en alquiler.

b) El que recae sobre el objeto del acto (art. 927 Ver Texto , Cód. Civ.); yo entiendo venderte mi casa de Buenos Aires y tú aceptas comprar la de Córdoba.

c) El que recae sobre la causa principal el acto (art. 926 Ver Texto , Cód. Civ.). Este es un supuesto típico de falsa causa y deben, por consiguiente, aplicarse los principios relativos a ese elemento esencial de los actos jurídicos.

d) El que recae sobre las cualidades esenciales de la cosa (art. 926 Ver Texto , Cód. Civ.). El concepto de sustancia o cualidad sustancial ha dado lugar a dificultades; pero la doctrina moderna está ya de acuerdo en afirmar que debe tenerse por tal aquella cualidad que las partes han tenido en mira como sustancial o esencial en su negocio jurídico; en otras palabras, aquélla sin la cual no hubiesen contratado (ver nota 4). Para juzgar si la cualidad ha sido o no sustancial, el juez no debe aplicar un criterio subjetivo, poniéndose en el lugar de la persona misma que contrató, sino que debe apreciar su importancia de acuerdo con las circunstancias y con la práctica de los negocios (véase art. 928 Ver Texto y nuestro número anterior) (ver nota 5).

e) El que recae sobre la persona del otro contratante (art. 925 Ver Texto , Cód. Civ.), siempre que la consideración de ella haya sido esencial en la conclusión del contrato. Si encargo un retrato, la persona del pintor tiene una importancia fundamental; si presto una suma de dinero, el prestatario debe ser cuidadosamente elegido, tener solvencia material y moral; si alquilo una propiedad, me interesa que el inquilino cuide la casa, pague los alquileres, etcétera. En cambio, si compro mercaderías al contado, la persona del vendedor poco me importa. Sólo los contratos celebrados intuitae personae pueden ser anulados por error, y siempre que éste haya sido determinante.

1118/11300

1129 bis. ERROR EXCUSABLE E INEXCUSABLE.— Según el artículo 929 Ver Texto , no todo error puede fundar un pedido de nulidad del acto jurídico; para ello es necesario que sea excusable, es decir, que haya habido razón para errar; pero cuando la ignorancia del verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable, el error es inexcusable, y quien ha incurrido en él no puede pretender la nulidad del acto.

1118/10760

B.— CRÍTICA DE LA TEORÍA DEL ERROR (ver nota 6)

1118/1130

1130. ES INADMISIBLE DESDE EL PUNTO DE VISTA TEÓRICO.— Teóricamente la anulación de un acto jurídico por error de los contratantes no tiene justificación.

Esta conclusión resulta a todas luces evidente si se acepta la teoría de la declaración de la voluntad, como lo hemos hecho nosotros (véase núms. 830 y sigs.). En efecto, si lo que tiene valor en la formación de los actos jurídicos es la voluntad tal como se ha manifestado, no interesan las razones o motivos puramente psicológicos e internos que dieron origen a la falta de coincidencia entre la intención y la voluntad declarada; el error no justifica, por consiguiente, la anulación (ver nota 7).

Tampoco se justifica dentro de la teoría de la voluntad psicológica. Si el error fuera motivo de nulidad, no es aventurado decir que todos los actos serían nulos, puesto que el hombre sale constantemente de un error para caer en otro, según lo dice con verdad LAURENT (ver nota 8).

Ello ha obligado a los sostenedores de esta teoría a introducir la distinción entre error esencial y accidental, distinción evidentemente arbitraria. Si lo que da lugar a la nulidad es que la voluntad está viciada, ¿por qué el error sobre los motivos, que tan profundamente vicia el consentimiento, no es causal de nulidad? Se dice que de lo contrario las nulidades se multiplicarían, con grave peligro de la seguridad del comercio jurídico. Pero la explicación no es satisfactoria. Porque si en ambos casos el consentimiento está viciado, en los dos la consecuencia debe ser la misma.

La verdad es que mientras el error permanece en la intimidad del sujeto, es decir, mientras el otro contratante no ha podido conocerlo, no puede producir efectos jurídicos. Una

sanción tan grave como la nulidad debe tener una base objetiva, seria y concreta y no puede fundarse en procesos puramente internos, cuya prueba será siempre, o casi siempre, imposible. “Ni el mismo diablo conoce la intención del hombre” (ver nota 9).

Si por el contrario el error se ha exteriorizado en el momento del contrato, la teoría del error deja de ser aplicable y el caso debe resolverse por los principios relativos al dolo o la condición (véase núm. 1134).

Finalmente, hay una razón de justicia y de equidad que obliga a rechazar la anulación de un acto por error. Es inicuo que en una relación contractual el legislador se coloque de parte de quien, por descuido, por no tomar las debidas precauciones o por cualquier otra razón, se equivocó, y no de parte de quien obró en sus negocios con la debida atención y diligencia y que nada tiene que reprocharse. La sanción de la nulidad perjudica, en efecto, a quien no incurrió en error.

1118/1131

1131. VINCULACIÓN DE LA TEORÍA DEL ERROR CON LA DE LA CAUSA (ver nota 10).— La doctrina moderna ha puesto de relieve las estrechas vinculaciones existentes entre la teoría del error y la causa de los actos jurídicos.

Según la opinión corriente, para que el error determine la anulabilidad del acto, debe recaer sobre las cualidades sustanciales, que son aquellas tenidas principalmente en mira al contratar, o sobre la persona, si ésta fue motivo o causa determinante de la obligación contraída. Es decir, en ambos casos se trata de la causa del acto jurídico. El error sobre la sustancia o la persona no es otra cosa que el error sobre la causa: la obligación es nula porque falta ésta. La teoría del error se subsume en la de la causa.

Lo mismo ocurre tratándose de error de derecho. “El error, sea de hecho o de derecho, es esencial en tanto convierte en falsa la causa de la obligación”. Con estas palabras resume IONASCO la jurisprudencia francesa en la materia (ver nota 11). Los códigos civiles italiano (art. 1429, inc. 4º), búlgaro (art. 14), portugués, (art. 659), mexicano (art. 1813), marroquí (art. 40), de Louisiana (art. 1814) y el proyecto franco-italiano de las obligaciones (art. 16), coinciden en admitir la anulación de los actos por error de derecho sólo en el caso de que ese error haya sido la causa única o principal del acto.

No es extraño que CELICE pueda afirmar que la teoría del error no es sino un aspecto de la de la causa (ver nota 12). Con lo cual será necesario admitir también que la teoría del error es por lo menos inútil; porque si para que este vicio pueda dar lugar a la anulación del acto

es necesario que prive a éste de causa, bastará aplicar el principio de que no hay obligación sin causa para llegar al mismo resultado.

1118/1132

1132. ERROR SOBRE LA NATURALEZA Y SOBRE EL OBJETO DEL ACTO.— En estos casos, la teoría del error no juega ningún papel. Si entiendo vender mi casa y tú crees recibirla en donación (error sobre la naturaleza del acto), simplemente no hay contrato, puesto que éste supone un acuerdo de voluntades y en nuestro caso ha habido disentimiento. Lo mismo ocurre si yo deseo vender mi casa de Buenos Aires y tú entiendes comprar la de Córdoba (error sobre el objeto). En ambas hipótesis existe lo que la doctrina francesa llama error obstáculo, que impide la formación del contrato. Es obvio que el acto no se anula por error; en verdad, no ha existido contrato en ningún momento y, por lo tanto, no es posible anularlo.

1118/1133

1133. ES INAPLICABLE DESDE EL PUNTO DE VISTA PRÁCTICO.— No sólo la teoría del error es teóricamente inaceptable, sino que, en la práctica, es de aplicación imposible.

Eliminadas las hipótesis de error sobre la naturaleza, la causa y el objeto, sólo nos resta considerar las de error sobre la sustancia y la persona. Lo haremos separadamente.

1118/1134

1134. a) Error sobre las cualidades sustanciales.— Ante todo y como observación aplicable a todo género de error —sea sobre la sustancia, la persona, etc.— debemos hacer notar que si éste es provocado por engaños o cualquier clase de maquinación dolosa, la nulidad del acto se fundará en el dolo y no en el error. Y si éste ha sido determinado por la falta de una cualidad o persona exigida por la cláusula expresa del contrato, la invalidez (o más propiamente la resolución) se fundará en el incumplimiento de una de las cláusulas. Así, por ejemplo: A vende a B mercaderías de tipo, clase y características especiales; luego resulta que las mercaderías que tenía disponible A no llenan las condiciones requeridas en el contrato; el comprador fundará en esa circunstancia y no en el error su pretensión de no hallarse obligado a comprar. Y estrictamente, no ha habido error del comprador; pues justamente porque no sabía cómo eran las mercaderías de que disponía A, especificó detalladamente en el contrato las características de las que él deseaba comprar.

Es lógico, pues, que exista un acuerdo prácticamente unánime en la doctrina en el sentido de que la teoría del error no es aplicable en los casos de dolo o de falta de condición expresada en el contrato (ver nota 13). ¿Queda todavía alguna posibilidad de aplicarla? Veamos un ejemplo práctico. Entro a un negocio a comprar un cuadro de Rafael. Le expreso mi deseo al vendedor, quien me vende un cuadro que no es del artista de mi preferencia. Si el vendedor sabía que no era de Rafael, es evidente que ha incurrido en dolo; la venta sería anulable por este motivo. Si el vendedor creía de buena fe que el cuadro era de Rafael y estaba equivocado, la compra será resoluble, porque falta una condición expresamente exigida por mí. Queda todavía otra posibilidad: que al comprar el cuadro, yo no haya dicho nada de que creía que era de Rafael y que el vendedor ignorara por lo tanto mi creencia y mi deseo. Es decir, no ha habido dolo del vendedor, ni condición exigida por mi parte. Este es el caso de error in mente retenta, único en el que tendría sentido práctico la teoría del error, ya que no hay vicios concurrentes que permitan por sí la anulación del acto.

¿Pero ese error in mente retenta puede justificar la anulación del acto? Indiscutiblemente, no. Ante todo, para que el error pueda provocar la anulación, debe ser excusable (art. 929 Ver Texto , Cód. Civ.). Y quien no ha tenido la precaución de exteriorizar su pensamiento respecto de un punto capital del negocio jurídico que realiza, indudablemente ha incurrido en negligencia culpable: su error no es excusable.

Además, los jueces, que deben ser prudentes en sus decisiones y que, en caso de duda, deben inclinarse por la validez del acto, no pueden admitir un pretendido error que nunca ha salido de la mente del que afirma haber incurrido en él y cuya prueba es prácticamente imposible. Lo que admitirá la jurisprudencia, dice DEMOLOMBE, es que dos personas que tratan sobre un objeto determinado, visto y apreciado por ellas, sin ninguna explicación al respecto, entienden sin duda tratar sobre ese objeto tal como aparece en su identidad exterior y visible (ver nota 14). Más aún: el silencio de uno de los contratantes sobre la cualidad para él sustancial en el negocio, puede importar un verdadero dolo: en el ejemplo del cuadro de Rafael, yo puedo callar que creo que el cuadro pertenece a aquel autor en la esperanza de que el vendedor no lo sepa y me lo venda a un precio menor del real.

En conclusión: el error in mente retenta no puede admitirse como causal de nulidad de los actos jurídicos (ver nota 15), con lo cual se cierra la última posibilidad de aplicación práctica de la teoría del error.

1118/1135

1135. b) Error sobre la persona— Como en el caso anterior, analizaremos sobre la base de un ejemplo, las posibilidades de aplicación práctica del error. Tomemos un contrato de locación, en el cual la persona del inquilino tiene una indudable importancia. Alquilo mi casa a una persona, creyéndola X, de quien sé que es hombre de fortuna y probidad; pero en

realidad el inquilino resulta ser N, sujeto insolvente y de malos antecedentes. En tal caso, no caben sino dos posibilidades: o bien yo he manifestado mi creencia de contratar con X, y N lo ha admitido expresa o tácitamente, en cuyo caso existe dolo y el contrato es anulable por tal causa, o bien ni yo ni el otro contratante hemos dicho nada sobre el particular. En tal hipótesis, mi error sobre la identidad o sobre las cualidades morales o económicas del inquilino, es simplemente un error in mente retenta que, según ya hemos dicho, no produce efectos jurídicos; pero en este caso el repudio de tal error como causal de nulidad se impone por una razón más, de trascendental importancia; admitirlo cuando hubiera recaído sobre la solvencia o los antecedentes morales de una persona, sería crear una nueva incapacidad jurídica. Un ex condenado por hurtos o estafas, que hubiera purgado su delito, no podría tener ninguna seguridad en sus negocios y transacciones, porque quienes contratasen con él podrían afirmar más tarde, para desligarse de sus obligaciones, que creyeron contratar con una persona de antecedentes honestos y que el error sufrido les da derecho a reclamar la nulidad del acto. Y aquí ni siquiera se puede argumentar con la dificultad de la prueba del error, porque ¿qué prueba más fácil de producir que la de que se creía contratar con una persona de antecedentes honorables?

A igual conclusión se llega cuando se considera el error en el matrimonio o en los actos unilaterales (ver nota 16).

En definitiva: el error sobre la persona en ningún caso puede dar lugar a la anulación de un acto.

1118/1136

1136. LA JURISPRUDENCIA.— El análisis de la jurisprudencia de los tribunales corrobora plenamente nuestra tesis acerca del error.

Ante todo, es dable destacar que siendo el error en los contratantes frecuentísimo, son poco numerosos los casos en que los jueces se apoyan en él para declarar la invalidez; parecería haber una desconfianza, una intuición de que éste no es motivo suficiente de nulidad. Una examen prolijo de todos esos fallos (ver nota 17) permite formular las siguientes observaciones: a) salvo rarísimas excepciones, en ninguno de los casos publicados en nuestros repertorios se ha declarado la anulación de un acto por el solo vicio del error (ver nota 18), siempre hay otro factor de invalidez capaz por sí de provocar este resultado; b) ya resulta sugestivo que el error nunca funcione solo, como causal de anulación; pero hay algo más; si se profundiza el análisis de cada caso, se verá que en verdad la razón de la nulidad no ha sido nunca el error, sino el dolo, la falta de una condición exigida en el contrato o la falta de causa (ver nota 19). Si los jueces invocan a veces el error es porque se trata de un expediente cómodo, que evita entrar en análisis más profundos de la cuestión.

Se dirá quizá que el hecho de que nuestros repertorios de jurisprudencia no registren casos en que el error haya sido la causa única y determinante de la nulidad del acto, no excluye la posibilidad teórica y práctica de que aquel vicio pueda realmente ser motivo de invalidez. Pero es sin duda sugestivo que hasta hoy no haya sido posible hacer jugar a esta teoría ningún papel efectivo en la anulación de los actos jurídicos; que siempre, invariablemente siempre, se haya podido declarar la nulidad por otra razón concomitante.

Agreguemos todavía, que un prolijo examen de las jurisprudencias francesa e italiana permite llegar a idénticas conclusiones. ¿No está indicando todo esto que la teoría del error es por lo menos inútil?

1118/10770

#### C.— ERROR DE EXPRESIÓN O DE “PLUMA”

1118/1137

1137. CUÁNDO PROCEDE LA RECTIFICACIÓN.— Puede ocurrir que uno de los contratantes, al pronunciar o escribir cierta palabra o cantidad, declare una distinta de la que había pensado, debido a un error de expresión. Por ejemplo, quiero comprar un cuadro de Rafael y digo de Miguel Ángel; quiero comprar diez lápices, pero escribo cien.

Si la parte que recibe la oferta trata de buena fe, en consideración a los términos o cifras empleados, el contrato es válido, tal como resulta de las cantidades o calidades declaradas. Es la solución que impone la seguridad del comercio jurídico (ver nota 20). Pero la contraparte no puede ampararse de mala fe en una expresión errónea. Siempre que del cuerpo mismo de la declaración de voluntad, sea verbal o escrita, pueda inferirse claramente la voluntad real del contratante, es ésta la que debe privar. Tampoco puede escudarse la otra parte en el error del declarante, si éste ha quedado de manifiesto por el carácter irrazonable o extravagante de la oferta (ver nota 21). Tal es el caso de que se ofrezca una partida de aceite de nabo a \$ 8,50 los 100 kg., cuando éste es el valor de plaza por cada 10 kg. (ver nota 22).

En estos casos, el error no da lugar a la anulación del contrato, sino a la rectificación de los términos de la declaración. En el ejemplo que hemos dado, si el que recibe la oferta del aceite de nabo, una vez rectificado el error, acepta el precio pedido, el contrato quedará concluido sin posibilidad para el ofertante de alegar su nulidad. Por idénticas razones, el error de cálculo debe ser corregido, rectificando el total sobre la base de las cifras parciales (ver nota 23).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: BORDA, G.A., Error de hecho y de derecho; su influencia en la anulación de los actos jurídicos, 2ª ed., Buenos Aires, 1950; *id.*, De los vicios del consentimiento y en particular del error con relación al matrimonio, L.L., t. 74, p. 831; CICHERO, D., Influencia del error en los actos jurídicos, Buenos Aires, 1891; CICHERO TEZANOS PINTO, N., El error considerado como causal de nulidad del matrimonio, Revista Crítica de Jurisprudencia, t. 1, ps. 77 y s.; DONATO LALANNE, U. A., La voluntad jurídica en el pago indebido, el error, la causa y la protesta, Buenos Aires, 1934; FRÍAS, J. A., El error en las cualidades de la persona, causa de nulidad matrimonial, Boletín Instituto Derecho Civil de Córdoba, 1938, n° 6; GALLI, E. V., Error sobre la cualidad sustancial, Revista Colegio Abogados de Buenos Aires, 1929, t. 7, ps. 659 y s.; NOVILLO SARAVIA, L., (h), La causa, el error sobre la causa, Boletín Instituto Derecho Civil de Córdoba, 1939, n° 7, ps. 137 y s.; SPOTA, A. G., Dolo y error como causales de anulabilidad de matrimonio, L.L., t. 13, ps. 735, y s.; BROCHARD, V., De l'erreur, París, 1897; CELICE, R., El error en los contratos, trad. esp., Madrid; IONASCO, T., Les recentes destinées de la théorie de la cause dans les obligations, Revue Trimestrielle, 1931, ps. 31 y s.; *id.*, La voluntad en la formación de los contratos, L.L., t. 3, sec. doct., p. 54; RIVIÈRE, C., Des vices du consentement en droit anglais, París, 1922; VAREILLES SOMMIÈRES, L. de, Etude sur l'erreur, París, 1871; COELHO DE OLIVEIRA, B., La doctrina del error en el derecho civil uruguayo, Montevideo, 1937; FUBINI, R., La doctrina dell'errore in diritto civile italiano, Torino, 1902; *id.*, Contribution a l'étude de la théorie de l'erreur sur la substance y sur les qualités substantielles, Revue Trimestrielle, 1902, ps. 223, y s.; GABBA, C. F., Contributo alla dottrina dell'errore, en Nuove questioni di diritto civile, Torino, 1905; *id.*, Contributo a la dottrina dell'errore nel diritto civile italiano, Giurisprudenza Italiana, 1900, col. 678 y s.; TRABUCCHI, A., Errore, en Nuovo Digesto Italiano, t. 5, ps. 482 y s.; MC KEAG, F. C., Mistake on contract, en Studies in History, Economics and Public Law, New York, 1905, t. 23, n° 2.

(nota 2) Para mayores desarrollos de esta idea, remitimos a nuestra obra Error de hecho y de derecho, 2ª ed., ps. 52 y s., n° 56 y s.

(nota 3) LLAMBÍAS, Parte General, t. 2, n° 1715.

(nota 4) De acuerdo: BEUDANT, Cours de droit civil français, 2ª ed., 1936, t. 8, p. 76; CAPITANT, Le cause des obligations, p. 309, n° 244; CHABAS, De la déclaration de la volonté, París, 1931, p. 38; DEREUX, De l'interpretation des actes juridiques privés, p. 232; STRAUSS, A., L'esprit du contrat anglais, p. 116; VIFOREANU, P., Contribution a l'étude du contrat dans le projet franco-italien et en droit comparé, París, 1932, p. 193, n° 77; FUBINI, Contribution a l'étude de la théorie de l'erreur, Revue Trimestrielle, 1902, p. 323; etc.

(nota 5) Este es también el criterio predominante en el Código Civil alemán (art. 119), chino (art. 88), japonés (art. 95), polaco (art. 37), suizo (art. 24, Cód. de las Obligaciones). Es asimismo el criterio adoptado por el Proyecto de Reformas de 1936, art. 142, inc. 3°. En cambio, en la jurisprudencia francesa ha triunfado el criterio subjetivo; el juez debe considerar que la cualidad ha sido sustancial si fue determinante del consentimiento, aunque objetivamente considerada no tenga mayor importancia (véase PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, ed. La Habana, t. 6, p. 249, n° 183; y los autores citados en la nota anterior).

(nota 6) Véase en nuestra obra Error de hecho y de derecho una prolija crítica de la teoría del error, en todos sus aspectos.

(nota 7) Esta consecuencia evidente de la teoría de la declaración ha sido advertida con claridad por los juristas franceses (véase CELICE, El error de los contratos, p. 19, nota 1; DEMOGUE, Obligations, t. 1, p. 91, n° 32; JOSSERAND, Cours de droit positif française, 2ª ed., t. 2, p. 33, n° 59; CHABAS, De la déclaration de la volonté, p. 91). No ha ocurrido lo mismo con los autores alemanes, que, no obstante sostener la teoría de la declaración, admiten también la del error. Así, por ejemplo, DANZ, que define la declaración de voluntad como “la conducta de una persona que, según el comercio social y apreciando las circunstancias, permite ordinariamente inferir la existencia de una determinada voluntad, aunque en un caso concreto resulte falsa esa deducción, es decir, aunque la persona de que se trata no tenga, en realidad, esa voluntad interna que de su declaración se infiere”. (Interpretación de los negocios jurídicos, p. 28). Y, sin embargo, el mismo autor no tiene inconveniente en admitir la nulidad por error. La contradicción es palmaria; y sorprende en un jurista tan sagaz como DANZ. Pero en esta confusión no han caído todos los autores alemanes: SCHALL, BAHR, HARTMANN (cit. por MC KEAG, Mistake on contract, en Studies in History, Economics and Public Law, t. 23, ps. 40 y s.) niegan que el error pueda determinar la anulación de los actos jurídicos.

(nota 8) LAURENT, F., Principes de droit civil, 1875, t. 15, p. 561, n° 487.

(nota 9) Frase de un juez de la época de Eduardo IV, citado por SALMOND, Jurisprudence on the theory of law, London, 1902, p. 460.

(nota 10) Sobre este tema véase CELICE, El error en los contratos; MAURY, Essai sur le rôle de la notion d'équivalence; IONASCO, Les recentes destinées de la théorie de la cause dans les obligations, Revue Trimestrielle, 1931, ps. 31 y s.; DECOTTIGNIES, R., L'erreur de droit, Revue Trimestrielle, jul.-set. 1951, ps. 309 y s. GOROSTIAGA, La teoría de la causa, ps. 147 y 150, del ejemplar tipografiado de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de Buenos Aires; BUSSO, t. 3, coment. art. 500, n° 379 y s.

(nota 11) IONASCO, art. cit. en nota anterior, Revue Trimestrielle, 1931, p. 46.

(nota 12) CELICE, El error en los contratos, p. 180.

(nota 13) De acuerdo: BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Obligations, t. 1, n° 61; DEMOLOMBE, t. 24, n° 97; DEMOGUE, Obligations, t. 1, n° 235 (con un fallo del tribunal del Sena en el mismo sentido); DEREUX, De l'interpretation des actes juridiques privés, p. 238; MARCADÉ, t. 4, p. 361, coment. art. 1110, que ha planteado el problema con singular claridad.

(nota 14) DEMOLOMBE, t. 24, n° 102.

(nota 15) De acuerdo: MACHADO, t. 3, coment. art. 926, p. 144; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Obligations, t. 1, n° 61; JOSSERAND, Cours de droit civil, t. 2, n° 72.

(nota 16) Hemos tratado in extenso el problema del error en la persona en el matrimonio y en los actos unilaterales, en nuestro libro Error de hecho y de derecho, 2ª ed., n° 92 y s.

(nota 17) En nuestra obra ya citada hemos hecho el resumen de cada uno de los casos en que nuestros tribunales han invocado el error para anular un acto (véase ps. 117 y s., n° 133 y s.). Las conclusiones a que llegamos en el texto se ajustan perfectamente a la jurisprudencia francesa y a la italiana, que hemos analizado con todo detalle.

(nota 18) La excepción es un caso en que la C. Civil Cap., Sala A, desechó los otros vicios alegados (entre ellos el dolo, admitido en 1ª instancia), fundando la nulidad exclusivamente en el error (25/6/1952, J.A., 1952-III, p. 245). Pero en el comentario que hicimos de ese fallo en el diario citado y que titulamos De nuevo sobre el error de hecho, creemos haber demostrado que la única causal de nulidad fue el dolo. Igual comentario podemos hacer del fallo de la C. Civil Cap., Sala D, 18/7/1977, E.D., t. 78, p. 258.

(nota 19) Véase un buen ejemplo de lo que decimos en el fallo de la C. Civil Cap., Sala B, 15/4/1975, L.L., 1975-C, p. 413, con excelente nota crítica de Huberman, en que se demuestra palmariamente la buena doctrina. Se trataba de la nulidad de la venta de un inmueble que en el momento de realizarse aquélla estaba sujeto a expropiación.

La Sala A, de la C. Civil Cap., declaró nula por vicio de error la compraventa de un inmueble que el comprador adquirió ignorando que estaba afectado a una expropiación (12/3/1980, L.L., 1980-C, p. 502). Advertimos que como la expropiación debe disponerse por ley, en todo caso habría un error de derecho (ignorancia de la ley de expropiación) y no

un error de hecho, por lo que la doctrina del fallo es inaceptable conforme con la disposición terminante del art. 923 Ver Texto .

(nota 20) Este es el criterio dominante incluso en la doctrina y la jurisprudencia francesa, tan celosa defensora de la teoría de la voluntad: véase DEMOGUE, *Obligations*, t. 1, p. 423, nº 258; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, ed. La Habana, t. 6, nº 190.

(nota 21) C. Com. Cap., Sala B, 4/5/1978, L.L., 1978-C, p. 113.

(nota 22) Caso fallado por la C. Com. Cap., 31/8/1936, J.A., t. 55, p. 606; véase la crítica de este fallo en nuestro libro *Error de hecho y de derecho*, 2ª ed., p. 90, nº 101.

(nota 23) C. Com. Cap., 27/7/1954, L.L., t. 75, p. 764; C. Com. Cap., Sala B, 4/5/1978, L.L., 1978-C, p. 113; BREBBIA, *Hechos y actos jurídicos*, t. 1, ps. 296 y s.

1118/10780

§ 2. Error de derecho (ver nota 1)

1118/1138

1138. RÉGIMEN LEGAL.— El artículo 923 Ver Texto del Código Civil establece que: La ignorancia de las leyes, o el error de derecho en ningún caso impedirá los efectos legales de los actos lícitos, ni excusará la responsabilidad por los actos ilícitos. A su vez, el artículo 20 Ver Texto , Código Civil, establece que la ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley.

El error de derecho no es, por consiguiente, un vicio de los actos jurídicos; nadie puede ampararse en él para eludir las responsabilidades legales o convencionales emergentes de sus actos. En apoyo de esta solución, que podemos llamar clásica y que deriva su tradición y su prestigio del propio derecho romano (ver nota 2), se invocan las siguientes razones: a) las leyes, una vez publicadas, se reputan conocidas; por lo tanto, nadie puede pretender que las ignora; b) la seguridad jurídica está interesada en que las leyes no puedan ser burladas so pretexto de ignorancia o error de derecho; de lo contrario será poco menos que imposible aplicar determinada norma jurídica cuando ella perjudique a alguna de las partes de una relación de derecho; c) si una persona, por ignorancia o error de derecho, se encuentra en conflicto con otras que nada tienen que reprocharse y que han procedido en sus negocios

con el debido cuidado, es justo inclinarse por éstas y no por aquélla. La solución contraria fomentaría la ignorancia y privaría al conocimiento y a la sagacidad de sus justos frutos; en verdad, sería más útil y seguro ser ignorante que sabio (ver nota 3).

1118/1139

1139. TENDENCIAS MODERNAS.— En la doctrina moderna predomina la opinión de que el error de derecho debe ser admitido como vicio de los actos jurídicos. Se afirma que el principio de que las leyes se reputan conocidas es una vana quimera; la legislación contemporánea es tan vasta y compleja que ni aun los más grandes juristas pueden conocerla de una manera completa e integral. El hombre común la ignora casi totalmente: no es posible cerrar los ojos ante esta verdad.

Por lo demás, si se admite que el error es una causal de nulidad, no hay razón para distinguir entre el de hecho y el de derecho: en ambos casos el consentimiento está viciado.

1118/1140

1140. RÉPLICA; VERDADERO FUNDAMENTO DE LA INADMISIBILIDAD DEL ERROR DE DERECHO COMO CAUSAL DE NULIDAD.— La doctrina moderna impugna con razón el principio de que las leyes se deben reputar conocidas; su falsedad es a todas luces evidente. Los hombres no conocen ni siquiera el sector de leyes que les atañen más directamente y que aun así reducido, es de proporciones vastísimas. Pero el argumento prueba demasiado, porque siendo, en la verdad de los hechos, la ignorancia de la ley la regla, si se admitiera esta excusa para eludir la responsabilidad de los actos jurídicos, la mayor parte de ellos estaría afectada de nulidad y numerosas leyes serían inaplicables.

El verdadero fundamento de la inexcusabilidad del error de derecho es el siguiente: toda ordenación social exige, para su normal desenvolvimiento, que las normas jurídicas impuestas por el Estado con carácter obligatorio, se apliquen en todos los casos para los cuales han sido dictadas, sin que sea posible eludir su cumplimiento invocando ignorancia o error. No juega en esta cuestión un problema de conocimiento de la ley, sino de obligatoriedad de ella; las leyes se deben aplicar con entera independencia de que el interesado las conozca o no; en verdad, es preferible que las conozca, pero si ello no ocurre, lo mismo deben aplicarse. De ahí que el error de derecho no valga como excusa.

1118/1141

1141. EL ERROR DE DERECHO Y LA FALTA DE CAUSA (ver nota 4).— Ocurre a veces que como consecuencia de un error de derecho la obligación queda sin causa. Una observación superficial del problema hace pensar que la nulidad se funda en el error; pero es evidente que la verdadera razón de la invalidez es la falta de causa. POCHANNET, autor que sirvió de fuente a nuestro Código, ha planteado la cuestión en sus justos términos: “El error de derecho no puede ser invocado sino en el caso de que tenga por resultado excluir uno de los elementos necesarios del acto jurídico atacado por error. El que alega un error de derecho no dice: ‘yo reconozco que en derecho riguroso estoy obligado, pero solicito ser desligado de una obligación que no he suscripto sino por error de derecho’. No, su lenguaje es otro; él debe decir: ‘el contrato en virtud del cual yo parezco ligado, no tiene más que una apariencia de validez, porque como consecuencia de un error de derecho, que ofrezco probar, carece de una de las condiciones indispensables para su existencia legal’ ” (ver nota 5).

En estos casos la obligación es nula, tanto en las legislaciones que admiten el error de derecho, como en la nuestra, que no lo admite, porque el fundamento de la invalidez es la falta de un requisito esencial del acto. Un ejemplo lo demuestra muy claramente. Debo \$ 10.000 a una persona que acaba de fallecer. Por error de derecho creo que uno de los miembros de su familia es el heredero universal y, fundado en esa creencia, le suscribo un pagaré por aquella cantidad. El pagaré es nulo por falta de causa.

Nuestros tribunales resolvieron un interesante caso. El actor era locatario de una finca cuyo alquiler se había estipulado en \$ 500 mensuales. Por aplicación de la ley 11157 el alquiler quedó reducido a \$ 300 mensuales, lo que fue aceptado por el locador, que dio recibo por esa suma durante varios meses. Posteriormente la Corte Suprema declaró inconstitucional la ley en cuanto se refería a los contratos escritos y de plazo fijo, como era el de autos. Cuando el locador pretendió cobrar el alquiler de \$ 500 estipulado, el locatario alegó que el recibo por \$ 300 suscripto sin protesta durante varios meses implicaba la aceptación de la rebaja y que el locador no podía alegar que la había hecho creyendo constitucional la ley 11157, porque el error de derecho no puede ser alegado en nuestra legislación. Con toda razón, la Cámara Civil 2ª de la Capital reconoció al propietario el derecho a percibir íntegramente el alquiler estipulado, puesto que la rebaja tácitamente aceptada por el locador carecía de causa jurídica al declararse inconstitucional la ley (ver nota 6).

1118/1142

1142. APARENTES EXCEPCIONES A LA REGLA DEL ARTÍCULO 923.— En algunos casos el codificador ha aludido al error de derecho, autorizando la nulidad de actos basados en él. Aparentemente se trata de excepciones a la regla del artículo 923 Ver Texto y con ese carácter, han sido señalados en la doctrina nacional; pero, en verdad, no hay tales excepciones, pues nunca el error de derecho es el fundamento de la nulidad. Veamos los casos:

a) El artículo 784 Ver Texto , Código Civil. dispone que: El que por un error de hecho o de derecho, se creyere deudor, y entregase alguna cosa o cantidad en pago. tiene derecho a repetirla del que la recibió. El verdadero fundamento es el enriquecimiento sin causa, como el mismo VÉLEZ lo dice en la nota correspondiente, citando a MARCADÉ. Si la ley alude al error de hecho o de derecho, no es para fundar en él la nulidad; su propósito es privar del derecho de repetición a quien, aunque pagó lo que no debía, lo hizo deliberadamente, porque en tal caso habría una liberalidad. El sentido de aquella norma queda perfectamente aclarado en el artículo 792 Ver Texto , que dice así: “El pago efectuado sin causa, o por una causa contraria a las buenas costumbres, como también el que se hubiese obtenido por medios ilícitos, puede ser repetido, haya sido o no hecho por error”. Como se ve, el error es totalmente indiferente; lo que anula el pago es la falta de causa lícita (ver nota 7). Un ejemplo lo prueba palmariamente: A tiene dos acreedores; uno de ellos exigente, con título ejecutivo, que lo amenaza con la ejecución o el pedido de quiebra; otro, tolerante, que no lo urge. A ambos les debe igual cantidad. Acuciado por el primero, reúne trabajosamente el dinero y manda a un empleado a pagarle; por error le da al empleado el nombre del acreedor tolerante, quien recibe el pago. Ha mediado error, pero, sin embargo, el pago es válido, porque tenía causa; y si el pagador pretendiera repetirlo, su acción sería rechazada. El error se revela así inoperante.

b) El artículo 858 Ver Texto , Código Civil, establece que la transacción es rescindible cuando ha tenido por objeto la ejecución de un título nulo, o de reglar los efectos de derechos que no tenían otro principio que el título nulo que los había constituido, hayan o no las partes conocido la nulidad del título, o lo hayan supuesto válido por error de hecho o de derecho. En este caso, la única razón de invalidez es la nulidad del título; el error no juega ningún papel, puesto que la misma ley dice: “hayan o no las partes conocido la nulidad del título”.

c) Se cita también, con evidente confusión de conceptos, el artículo 3428 Ver Texto , Código Civil, como otro de los casos en que el codificador habría hecho una excepción a la regla del artículo 923 Ver Texto (ver nota 8). Aquella norma establece que: El poseedor de la herencia es de buena fe cuando por error de hecho o de derecho se cree legítimo propietario de la sucesión cuya posesión tiene. En este caso, el error nada tiene que ver con el problema de la invalidez de los actos jurídicos; no será causa de nulidad, sino por el contrario, de validez de ciertos actos, como, por ejemplo, la percepción de los frutos (arts. 3427 Ver Texto y 2423 Ver Texto , Cód. Civ.). Quizás el motivo que más haya contribuido a la confusión de conceptos existente en torno al error es que no se han sabido distinguir sus consecuencias positivas y negativas, vale decir, cuándo es origen de derechos y cuándo es motivo de pérdida de ellos. En efecto, la ley atribuye múltiples efectos a la buena fe de quien no siendo titular de un derecho, cree que lo es. Ese error de buena fe le confiere derechos importantes. Actúa no como causa de nulidad, sino como generador de derechos.

1143-1144. **LEGISLACIÓN COMPARADA.**— Las legislaciones extranjeras siguen en materia de error de derecho tres sistemas distintos.

Algunas lo rechazan expresamente como causal de anulación de los actos jurídicos: Código Civil brasileño (art. 5º), chileno (art. 1452), colombiano (art. 1509), ecuatoriano (art. 1442), uruguayo (art. 1244) y paraguayo (art. 285).

Otras, por el contrario, lo admiten, pero siempre que su resultado sea privar de causa a la obligación: Código Civil italiano (art. 1429, inc. 4º), búlgaro (art. 14), marroquí (art. 40), mexicano (art. 1813) y portugués (art. 659). Es también la solución del proyecto franco-italiano de las obligaciones (art. 16).

Finalmente, en otras legislaciones el problema no ha sido resuelto de manera expresa. En Francia la jurisprudencia ha decidido que como el artículo 1110, Código Napoleón, no distingue entre error de hecho y de derecho, también éste debe ser admitido como causal de anulación, pero sólo en el caso de que importe privar de causa a la obligación (ver nota 9); igual criterio han seguido las jurisprudencias belga, suiza y alemana.

Esta diferencia de soluciones tiene un alcance puramente teórico; en la práctica no acarrea consecuencias. Porque, según se ha visto, el error de derecho sólo se admite si tiene por resultado privar de causa a la obligación; pero, en tal caso, el acto será nulo también en los países que, como el nuestro, rechazan el error de derecho, porque el motivo de la nulidad es la falta de causa.

(nota 1) **BIBLIOGRAFÍA:** Además de la indicada en nota 1718, véase: ACUÑA ANZORENA, A., El error de derecho en materia de transacción, J.A., t. 52, ps. 731 y s.; ÁLVAREZ, J., El problema de la ignorancia del derecho, J.A., t. 67, sec. doct., p. 3; FORNIELES, S., Nota sobre el pago indebido y el error, J.A., t. 3, p. 1113; GARCÍA VICTORICA, B., Nota sobre el error y el pago indebido, J.A., t. 3, p. 812; ORGAZ, A., El error de derecho en el Proyecto de Reformas, Rev. Colegio Abogados de Rosario, 1937, t. 8, p. 237; BRESOLLES, G., De l'erreur de droit, Revue de Législation et de Jurisprudence, t. 17, ps. 602 y s., y t. 18, ps. 158 y s.; DEREUX, G., Etude critique sur l'adage "nut n'est censé ignorer la loi", Revue Trimestrielle, 1907, t. 6, ps. 518 y s.; DOMAT, Les lois dans ordre naturel, le droit public et legum delectus, ed. Pierre Ribou, París, 1705; POCHANNET, E., De l'erreur de droit, Revue Critique, 1856, t. 8, ps. 165 y s., y t. 9, ps. 178 y s.; DECOTTIGNIES, G., L'erreur de droit, Revue Trimestrielle, jul.-set. 1951, ps. 309 y s.

(nota 2) Para profundizar el estudio del derecho romano en esta materia, nos remitimos a nuestro libro *Error de hecho y de derecho*, 2ª ed., ps. 16 y s., n° 8 y s.

(nota 3) STORY, W., *A treatise on the law of contracts*, 4ª ed., Boston, 1856, t. 1, p. 496, n° 407.

(nota 4) BIBLIOGRAFÍA: Véase sobre tema la citada en nota 1727.

(nota 5) POCHANNET, E., *De l'erreur de droit*, *Revue Critique*, 1856, t. 8, p. 177.

(nota 6) C. Civil 2ª Cap., 21/4/1926, J.A., t. 20, p. 348. Cabe señalar, sin embargo, el error del Tribunal que funda su fallo en el art. 784 *Ver Texto*, Cód. Civ., que alude al pago indebido, lo que no tiene nada que hacer en nuestro caso, pues no estaba en juego la validez de un pago, sino la de la aceptación tácita de la rebaja de los alquileres.

(nota 7) De acuerdo: C. Civil 1ª Cap., 9/9/1919, J.A., t. 3, p. 813; íd., 15/10/1919, J.A., t. 3, p. 939; íd., 24/12/1919, J.A., t. 3, p. 1110; C. Fed. Cap., 7/7/1961, *Doct. Jud.* del 25/2/1961; Sup. Trib. Entre Ríos, 29/6/1942, *Rep. L.L.*, t. 4, p. 64; FORNIELES, S., *Nota sobre el pago indebido y el error*, J.A., t. 3, p. 1113. LLAMBÍAS, que en su primera edición (t. 2, n° 1398) había adherido a nuestra opinión, sostiene que el fundamento de la nulidad es el error (2ª ed., t. 2, n° 1741, nota 41).

(nota 8) BIBILONI, *Anteproyecto*, nota al art. 243, segunda redacción.

(nota 9) Sobre este punto véase la bibliografía citada en nota 1727, en particular la obra de CELICE y el artículo de IONASCO.

1118/10790

## II. DOLO (ver nota 1)

1118/1145

1145. DIVERSAS ACEPCIONES DE LA PALABRA DOLO.— La palabra dolo tiene tres significados en derecho: a) en primer término, designa la intención de cometer un daño; es el elemento característico del delito civil y permite distinguirlo del cuasidelito, en el que el

agente sólo obra con culpa o negligencia; b) en segundo lugar, significa el incumplimiento deliberado, intencional, de la obligación contraída (arts. 506 Ver Texto y 507, Cód. Civ.); c) finalmente, dolo es un vicio de los actos jurídicos. En todos estos casos, hay un elemento común: que el autor del hecho tiene conciencia de la ilicitud de la acción (ver nota 2).

Aquí nos ocuparemos sólo del dolo como vicio de los actos jurídicos.

1118/1146

1146. CONCEPTO.— Acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto, es toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin (art. 931 Ver Texto , Cód. Civ.).

El dolo supone siempre un engaño: es inducir deliberadamente en error a una persona con el propósito de hacerle celebrar un acto jurídico.

1118/1147

1147.— Generalmente, el dolo consiste en un acto positivo; tal ocurre cuando se vende la copia de un cuadro célebre, afirmando engañosamente que es el auténtico. Pero también se miente con el silencio. La omisión o reticencia dolosa consiste en callar la verdad cuando se sabe que la otra parte está equivocada respecto de un elemento esencial del contrato, que es determinante de su consentimiento. Al incluir la omisión dentro del concepto del dolo (arts. 931 Ver Texto y 933 Ver Texto ), nuestro Código ha adoptado la buena solución. Juega en este caso una cuestión de moral; el engaño, sea por acción o por omisión, no puede tener el amparo del derecho.

1118/1148

1148. FUNDAMENTO.— El dolo vicia el acto jurídico, y quien lo ha sufrido tiene derecho a pedir su anulación. La sanción de la nulidad no se funda en el error provocado en el otro contratante, como lo sostiene la teoría de los vicios del consentimiento, sino en el hecho ilícito; el orden jurídico exige no convalidar actos que han tenido su origen en la mala fe de uno de los otorgantes, pues ello sería estimular el delito y propiciar el engaño (véase núms. 1126 y 1127).

LLAMBÍAS defiende la tesis tradicional, afirmando que no es el hecho ilícito el fundamento de la nulidad, como lo prueba la circunstancia de que el dolo incidental, que

también es un hecho ilícito, no la determina (ver nota 3). Pero el argumento no resulta convincente. Las sanciones que la ley impone al autor de un acto ilícito son, en el ámbito civil, de variada naturaleza; las más frecuentes son la nulidad, la indemnización de los daños y perjuicios o ambas a la vez. En algunos casos, la ley se limita a establecer la obligación de indemnizar; tal ocurre con el dolo incidental. En otros, la mayor gravedad del hecho exige una sanción más severa; así sucede con el dolo determinante, en que se acumulan ambas sanciones. Pero en los dos casos hay un hecho ilícito.

La prueba de que la razón de la nulidad no reside en el vicio de la voluntad, está en que el dolo recíproco no da lugar a aquella sanción, siendo así que no ya una de las partes, sino las dos, han tenido su voluntad viciada, lo que haría tanto más anulable el acto. Y no se diga que en este caso la vigencia del acto se mantiene en virtud de la regla de que nadie puede alegar su propia torpeza; porque cuando una de las partes pide la anulación, no se funda en su propia torpeza, sino en la del co-contratante.

En vano se objetará que también en este caso hay dos hechos ilícitos y que, sin embargo, el acto no es anulable. Porque lo que fundamenta la nulidad cuando se ha cometido un hecho ilícito, es la necesidad de orden moral y jurídico de no dejar a las personas de buena fe libradas a las maniobras y engaños de los deshonestos; pero cuando los dos contratantes se engañan, cuando ambos han obrado de mala fe, no se siente ya la urgencia jurídica de intervenir declarando la nulidad; la ley se desinteresa de ellos.

La discusión sobre el fundamento de la nulidad no es puramente académica: si la nulidad deriva de un vicio del consentimiento, sólo se deben los perjuicios inmediatos, pues ésta es la regla general en materia contractual (art. 520 Ver Texto ); si, en cambio, la nulidad se funda en el hecho ilícito o en la conducta maliciosa del autor del dolo, la reparación debe ser integral (arts. 1078 Ver Texto y 521 Ver Texto , respectivamente).

1118/1149

1149. CONDICIONES PARA QUE DÉ LUGAR A LA ANULACIÓN DEL ACTO.— El artículo 932 Ver Texto del Código Civil establece cuáles son las condiciones que debe reunir el dolo para que pueda dar lugar a la anulación del acto jurídico:

1118/1150

1150.— a) Debe ser grave. No cualquier dolo es suficiente para decretar la nulidad del acto. Así, por ejemplo, en las transacciones comerciales es habitual que el vendedor exagere a sabiendas la bondad del producto o que afirme engañosamente que en ninguna parte se encontrará más barato; inclusive, el comprador debe contar con esa astucia, que, en cierto

modo, está incorporada a las costumbres mercantiles (ver nota 4). Desde luego, ella no basta para dar lugar a la anulación, mientras el engaño no adquiriera caracteres de gravedad. Estas consideraciones son especialmente aplicables a la reticencia dolosa, que el juez debe apreciar sin un exceso de rigor, pero cuidando siempre de hacer observar la lealtad en los negocios jurídicos.

La gravedad del dolo debe juzgarse en relación a la condición de la víctima (ver nota 5). Las maniobras o engaños que bastan para inducir a un analfabeto a celebrar un acto jurídico, pueden no ser suficiente para una persona de cultura, con experiencia de la vida y de los negocios. Es ésta una cuestión que queda librada al recto criterio del juez.

1118/1151

1151.— b) Debe ser determinante del consentimiento; si el negocio se hubiera celebrado igualmente, sabiendo el engañado la verdad, el acto no debe anularse. Así, por ejemplo, si se vende la copia de un Greco, afirmando que es auténtico, el dolo es determinante; pero si cualquiera sea el pintor, el vendedor se limita a decir, sabiendo que no es verdad, que el marco es antiguo y fue elegido para la tela por el propio artista, el engaño no es suficiente para anular el acto; porque recae sobre un elemento o cualidad totalmente secundario. Este dolo sólo autoriza a la víctima a pedir indemnización de daños y perjuicios (véase núm. 1158).

1118/1152

1152.— c) Debe ocasionar un daño importante. Si, en efecto, el perjuicio sufrido por el engañado es insignificante, no parece lógico decretar una sanción tan grave como es la nulidad del acto.

1118/1153

1153.— d) Finalmente, es necesario que el dolo no haya sido recíproco. Quien juega sucio, no tiene derecho a exigir juego limpio. Si las partes se han engañado mutuamente, la ley se desinteresa de ellas; es bueno que sufran el perjuicio de su propia inconducta. Quizás esa dura experiencia les enseñe a guardar la debida lealtad en sus relaciones con los semejantes.

1118/1154

1154. EFECTOS DEL DOLO PRINCIPAL.— El dolo produce los siguientes efectos: a) en primer término, da derecho a la persona que lo ha sufrido a pedir la anulación del acto; se trata de una nulidad relativa y, por consiguiente, el acto es confirmable; b) en segundo lugar, da derecho a pedir la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por la víctima con motivo del acto que se anula.

Esta última consecuencia, aunque no está establecida expresamente por el Código en el capítulo referente al dolo, se desprende, ante todo, de la nulidad misma, uno de cuyos efectos es la obligación de indemnizar los daños y perjuicios resultantes (art. 1056 Ver Texto , Cód. Civ.); además, los artículos 935 Ver Texto y 942 Ver Texto obligan a indemnizar los daños, en el caso de dolo de un tercero; con tanta mayor razón debe producirse esa consecuencia si el dolo emana de uno de los contratantes.

1118/1155

1155. DOLO DE UN TERCERO.— El dolo proveniente de un tercero da lugar a la anulación del acto, lo mismo que si emanara de las partes (art. 935 Ver Texto ). No importa que se compruebe o no la complicidad del tercero con el interesado; en la mayoría de los casos, esa complicidad sería muy difícil de probar; por los demás, si la razón de la nulidad es la necesidad de proteger a los contratantes de buena fe, esa sanción se impone tanto en un caso como en otro.

1118/1156

1156.— Si la parte ha sido cómplice del dolo o si simplemente hubiera tenido conocimiento del engaño que la beneficia, es solidariamente responsable, conjuntamente con el tercero, por la indemnización de todos los daños e intereses (arts. 935 Ver Texto y 942 Ver Texto , Cód. Civ.); pero si ella ignora el dolo, el tercero será el único responsable (arts. 935 Ver Texto y 943 Ver Texto , Cód. Civ.).

1118/1157

1157.— En la legislación comparada predomina un sistema distinto: el dolo de un tercero sólo da lugar a la nulidad si la parte ha sido cómplice; de lo contrario, el acto es válido, siendo el tercero el único responsable de los daños y perjuicios sufridos por la víctima: Código Civil francés (art. 1116), italiano (art. 1439), español (art. 1269), mexicano (art. 1816), venezolano (art. 1154). La complicidad se presume por el hecho de que la parte beneficiada haya tenido conocimiento del dolo del tercero. El Código alemán (art. 123, inc. 2º) y el suizo de las obligaciones (art. 28, inc. 2º) establecen una solución sin duda

preferible a la anterior: el acto es anulable siempre que la parte haya conocido o debido conocer el dolo, lo que permite a los jueces una gran libertad de acción para anular el acto.

La doctrina moderna critica con acierto estas soluciones; en verdad, lo natural y lo jurídico es anular el acto, tanto cuando proviene de la parte como de un tercero, pues en ambos casos existe el hecho ilícito fundamento de la invalidez (ver nota 6). El Código brasileño ha adoptado el mismo sistema del nuestro (art. 95), que es también el imperante en el derecho anglosajón.

1118/1158

1158. DOLO INCIDENTE.— Llámase dolo incidente aquel que no fue determinante del consentimiento prestado por la víctima. No afecta la validez del acto, ni da derecho, por consiguiente, a reclamar su anulación; pero el que lo ha cometido debe indemnizar los daños y perjuicios derivados de él (art. 934 Ver Texto , Cód. Civ.). Esta solución se justifica plenamente porque aun sabiendo la verdad, la víctima hubiera celebrado el acto; pero es posible que, en posesión de ella, se hubieran alterado algunas cláusulas del contrato, reducido el precio, etcétera. Todos estos perjuicios deben ser reparados.

1118/1159

1159.— Si el dolo incidente ha provenido de un tercero y la parte beneficiada lo conocía, ambos son solidariamente responsables de los daños y perjuicios; pero si la parte lo ignora, solamente el tercero responde por ellos (arts. 935 Ver Texto , 942 Ver Texto y 943, Cód. Civ.) (ver nota 7).

1118/1160

1160. PRUEBA.— La prueba del dolo corresponde a la parte que lo invoca. Puede valerse de todos los medios, inclusive simples presunciones (ver nota 8).

1160-1. CONTRA QUIÉN DEBE DIRIGIRSE LA DEMANDA DE NULIDAD.— La demanda de nulidad del acto impugnado debe dirigirse siempre contra el autor del dolo o sus sucesores universales. Esta regla reviste particular interés cuando el objeto principal de la acción es obtener la restitución de un bien que ha pasado ya a poder de terceros. Ejemplo: engañado por el comprador, le vendo un inmueble; el autor del dolo lo enajena a su vez a un tercero. Aunque mi interés fundamental consiste en la recuperación del bien que ya ha salido de poder del autor del dolo, es contra él que debo dirigir la acción. Esta solución se apoya en fundamentos incontestables: en primer lugar, la nulidad no significa

solamente la restitución de los bienes transferidos por efecto del acto nulo, sino también la indemnización de los daños y perjuicios consiguientes (art. 1056 Ver Texto , Cód. Civ.) y es obvio que esta acción no puede dirigirse en contra del tercero que adquirió la cosa; en segundo lugar, el tercero adquirente del bien puede ignorar si la conducta de su transmitente ha sido o no dolosa y carece de las pruebas necesarias para demostrar la regularidad del acto impugnado; finalmente, la víctima del dolo conoce de seguro a quien lo engañó, pero muy bien puede ignorar si éste ha transmitido la cosa y a quién (ver nota 9).

Es claro que la circunstancia de que la acción deba seguirse contra el autor del dolo, no excluye que también pueda intentarse contra el tercero adquirente. Y en verdad, resulta aconsejable que así se proceda, porque de lo contrario la sentencia obtenida contra el culpable del dolo no podrá ejecutarse contra el tercer adquirente (ver nota 10). Hay que tener presente, empero, que la acción por restitución contra el tercer subadquirente sólo procede si era de mala fe o adquirió la cosa por título gratuito (art. 1051 Ver Texto , ref. por ley 17711 ).

1160-2. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN.— La acción de nulidad derivada del dolo prescribe a los dos años contados desde que el engaño hubiere sido conocido por la víctima (art. 4030 Ver Texto , Cód. Civ.).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: LLAMBÍAS, t. 2, n° 1752; SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 2349 y s.; CIFUENTES, Negocio jurídico, § 194 y s.; BREBBIA, Hechos y actos jurídicos, ps. 401 y s.; PARRY, A., nota en J.A., t. 24, ps. 388 y s.; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 3ª ed., t. 2, n° 217 y s.; JOSSERAND, Derecho Civil, ed. Buenos Aires, t. 2, vol. 1, n° 92 y s.; PERRIN, Le dol dans la formation des actes juridiques, París, 1951; GAY, De l'indue influence dans les législations anglosaxones, Dijon, 1937; TRACUCCHI, Il dolo, in Studi sulla teoria dei vizi del volere, Padova, 1937; VON TUHR, Derecho Civil, ed. Depalma, vol. 2.2, ps. 293 y s.

(nota 2) BREBBIA, Hechos y actos jurídicos, p. 403.

(nota 3) LLAMBÍAS, Parte General, t. 2, n° 1771. Agrega este autor que si la causa de la nulidad fuera el hecho ilícito, la nulidad debería ser absoluta. Tampoco compartimos este punto de vista. Lo fundamental para decidir si una nulidad es absoluta o relativa es el interés tutelado. Si lo que fundamentalmente se tiene en mira es el interés de las partes (como ocurre en el caso del dolo y la violencia) la nulidad será relativa, fúndese en el hecho ilícito o en el vicio de la voluntad.

(nota 4) C. Apel. 1ª La Plata, 26/7/1966, Rep. L.L., t. 27, p. 1245, sum. 11.

(nota 5) C. Civil Cap., Sala A, 26/11/1962, J.A., 1963-II, p. 605; Sala C, 23/2/1967, L.L., t. 126, p. 388; C. Civil Cap., Sala D, 7/5/1956, L.L., t. 82, p. 596; C. Civil, 2ª Cap., 29/10/1926, J.A., t. 22, p. 1934; C. Apel. Bahía Blanca, 22/12/1931, J.A., t. 67, p. 500; C. Apel. 2ª Córdoba, 23/7/1943, J.C., t. 3, p. 161, y Rep. L.L., t. 7, p. 457. La doctrina es unánime.

(nota 6) JOSSERAND, ed. Buenos Aires, t. 2, vol. 1, n° 96; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, ed. La Habana, t. 6, n° 204; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, 10ª ed., t. 2, n° 67; esos autores, sin embargo, fundan su opinión en la circunstancia de que tanto en un caso como en otro está viciado el consentimiento.

(nota 7) De acuerdo: SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 2384.

(nota 8) C. Civil Cap., Sala A, 12/7/1962, L.L., t. 108, p. 669, íd., 19/6/1963, E.D., t. 5, p. 521; Sala C, 23/2/1967, L.L., t. 126, p. 388; C. Apel. 1ª Santiago del Estero, 12/2/1965, L.L., t. 118, p. 459; SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 2385; PARRY, nota en J.A., t. 24, p. 390, en donde se cita un fallo de la C.S.N., en este sentido.

(nota 9) De acuerdo: C.S.N., Fallos, t. 115, p. 34; SALVAT, Parte General, n° 2663; LLAMBÍAS, Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos, n° 45, especialmente nota 114; VON TUHR, Teoría general del derecho alemán, ed. Depalma, t. 3, p. 340; ENNECCERUS, Parte General, vol. 2, § 190, p. 372, texto y nota 14.

(nota 10) De acuerdo: SALVAT, Parte General, n° 2663.

1118/10800

### III. VIOLENCIA (ver nota 1)

1118/1161

1161. CONCEPTO Y FUNDAMENTO.— Cuando el consentimiento ha sido arrancado bajo la presión de violencias físicas o morales, el acto, a pedido de la víctima, debe ser anulado. Este es un principio elemental de derecho; de lo contrario, el orden jurídico sería reemplazado por la fuerza. Como en el caso del dolo, es el hecho ilícito el fundamento de la nulidad. Conviene recalcarlo, pues según la teoría de la voluntad psicológica, la nulidad se

funda en la falta de libertad, lo que es notoriamente inexacto (véanse núms. 816, 817 y 1127). La propia ley lo está indicando cuando exige que las amenazas sean injustas para dar lugar a esta sanción (art. 937 Ver Texto , Cód. Civ.). Si lo único que debiera tenerse en cuenta fuera el estado psicológico de la víctima, no importaría que la amenaza fuera justa o injusta, porque en ambos casos faltaría la libertad. Es la misma ley la que pone el acento sobre la ilicitud (ver nota 2).

LLAMBÍAS, siempre fiel a la teoría clásica, niega que el fundamento de la nulidad sea el hecho ilícito; afirma que sin daño causado no hay hecho ilícito, no obstante lo cual es posible pedir la nulidad de un acto que todavía no haya ocasionado ningún daño a la víctima (ver nota 3). Por nuestra parte, entendemos que no hay hecho ilícito solamente cuando el daño está ya causado, sino también cuando existe un daño potencial como consecuencia del acto. Es claro que si no hay daño actual ni eventual no hay tampoco nulidad, ya que sin interés no hay acción. Tanto el dolo como la violencia son actos ilícitos de naturaleza especial, dirigidos a obtener una declaración de voluntad de la víctima y no a producir un daño inmediato.

Y puesto que la acción derivada de todo hecho ilícito tiende a volver las cosas, en lo posible, al punto en que se encontraban cuando se produjo el hecho (pues no es otro el fin de la indemnización), si el resultado de esa acción contraria a la ley ha sido obtener una declaración de voluntad, lo primero será anularla, sin perjuicio de la reparación de los daños que ya se hubieren producido.

En cambio, la teoría clásica no puede explicar porqué no hay nulidad en el caso del temor reverencial o en el de justas amenazas, no obstante que el agente ha obrado sin libertad. Según nuestra tesis todo queda explicado satisfactoriamente: no hay nulidad porque no hay hecho ilícito.

Esta discusión sobre el fundamento de la nulidad tiene un interés práctico relevante, como lo hemos puesto de relieve al tratar del dolo (véase núm. 1148 in fine).

1118/11310

1161 bis.— Los artículos 936 Ver Texto y 937 del Código Civil parecen establecer una distinción entre fuerza e intimidación. Esta distinción es irrelevante, cuando no artificiosa. Lo que importa, a los efectos de la protección de la víctima, es la amenaza grave; sea el peligro de carácter físico o moral, lo cierto es que lo que determina el consentimiento es siempre la intimidación.

1118/1162

1162. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA VIOLENCIA.— No toda presión o violencia, hecha por uno de los contratantes sobre otro autoriza a pedir la anulación del acto. La ley exige ciertos requisitos sin los cuales esta sanción no tiene lugar.

1118/1163

1163.— a) Es necesario, ante todo, que se trate de una injusta amenaza (art. 937 Ver Texto , Cód. Civ.). En este concepto se comprenden, desde luego, todos los hechos ilícitos.

En cambio, la amenaza de ejercer un derecho no vicia, en principio, el acto. Tal sería el caso del acreedor que obtiene de su deudor el pago íntegro de los intereses y amortizaciones atrasadas bajo amenazas de iniciar de inmediato la ejecución judicial por el total de la deuda.

Pero no siempre la amenaza de ejercer un derecho es lícita y justa; debe tratarse de un ejercicio regular de él. Si, por el contrario, la amenaza tuviera un móvil antijurídico, si aprovechando la fuerza que confiere la ley se realiza un verdadero chantage sobre la víctima, entonces hay un abuso del derecho, que autoriza a considerar anulable el acto (ver nota 4). La víctima de un delito puede amenazar al autor del hecho con intentar la querrela criminal si no le indemniza los daños y perjuicios realmente sufridos; pero si, valiéndose de esa situación, extorsiona al culpable arrancándole una suma exorbitante, el acto es nulo. Un comprador que sorprende al vendedor en flagrante delito de defraudación puede muy bien exigir el reembolso de lo pagado indebidamente, amenazándolo con perseguirlo judicialmente; pero no podría aprovechar su situación para hacerse pagar sumas considerables, sin causa legítima seria (ver nota 5). Las vías de derecho, dice JOSSERAND, deben estar siempre al servicio del derecho; no pueden desviarse de su destino y convertirse, en cierto modo, en procedimientos de escalamiento; su utilización debe hacerse, bajo pena de abuso, por un motivo legítimo (ver nota 6).

La jurisprudencia belga registra un interesante caso. Una madre obtuvo de su hija encinta el consentimiento para un contrato a todas luces desventajoso, amenazándola con dejarla abandonada durante el embarazo y el alumbramiento (ver nota 7). La madre estaba sin duda en su derecho de no acompañar a la hija en ese trance, cualquiera sea el juicio que tal conducta pueda merecer; pero el móvil de la amenaza era ilegítimo.

1118/1164

1164.— b) Las amenazas deben referirse a un mal inminente y grave (art. 937 Ver Texto , Cód. Civ.).

¿Qué debe entenderse por mal inminente? No es necesario que se trate de un peligro presente o que haya de ocurrir inmediatamente, sino que sea más o menos próximo, de tal modo que no pueda evitarse a tiempo ni reclamarse el auxilio de la autoridad pública o que éste no sea eficaz. Sólo el peligro lejano o remoto está excluido de este concepto (ver nota 8).

En cuanto a la gravedad, no impera ya el severo criterio de antaño.

Las legislaciones antiguas eran rigurosas para apreciar la intimidación. En el derecho romano era necesario que tuviera un carácter tal que inclusive un hombre de coraje, *hominen constantissimum*, debiera ceder a ella (Digesto, Lib. 4, t. 2, ley 6); en las Partidas se exigía que temiese de él todo ome maguer fuesse de grand corazón (Part. 4, t. 2, ley 15).

Este menosprecio por el débil ha desaparecido en el derecho moderno; por el contrario, se siente simpatía por él, se tiende a protegerlo. La violencia no debe juzgarse, por tanto, en relación a un hombre fuerte, de coraje, sino teniendo en cuenta las condiciones personales de la víctima. Con todo acierto, dispone el artículo 938 Ver Texto que el juez debe considerar la condición, el carácter, hábitos o sexo de una persona para juzgar si la amenaza ha podido producirle una fuerte impresión. Lo que es suficiente para un inválido, un enfermo, puede no serlo para un hombre que se halla en la plenitud de la fuerza y el poder.

El mal inminente y grave puede referirse a la persona, libertad, honra o bienes de la víctima (art. 937 Ver Texto , Cód. Civ.). No sólo lo que afecta la integridad corporal o la dignidad de una persona es grave; también lo que pone en peligro sus derechos patrimoniales puede revestir ese carácter.

1118/1165

1165.— c) Personas a las que deben referirse las amenazas. Dispone el artículo 937 Ver Texto que las amenazas deben recaer sobre la parte contratante o sobre su cónyuge, descendientes o ascendientes, legítimos o ilegítimos. ¿Significa esto que cuando las amenazas se refieren a un hermano, a un amigo o a un extraño, no tienen efecto alguno y que el contrato suscripto bajo la presión de ellas es válido? De ninguna manera. El propio codificador se apresura a decir en su nota que también estos casos están comprendidos en la idea de violencia. ¿Cómo se justifica entonces esta aparente limitación establecida en el artículo 937 Ver Texto ? Creemos, con RIPERT, que se trata de una norma anacrónica, que

introduce una distinción desprovista de todo interés público (ver nota 9); VÉLEZ SARSFIELD se limitó a seguir irreflexivamente el modelo francés. En definitiva, no importa que la víctima sea o no de las personas enumeradas en el artículo 937 Ver Texto ; siempre que el juez tenga el convencimiento de que el acto se celebró tan sólo para evitar a un tercero un mal inminente y grave, debe anularlo.

1118/1166

1166.— Es de todo punto de vista inadmisibile la teoría según la cual el artículo 937 Ver Texto debe interpretarse en la siguiente forma: si se trata de las personas enumeradas en él bastaría probar las amenazas; si se trata de otros parientes, amigos, etcétera, habría que probar, las relaciones de amistad y afecto entre la presunta víctima y quien otorga su consentimiento para salvarla (ver nota 10). Entendemos, con la doctrina moderna, que de ninguna manera es necesario probar esas relaciones de amistad o afecto; para una persona de espíritu generoso y cristiano es casi tan grave la amenaza dirigida hacia un allegado como la que se dirige a un extraño, que siempre es un prójimo. El noble sentimiento de hermandad y de solidaridad social de quien se perjudica para evitar un daño a un tercero, debe ser legalmente protegido. Además, tanto en un caso como en otro, existe un hecho ilícito, una violencia contraria a la moral, que la ley no puede convalidar sin grave escándalo del orden público (ver nota 11).

El propio VÉLEZ SARSFIELD así lo pensaba, pues en la nota a este artículo afirma que también la amenaza a un extraño puede implicar violencia.

Llama pues la atención que en el Anteproyecto de 1954 se insista en limitar la órbita de aplicación de la violencia a las amenazas dirigidas al propio contratante o a sus ascendientes, descendientes y cónyuge.

1118/11320

1166 bis. AMENAZAS HECHAS POR PERSONAS SIN DISCERNIMIENTO.— La amenaza sigue siendo injusta y provoca la nulidad del acto aun cuando el que amenazó no tuviera conciencia de la antijuridicidad de la amenaza, sea por demencia o por hallarse privado circunstancialmente de razón, como ocurriría en caso de ebriedad (ver nota 12).

1118/1167

1167. EFECTOS.— Al igual que el dolo, la violencia produce los siguientes efectos: 1) el acto es anulable a pedido de parte interesada; la nulidad es simplemente relativa; 2) la

víctima puede pedir la indemnización de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del acto anulado.

1118/1168

1168. VIOLENCIA EJERCIDA POR UN TERCERO.— La violencia ejercida por un tercero da lugar a la anulación del acto, lo mismo que si emanara de la parte (art. 941 Ver Texto , Cód. Civ.). En ambos casos, en efecto, la víctima de un hecho ilícito debe ser protegida por la ley.

Si la violencia ejercida por el tercero fuera conocida por la parte a quien favorece, ambos son solidariamente responsables por los daños y perjuicios sufridos por la víctima (art. 942 Ver Texto , Cód. Civ.); pero si aquélla no tenía conocimiento alguno de la violencia, el único responsable por los daños y perjuicios es el tercero (art. 943 Ver Texto ).

1118/1169

1169. TEMOR REVERENCIAL.— Dispone el artículo 940 Ver Texto que: El temor reverencial, o el de los descendientes para con los ascendientes, el de la mujer para con el marido o el de los subordinados para con su superior, no es causa suficiente para anular los actos.

Debe dejarse bien sentado, sin embargo, que si el superior utilizara deliberadamente el temor reverencial que él sabe que siente su inferior, para arrancarle la celebración de un acto jurídico desventajoso, éste debe ser anulado (ver nota 13). Una razón de moral impone esta solución.

La ineficacia del temor reverencial para provocar la anulabilidad del acto, no se explica dentro de la teoría de los vicios del consentimiento, pues es evidente que también en este caso ha existido falta de libertad en el agente. En cambio, se justifica plenamente si la nulidad se funda en el hecho ilícito, porque el superior no ha cometido ningún hecho contrario a la ley o la moral. El acto, por consiguiente, es válido.

1118/1170

1170. OBLIGACIONES CONTRAÍDAS EN ESTADO DE NECESIDAD (ver nota 14).— Con frecuencia las convenciones se realizan bajo la presión de necesidades apremiantes; las enfermedades, las penurias económicas, las ambiciones, el temor de perder una posición

social o política, impulsan muchas veces a los hombres a realizar actos quizás gravosos o inconvenientes para su patrimonio. Estas circunstancias no son suficientes, por sí solas, para anular los actos jurídicos (ver nota 15). Pero si la contraparte, en conocimiento de ese estado de necesidad, lo explota inmoralmemente, extrayendo de él beneficios excesivos, el derecho interviene en favor de la víctima (ver nota 16).

Esta cuestión se subsume hoy en la teoría de la lesión. Una razón de moral y de buena fe hace necesario restablecer el equilibrio entre las prestaciones recíprocas, cuando es evidente que la notoria desigualdad se funda en la debilidad en que se hallaba una de las partes en el momento de la celebración del acto y que la otra se aprovechó de esa situación. Por lo general la consecuencia será la reducción de las prestaciones excesivas a sus justos límites, aunque puede llegarse inclusive a la anulación del acto.

La jurisprudencia francesa registra un interesante caso del capitán de un navío, que en el momento del naufragio prometió una recompensa exagerada al autor del salvamento; el Tribunal resolvió reducirla a lo que era equitativo (ver nota 17).

1118/1171

1171. PRUEBA DE LA VIOLENCIA.— La prueba de la violencia corresponde a quien la invoca, pudiéndose valer de todos los medios. Es necesario tener en cuenta que la intimidación se realiza por lo general en forma oculta. Quien la comete, procurará elegir el momento más propicio, estar a solas con la víctima, no dejar rastros. El juez no deberá ser demasiado riguroso en la apreciación de las pruebas y podrá admitir inclusive las simples presunciones, si éstas fueran tales que llevaran a su ánimo la convicción de que ha existido violencia (ver nota 18).

1171-1. CONTRA QUIÉN DEBE DIRIGIRSE LA DEMANDA DE NULIDAD.— Remitimos sobre este punto a lo dicho respecto del dolo (núm. 1160-1), que es de entera aplicación a la violencia.

1171-2. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN.— La acción de nulidad prescribe a los dos años, contados a partir del momento en que hubiere cesado la violencia (art. 4030 Ver Texto , Cód. Civ.).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: LLAMBÍAS, t. 2, n° 1775 y s.; SALVAT, Parte General, 6ª ed., ps. 980 y s., n° 2390 y s.; CIFUENTES, Negocio jurídico, § 217 y s.; PARRY, A., nota en J.A., t. 24, ps. 390 y s.; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 3ª ed., t. 2, n° 232 y s.; JOSSERAND, Derecho Civil, ed. Buenos Aires, t. 2, vol. 1, ps. 61 y s., n° 79 y s.;

BRETON, A., La notion de la violence, París, 1925, y nota en Sirey, 1926, I, 121; DEMOGUE, De la violence comme vice du consentement, Revue Trimestrielle, 1914, p. 435; LALLEMENT, L'état de nécessité en matière civile, París, 1922; FUNAIOLI, La teoria della violenza nei negozi giuridici, Roma, 1927; VON TUHR, Derecho Civil, ed. Depalma, vol. 2.2, ps. 298 y s.

(nota 2) En este sentido, BUSSO, t. 2, coment. art. 16, ley mat. civil, n° 146 y s. en que se cita un dictamen concordante del fiscal Iriondo.

(nota 3) LLAMBÍAS, Parte General, t. 2, n° 1443.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala A, 18/11/1959, J.A., 1960-I, p. 727, y L.L., t. 98, p. 345; Sala D, 29/12/1959, J.A., 1960-II, p. 465, y L.L., t. 99, p. 315; LLAMBÍAS, Parte General, t. 2, n° 1779; SALVAT, n° 2397; SEGOVIA, t. 1, p. 260, nota 38; LÓPEZ OLACIREGUI, en SALVAT, t. 2, n° 2398-A; BREBBIA, Hechos y actos jurídicos, t. 1, p. 446.

(nota 5) Caso de jurisprudencia francesa, Civ., 9/4/1913, D.P. 1917, 1, 103, cit. por JOSSERAND, ed. Buenos Aires, t. 2, vol. 1, p. 65, n° 86. La C. Com. Cap. declaró la nulidad de un acto que implicó la modificación de un contrato anterior, logrado como precio para desistir de una denuncia policial injusta (22/10/1952, L.L., t. 70, p. 127).

(nota 6) JOSSERAND, ed. Buenos Aires, t. 2, vol. 1, p. 65, n° 86; véase, asimismo, la obra de este autor, De l'esprit des droits et de leur relativité, n° 45 y s.

(nota 7) Trib. Bruselas, 22/8/1808, cit. por PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 3ª ed., t. 2, n° 242, nota 1.

(nota 8) Así lo declaró la C. Civil Cap., Sala D, 15/9/1952, L.L., t. 68, p. 361, con nota de A. ORGAZ, quien adhiere, y J.A., 1953-I, p. 14. De acuerdo, BREBBIA, Hechos y actos jurídicos, t. 1, p. 448.

(nota 9) PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 3ª ed., t. 2, n° 239.

(nota 10) SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 2404.

(nota 11) LLAMBÍAS, Derecho Civil, Parte General, t. 2, n° 1784, texto y nota 89 bis, sostiene que si bien no es necesario probar el afecto, en cambio es necesario demostrar la

impresión que la amenaza ha producido en el ánimo del agente. Tampoco compartimos esta opinión. El que ha pagado una suma de dinero para evitar un daño grave e inminente a un tercero, ¿estará obligado a probar que la amenaza le ha producido una seria impresión? ¿No debe presumirse, acaso, que se la ha producido? Este es, en efecto, el sentimiento que debe experimentar una persona sensible y caritativa.

De acuerdo (con reservas, BREBBIA, Hechos y actos jurídicos, t. 1, p. 451).

(nota 12) BREBBIA, Hechos y actos jurídicos, t. 1, p. 447; ENNECCERUS-NIPPERDEY, t. 2, p. 221.

(nota 13) PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 3ª ed., t. 2, nº 242.

(nota 14) BIBLIOGRAFÍA: LALLEMENT, P., L'état de nécessité en matière civile, París, 1922; ABDULLAH EL ARABY, Le contrainte économique et le délit de violence, Lyon, 1924.

(nota 15) C. Civil Cap., Sala C, 6/9/1957, L.L., t. 90, p. 547 y autores citados en nota siguiente.

(nota 16) PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 3ª ed., t. 2, nº 243; LALLEMENT, L'état de nécessité en matière civile, nº 55.

(nota 17) Rec., 27/4/1887, S. 1887. 1.372.

(nota 18) C. Civil Cap., Sala C, 23/11/1953, L.L., t. 74, p. 376 y J.A., 1954-III, p. 522; de acuerdo: SALVAT, Parte General, 6ª ed., p. 996, nº 2421; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Obligations, t. 1, p. 141, nº 997.

1118/10810

IV. LESIÓN (ver nota 1)

## § 1.— Antecedentes

1171-3. EL PROBLEMA.— Ocurre a veces que las prestaciones recíprocas de un contrato presentan una desigualdad notoria. Una de las partes, valiéndose de su mayor experiencia o capacidad intelectual o aprovechando las necesidades de la otra, logra hacerle suscribir un contrato en el cual sus obligaciones son considerablemente menos gravosas. En una palabra, falta equivalencia. ¿Es válida esta convención?

El problema es arduo y de vieja data. El primitivo derecho romano, rigurosamente individualista, no conoció la institución de la lesión. Sólo en los últimos tiempos y bajo la influencia de la Iglesia Católica, se atenuó ese rigorismo (ver nota 2). La doctrina católica no podía tolerar, en efecto, la validez de pactos que chocaban con la idea de justicia y con el sentimiento de caridad y moral cristianas. La usura fue condenada severamente (Cánones 1543 y 2354, Code juris cononice) y se sentó el principio de que las convenciones, para ser lícitas, debían basarse en la equidad. Esta concepción influyó poderosamente en el derecho medieval. POTHIER (ver nota 3), en una de sus obras, hace esta “bella declaración”, según la llama RIPERT: “La equidad debe reinar en las convenciones, de donde se sigue que en los contratos onerosos, en los cuales uno de los contratantes da o hace algo para recibir alguna otra cosa como precio de lo que da o hace, la lesión que sufre uno de los contratantes, aun cuando el otro no haya recurrido a ningún artificio para engañarlo, basta por sí misma para viciar los contratos. Porque consistiendo la equidad en materia de negocios en la igualdad, desde que se menoscabe esta igualdad y uno de los contratantes dé más de lo que recibe, el contrato está viciado, porque peca contra la equidad que debe presidirlo” (ver nota 4).

Pero el auge del liberalismo trajo aparejado un nuevo ocaso de estos principios. Se pensaba que las partes eran el mejor juez de sus propios intereses y que el acatamiento ciego del contrato era el principio superior de progreso en una sociedad libre. El respeto por el libre juego de las voluntades individuales pudo expresarse en esta fórmula: “lo que es libremente querido, es justo”. Aún hoy, la pugna en torno del problema de la lesión se mantiene en pie; y preciso es reconocer que la solución no es fácil.

1171-4.— Los que niegan que la lesión pueda ser una causa de nulidad o rescisión de los contratos, invocan los siguientes argumentos: 1) El respeto de las convenciones es uno de los principios fundamentales en que se basa el orden jurídico; la seguridad individual sufrirá un rudo golpe si se pudiera atacar los contratos so pretexto de que las obligaciones recíprocas no son equivalentes. 2) La preocupación de cuidar el principio de la equidad hace olvidar otro de orden moral, no menos importante: el deber de guardar fielmente la palabra empeñada. La posibilidad de invocar la lesión facilita las argucias de quienes, de

mala fe, quieren librarse de los compromisos libremente contraídos. 3) Es muy difícil establecer el justo valor de las cosas, que depende muchas veces de apreciaciones estrictamente subjetivas. Un pintor mediocre puede sobreestimar el valor de sus cuadros y exigir por ellos un precio exorbitante. Si encuentra alguien que lo pague ¿estará expuesto más tarde a que el comprador ataque el contrato por lesión y obtenga la devolución del precio? Una casa solariega, propiedad tradicional de la familia, tiene para su dueño un valor subjetivo infinitamente superior al que puede tener en el mercado inmobiliario. ¿Cómo puede el juez medir ese valor? 4) El contrato es muchas veces un acto de previsión y, por ende, un factor de estabilidad económica. Lo que hoy resulta equitativo, mañana puede no serlo. Quizá sean estas circunstancias las previstas por las partes y las que han tenido en mira al contratar; la especulación es el alma del comercio, admitir la lesión es matarla (ver nota 5).

Todos estos argumentos no demuestran, a nuestro juicio, otra cosa sino que la aplicación de la teoría de la lesión envuelve un delicadísimo problema. Es indiscutible que no toda desigualdad autoriza a anular o rescindir un contrato, pues la igualdad matemática es del todo imposible. Pero cuando la lesión es grosera, cuando se hace visible que las obligaciones contraídas por una de las partes sólo lo han sido en virtud de su ignorancia, su debilidad o su inexperiencia; cuando es evidente que la otra parte se ha aprovechado de estas circunstancias para sacarles beneficio, el juez no puede convalidar tales convenciones, que resultan repugnantes a la moral y las buenas costumbres. Será necesario anularlas o reducir las obligaciones a sus justos límites. Porque el derecho presupone la justicia y no toda convención, por el hecho de serlo, es justa, como lo pretendían los voceros del liberalismo. En el derecho moderno, estos conceptos pueden considerarse definitivamente triunfantes.

1171-5. LA CUESTIÓN EN NUESTRO DERECHO.— Fiel a las ideas imperantes en su tiempo, VÉLEZ SARSFIELD expresó su repudio a esta institución en la nota al artículo 943 Ver Texto . Y durante largos años la jurisprudencia acató este criterio sin tener en cuenta que una nota no es un texto legal y que no obliga al intérprete.

La reacción contra este cerrado criterio empezó a operarse silenciosamente. Sin mencionar la lesión, se puso un límite a la tasa de intereses; se resolvió que los honorarios convenidos para el pago del administrador de una sucesión deben reducirse a sus justos límites, si su monto resulta a todas luces desproporcionado con la tarea desempeñada (ver nota 6); que es nula la venta de un terreno efectuada en la suma de \$ 800, si al año siguiente se lo tasó en \$ 18.200, aun cuando no se hubieran probado vicios del consentimiento (ver nota 7). En estos casos se echó mano del artículo 953 Ver Texto , sin mencionar la lesión, aunque en todos ellos la había.

Recién en 1964 la Sala A de la Cámara Civil de la Capital hizo aplicación expresa de la teoría de la lesión para anular dos contratos sosteniendo la plena legitimidad de su invocación y vigencia (ver nota 8). Pero era indispensable una ley expresa que admitiera

una institución tan moralizadora y justa y al propio tiempo que regulara con precisión sus efectos. Es lo que hizo la ley 17711 al modificar el artículo 954 Ver Texto . Al consagrar la lesión, esta ley ha llevado a su término una de las evoluciones más interesantes de las instituciones jurídicas en nuestro derecho, evolución en la que los jueces han jugado un papel brillante como instrumentos de adaptación del derecho positivo a las exigencias de los nuevos tiempos.

1118/10830

## § 2.— El sistema legal

1171-6. CONCEPTO DE LESIÓN.— Conforme con el artículo 954 Ver Texto la lesión queda configurada cuando una de las partes, explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviere por medio de un acto jurídico una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.

Nuestra ley se ha apartado del antecedente francés, que para la compraventa establece una proporción fija (las siete doceavas partes del precio, art. 1674 Ver Texto ), excedida la cual hay lesión, para adherir al criterio de las legislaciones modernas que han preferido sentar normas flexibles y tener principalmente en cuenta el aprovechamiento de la debilidad o inferioridad del otro contratante (Cód. Civ. alemán, art. 138; suizo, art. 21; italiano, art. 1448; polaco, art. 42; chino, art. 74; mexicano, art. 17; soviético, art. 33). Este fue también el criterio aprobado por el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil (ver nota 9).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: MORIXE, H., Contribución al estudio de la lesión, Buenos Aires, 1929; SPOTA, t. 8, n° 1859 y s. y sus importantes estudios publicados en L.L., t. 68, p. 420; J.A., 1961-V, sec. doct., p. 83; y particularmente, J.A., 1962-VI, sec. doct., p. 75; MOISSET DE ESPANÉS, La lesión en los actos jurídicos, Córdoba, 1965; íd., Los elementos de la lesión subjetiva y la presunción de aprovechamiento, J.A., diario del 10/5/1974; MOLINA, Abuso del derecho, lesión e imprevisión en la reforma del Código Civil, Buenos Aires, 1969; BORDA, Alejandro, La lesión, E.D. diario del 20/10/1998; ASTUENA, La lesión como causa de nulidad o reajuste de los actos jurídicos bilaterales, E.D., t. 45, p. 961; CIFUENTES, Negocio jurídico, n° 247 y s.; DI CIO, La lesión subjetiva en el art. 954, C. Civil, E.D., t. 40, p. 708; nota de jurisprudencia en E.D., t. 70, p. 338; RIPERT, G., La regla moral en las obligaciones civiles, ed. Bogotá, 1946, ps. 93 y s.; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, t. 2, ps. 74 y s., n° 260 y s.; JOSSERAND, Derecho Civil, ed. Buenos Aires, t. 2, vol. 1, ps. 74 y s.; TROLLEY, A., Etude sur la lésion en droit romain et en droit français, París, 1872; VALMONT, M., Le fondement juridique de la lésion, París 1938; PLASTARA, G., Du droit de réduction des conventions et dispositions excessives, París, 1914; OSSIPOW, P., De la lesión, Lausanne - París, 1940; DEKKERS, La

lésion énorme, París, 1937 (estudio histórico del tema); ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 1, ps. 306 y s.; VON TUHR, Derecho Civil, ed. Depalma, vol. 3.1, ps. 46 y s.

(nota 2) Véase sobre este punto, PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 4ª ed., t. 2, p. 97, nº 264 y 265; MORIXE, Contribución al estudio de la lesión, ps. 14 y s.; TROLLEY, Etude sur la lésion en droit romain, París, 1872.

(nota 3) RIPERT, La regla moral, nº 62.

(nota 4) POTHIER, Obligations, nº 33.

(nota 5) RIPERT, C., La regla moral, nº 71, quien expone el argumento, sin adherir totalmente a él.

(nota 6) C. Civil Cap., Sala B, 18/9/1952, L.L., t. 68, p. 420, y J.A., 1953-I, p. 337, que confirma la sentencia que dictamos como Juez de Primera Instancia, en la que el problema de la lesión se trató explícitamente; con nota de SPOTA, La lesión subjetiva.

(nota 7) C. Paz Let. Cap., 27/11/1953, L.L., t. 74, p. 821.

(nota 8) C. Civil Cap., Sala A, 18/12/1964, E.D., t. 15, p. 443 (llevó la palabra del tribunal el autor de esta obra).

(nota 9) Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, t. 2, p. 777.

1118/10008

1171-7.— Nuestra ley exige dos condiciones: a) Que medie un aprovechamiento de la necesidad, la ligereza o inexperiencia de la otra parte. Esta enumeración es simplemente indicativa. Lo sustancial es el aprovechamiento de la situación de inferioridad en que se encuentra la otra parte. Por lo tanto, también debe incluirse el aprovechamiento de la debilidad mental, la toxicomanía, la ebriedad consuetudinaria, la prodigalidad. En todos estos casos, habrá que admitir que, por lo menos, se ha obrado con ligereza o inexperiencia. b) Que se haya obtenido del contrato una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. La norma es flexible y deja librada a la apreciación judicial cuándo la ventaja debe considerarse evidentemente desproporcionada.

Se ha declarado que basta una desproporción del 40% del precio (ver nota 1); o una del 36% (ver nota 2); en cambio, se ha decidido que no es excesiva una diferencia del 30% (ver nota 3); ni menos una del 13,32% entre el precio y la tasación (ver nota 4); ni la que existe entre el precio convenido de \$ 185.000 y el valor real de \$ 210.000 (ver nota 5); ni muchos menos una diferencia del 7% (ver nota 6).

Para apreciar si ha mediado desproporción notable, los cálculos deberán hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda (art. 954 Ver Texto ). La disposición es equitativa. El transcurso del tiempo desajusta muchas veces los valores relativos. Al cabo de algunos años, una cosa puede haberse valorizado o, por el contrario, perdido su valor. Pero ello no le resta justicia a la transacción que, apreciada en el momento en que se la hizo, fue equitativa. De igual modo, debe desestimarse la demanda si la transacción, originariamente injusta y lesiva, ha devenido equitativa en el momento de iniciarse el juicio; porque si es así, ¿de qué puede quejarse el accionante? El tiempo se ha encargado ya de hacerle justicia.

(nota 1) C. Civil Cap., Sala B, 20/12/1976, L.L., 1977-C, p. 158, con nota de LEZANA. En el caso se había probado el estado de inferioridad de la vendedora.

(nota 2) C. 2ª Apel. San Juan, 23/5/1980, J.A., 1980-IV, p. 422.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala C, 19/12/1980, E.D., t. 92, p. 752.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala B, 14/3/1975, E.D., t. 62, p. 244.

(nota 5) C. Apel. 1ª San Nicolás, 20/10/1970, E.D., t. 37, p. 420.

(nota 6) C. Civil Cap., Sala F, 8/6/1972, E.D., t. 44, p. 249.

1118/10018

1171-8. PRUEBA DE LA EXPLOTACIÓN.— Una de las cuestiones más debatidas en nuestra doctrina y jurisprudencia, era la de si debía o no probarse el aprovechamiento de la inferioridad de la otra parte (ver nota 1). La cuestión ha sido bien resuelta por el artículo 954 Ver Texto : Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones. Es la buena solución. Si además de la prueba

de la desproporción de las contraprestaciones se exigiera la prueba de que medió propósito de aprovecharse de la inferioridad de la otra parte, se esterilizaría en gran medida la institución, pues esa prueba es muy difícil y a veces imposible de producir. Además, es inútil. Cuando hay una gran desproporción entre las contraprestaciones recíprocas, esa desproporción no puede tener otro origen que el aprovechamiento de la situación de inferioridad de una de las partes, a menos que se trate de una liberalidad. Las mismas cláusulas del contrato están demostrándolo.

En los primeros tiempos de aplicación de la ley 17711 , nadie dudó de que la presunción establecida en el artículo 954 Ver Texto significaba que existe explotación por una de las partes de la situación de inferioridad de la otra, cuando la desproporción de las prestaciones es notable. Pero luego empezó a abrirse paso una teoría según la cual es menester distinguir dos elementos subjetivos en la lesión; uno, la explotación por una de las partes y otro, el estado de inferioridad de la parte explotada. Según esta teoría, la notable desproporción de las prestaciones bastaría para presumir la explotación, pero el que demanda la nulidad del acto debe siempre probar su situación de inferioridad (ver nota 2).

Esta teoría es propia de juristas inclinados a partir un cabello en dos. La explotación por una de las partes, es inescindible de la situación de inferioridad de la otra, porque de lo contrario, es decir, si no existe una situación de inferioridad no puede hablarse de explotación.

Cuando la ley ha dispuesto que debe presumirse la explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones, es obvio que tal presunción se refiere a todo el elemento subjetivo de la lesión (ver nota 3).

1171-8-1.— Con criterio igualmente restrictivo, algún fallo ha resuelto que la ligereza de que habla la ley, jamás puede ser interpretada como una conducta imprudente o negligente de la víctima; su alcance, añadió el Tribunal es preciso y bien delimitado, vinculándose con situaciones patológicas y psicopatológicas, pues no se procede con ligereza voluntariamente, sino a pesar del sujeto, porque no tiene la salud mental suficiente como para interpretar el alcance de sus actos (ver nota 4).

Estamos en desacuerdo con esa doctrina. Nada de lo dispuesto en el artículo 954 Ver Texto permite sostener que la ligereza de que habla dicha disposición, se vincula con estados patológicos o psicopatológicos. Pues el fundamento del derecho de la víctima de pedir la nulidad del acto o el reajuste de las prestaciones, no es la enfermedad o inferioridad mental de ella, sino la grosera falta de equidad de las contraprestaciones. Es la injusticia y falta de equidad del acto lo que le da derecho a pedir la nulidad o el reajuste. En este sentido, recuérdese la opinión de POTHIER que citamos en nuestro número 1171-3.

1171-8-2.— Es necesario destacar, empero, que la ley admite prueba en contrario. Es la parte demandada por lesión la que debe probar que la diferencia entre las contraprestaciones tuvo una causa legítima, como podría ser el ánimo de hacer una liberalidad o el pago del valor afectivo de una cosa, que a veces puede ser muy importante (ver nota 5). Así ocurriría, por ejemplo, si se obtiene un precio que no guarda relación con los valores corrientes, por una vieja propiedad familiar y más si tiene valor histórico.

En caso de duda sobre si la diferencia es realmente desproporcionada o sobre si ha habido aprovechamiento, debe optarse por el cumplimiento del contrato para no perjudicar el principio de la seguridad de los actos jurídicos (ver nota 6); pero si la solución aparece dudosa, la prueba de la inferioridad ayuda a proteger al lesionado (ver nota 7).

(nota 1) Algunos fallos, haciendo la distinción entre lesión objetiva y subjetiva, sólo admitían ésta y exigían la prueba del aprovechamiento de la situación de inferioridad de una de las dos partes: C. Civil Cap., Sala A, 6/10/1953, L.L., t. 72, p. 486; Sala D, 29/12/1959, J.A., 1960-II, p. 465, y L.L., t. 99, p. 315; íd., 31/8/1960, J.A., 1961-I, p. 293; íd., 29/8/1957, L.L., t. 88, p. 104; Sala F, 7/7/1961, J.A., 1961-V, p. 377; Sup. Trib. Santa Fe, 23/9/1960, L.L., t. 101, p. 776, y J.A., 1961-II, p. 399.

Admitieron la lesión con prescindencia de la prueba de aprovechamiento de la situación de inferioridad de la otra parte: C. Civil Cap., Sala A, 13/9/1960, L.L., t. 101, p. 209; C. Paz Cap., 27/11/1953, L.L., t. 74, p. 821. La Sala D de la C. Civil Cap., si bien mantenía la distinción entre lesión objetiva y subjetiva, reconocía que la sola diferencia entre el precio pactado y el justo precio puede viciar el contrato si configura una situación repugnante a la moral y buenas costumbres (31/8/1960, J.A., 1961-I, p. 293). Y SPOTA, a quien puede considerarse el principal sostenedor de la distinción entre lesión objetiva y subjetiva (véase especialmente sus notas en L.L., t. 68, p. 420, y J.A., 1961-V, sec. doct., p. 83), reconoce que una grosera desproporción entre las contraprestaciones es generalmente indicio suficiente de que ha mediado aprovechamiento de la situación de inferioridad de la otra parte y permite presumir un comportamiento condenable, un acto adverso al sano sentimiento popular; a su juicio, la sola desproporción de las contraprestaciones, cuando es excesiva o desmesurada, ofende las buenas costumbres y el negocio cae en el ámbito de aplicación del art. 953 Ver Texto (J.A., 1961-V, sec. doct., p. 92).

De acuerdo en no reconocer la distinción entre lesión subjetiva y objetiva, CARRANZA, en Boletín Instituto Derecho Civil, Córdoba, jul.-dic. 1952, p. 233.

(nota 2) En este sentido: C. Civil Cap., Sala B, 14/4/1981, E.D., t. 94, p. 749; Sala D, 2/3/1971, L.L., t. 144, p. 63; íd., 15/4/1980, E.D., t. 90, p. 352; C. Com. Cap., Sala A, 27/10/1978, E.D., t. 83, p. 276; Sala E, 17/4/1984, E.D., t. 110, p. 161; íd., 17/11/1986, L.L., 1987-A, p. 632; C. Apel. Mercedes, 5/6/1986, E.D., t. 122, p. 238 (con importante disidencia del Dr. TARSIA); Sup. Trib. Córdoba, 23/10/1975, J.A., 1976-II, p. 138; MOSSET ITURRASPE y MOISSET DE ESPANÉS, Contratación inmobiliaria, p. 125; RIVERA, E.D., t. 74, 346; VENINI, J.A., 1977-I, p. 774.

(nota 3) De acuerdo: C.S.N., 8/3/1994, L.L., 1995-D, p. 236, con comentario favorable de MOSSET ITURRASPE; C. Civil Cap., Sala C, 8/10/1981, L.L., 1982-D, p. 30 (con importante voto del Dr. CIFUENTES); íd., 30/6/1986, L.L., 1987-A, p. 253; íd., 16/2/1988, L.L., 1989-E, p. 497, con nota aprobatoria de GHERSI; Sala F, 12/5/1997, L.L., fallo n° 96.008; Sala H, 22/10/1996, L.L., fallo n° 96.772; Sala F, 27/11/1979, L.L., 1980-B, p. 497; Sup. Corte Buenos Aires, 4/4/1978, E.D., t. 82, p. 642; Sup. Corte Tucumán, 8/8/1977, J.A., 1978-I, p. 647; BUSTAMANTE ALSINA, La presunción legal de la lesión subjetiva, L.L., 1982-D, p. 31; CARRANZA, E.D., t. 26, p. 835; ASTUENA, E.D., t. 45, p. 961; DI CIÓ, E.D., t. 40, p. 703; ZANNONI, Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos, ps. 325 y 334; GARIBOTTO, El vicio de lesión, E.D., t. 130, p. 783; BORDA, Alejandro, op. cit en nota 1778.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala A, 16/4/1985, L.L., 1985-C, p. 487; en sentido coincidente: C. Apel. San Martín, 5/11/1986, E.D., t. 122, p. 221; ZANNONI, Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos, p. 328. En contra y de acuerdo con nuestra opinión, BORDA, Alejandro, op. cit en nota 1778; RODRÍGUEZ, La lesión gravísima, J.A., 1969-100.

(nota 5) Véase respecto de la discusión trabada en torno a esta presunción del art. 954 Ver Texto , que mereció la aprobación de las Quintas Jornadas de Derecho Civil (1971), el trabajo de MOISSET DE ESPANÉS, Los elementos de la lesión subjetiva y la presunción de aprovechamiento, en J.A., Doctrina, 1974, p. 719.

(nota 6) C. Civil Cap., Sala B, 14/3/1975, E.D., t. 62, p. 244.

(nota 7) C. Civil Cap., Sala B, 2/5/1975, E.D., t. 62, p. 195; Sala F, 27/11/1979, L.L., 1982-D, p. 497.

1118/10028

1171-9. CONTRATOS A LOS QUE PUEDE APLICARSE.— Solamente los contratos onerosos pueden estar viciados por lesión, puesto que en los gratuitos las obligaciones pesan sobre una sola de las partes y, por lo tanto, mal puede hablarse de desigualdad de las prestaciones. En este caso, el contrato no reposa en la idea de equidad y equivalencia, sino en el propósito de hacer una liberalidad.

Tampoco los contratos aleatorios pueden entrañar lesión, por más que las obligaciones a cargo de una de las partes resulten, en definitiva, considerablemente más gravosas que las de la otra, porque ello es propio de la naturaleza de estos contratos, en los que hechos que escapan a la voluntad de las partes, aunque previstos, pueden favorecer notablemente a una

de ellas (ver nota 1). Sin embargo, no debe darse a esta regla un valor absoluto. A veces, los mismos contratos aleatorios son celebrados en condiciones tan contrarias a toda equidad, que los tribunales han resuelto anularlos por lesión. Así lo han decidido los jueces franceses en caso de venta de inmuebles cuyo precio consistía en una renta vitalicia inferior al valor de sus productos o a los intereses del capital que representa su valor estimativo (ver nota 2). (Sobre la incidencia de este problema en la renta vitalicia, véase Tratado de Derecho Civil, Contratos, t. 2, núm. 1964).

Es decir, una cosa es el álea normal del contrato y otra la desproporción ab-initio del contrato aleatorio (ver nota 3).

(nota 1) C. Civil Cap., Sala B, 23/10/1952, L.L., t. 69, p. 284, De acuerdo PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 4ª ed., t. 2, nº 262; Cód. Civ. italiano, art. 1448, ap. 4.

(nota 2) Rec., 22/2/1936, Sirey 1936, 1186; Rec., 9/7/1855, Dalloz, 1855, 1385; Montpellier, 5/2/1866, Dalloz, 1866, 1344; Nancy, 6/7/1907, Dalloz, 1907, 2367 (jurisprudencia citada por PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, nº 41, p. 57, nota 2).

(nota 3) ZANNONI, Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos, p. 337.

1118/10038

1171-10. EFECTOS.— La víctima de la lesión tiene dos acciones a su elección: la de nulidad y la de reajuste del contrato para restablecer la equidad de las contraprestaciones. Más aún: el demandado por nulidad puede convertir el juicio en uno de reajuste, si lo ofreciera al contestar la demanda (art. 954 Ver Texto , in fine). Pero se ha declarado, con razón, que el reajuste ofrecido en la expresión de agravios es extemporáneo (ver nota 1).

El efecto normal de la acción derivada de una lesión es el reajuste, pues lo que en definitiva se sostiene es que se recibió menos de lo que dio; en consecuencia, la justicia se satisface con restablecer la equidad de las contraprestaciones. Ello explica esta solución, aparentemente anómala, de reconocer al demandado el derecho de cambiar los términos en que se ha planteado la litis.

Cabe preguntarse si se puede pedir la transformación de la litis con carácter subsidiario; tal ocurriría si el demandado niega que haya lesión, pero para el caso de que el juez considere que la hay, ofrezca aceptar el reajuste que la sentencia fije.

Aunque la cuestión es dudosa, nos inclinamos por la solución afirmativa. Lo que la lesión se propone es evitar una gruesa injusticia y ello se logra con el reajuste, al propio tiempo que se respeta el principio de la validez de los contratos (ver nota 2).

Supongamos ahora que frente a una demanda de nulidad el demandado haya planteado en tiempo y forma el pedido de reajuste. Consideramos que la sentencia que hace lugar al reajuste debe hacerlo bajo apercibimiento de que si el demandado no cumpliera en el plazo fijado, se tendrá por anulado el acto. Pues la conversión de la acción de nulidad por la de reajuste parte del supuesto del demandado que ofrece cumplir y cumple con el reajuste; pero si no lo hace, el actor debe conservar el arma de la nulidad que la ley reconoce. De lo contrario, el cumplimiento de la sentencia puede tener dilaciones prolongadas, con grave daño de los intereses del accionante.

¿Tiene la víctima de la lesión una acción subsidiaria por daños y perjuicios? Consideramos que hay que distinguir dos hipótesis: a) si lo que se pide es la modificación de las obligaciones notoriamente desproporcionadas o si el demandado por lesión ha ofrecido un equitativo reajuste, el interés del actor queda agotado con la reducción de las prestaciones excesivas, ya que el perjuicio sufrido queda suficientemente satisfecho con esa reducción; b) pero si lo que se ha pedido y logrado es la nulidad del acto, parece indudable que además de la acción de nulidad hay otra subsidiaria por los daños y perjuicios que el acto pueda haberle ocasionado al lesionado. Esta es la consecuencia propia de la nulidad de un acto (art. 1056 Ver Texto ), lo que en el caso se refuerza por la circunstancia de que el aprovechamiento de la situación de inferioridad en que se encuentra el cocontratante, importa una conducta ilícita, cuyas consecuencias hay que reparar integralmente (ver nota 3).

(nota 1) C. Civil Cap., Sala F, 6/7/1977, E.D., t. 79, p. 215.

(nota 2) Luego de una nueva reflexión, modificamos así lo opinión que sostuviéramos en nuestra 6ª edición. De acuerdo: ASTUENA, nota en E.D., t. 45, p. 961; SINGER, nota al fallo de la C. Apel. 1ª Bahía Blanca, 2/3/1973, J.A., t. 24-1974, p. 457. En este fallo, en cambio, el tribunal se inclinó por la opinión contraria.

(nota 3) En contra: C.C.C. San Juan, 23/5/1980, J.A., 1980-A, p. 493, que negó la acción subsidiaria por daños y perjuicios.

1171-11. QUIÉNES TIENEN LA ACCIÓN.— Sólo el lesionado y sus herederos tienen la acción (art. 954 Ver Texto ). Ello no excluye, claro está, la personería del representante legal del lesionado o de sus herederos incapaces. Pero el beneficiario con la lesión no podrá invocarla para pretender la nulidad de un acto equitativo al contratar, que el tiempo o las circunstancias han convertido en perjudicial para sus intereses, salvo que se den las circunstancias necesarias para hacer jugar la teoría de la imprevisión (art. 1198 Ver Texto ; véase nuestro Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, t. 1, núms. 131 y sigs.).

La acción derivada de la lesión no puede ser intentada por los acreedores en ejercicio de la acción oblicua (ver nota 1).

¿Puede el Estado invocar la lesión para pretender la anulación de un acto jurídico? Parece preferible la solución negativa, puesto que no se ve cómo el Estado podría invocar su ligereza (dados los controles administrativos existentes como recaudo para todo acto que comprometa sus bienes); su necesidad (dado que si necesita algún bien puede expropiarlo) o su inexperiencia (dado que debe suponerse experiencia y aptitud en los altos funcionarios capaces de comprometer su patrimonio) (ver nota 2). Excepcionalmente podría admitirse que el Estado invoque la lesión frente a las empresas multinacionales, cuyo poder económico puede colocar al Estado en situación de inferioridad (ver nota 3). Pero no hay inconveniente alguno en que los particulares la invoquen frente al Estado (ver nota 4).

(nota 1) C. Civil Cap., Sala C, 1/8/1972, J.A., t. 16, 1972, p. 86; C. Apel. Dolores, 23/5/1972, J.A., t. 21-1974, p. 547, con nota de MOISSET DE ESPANÉS; ASTUENA, nota en E.D., t. 45, p. 961; MOLINA, Abuso del derecho, lesión e imprevisión, p. 158; ZANNONI, Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos, p. 348; MOSSET ITURRASPE, Teoría general del contrato; MOISSET DE ESPANÉS, artículo citado en esta nota. Este último autor, si bien admite que ésta es la solución legal, sostiene que hubiera sido preferible admitir el ejercicio de la acción por lesión por los acreedores, cuando la víctima de la lesión realizó el acto en estado de insolvencia. A nuestro modo de ver, sólo si están dadas las condiciones de la acción pauliana pueden los acreedores pretender se deje sin efecto un acto del deudor que los perjudica; pero bien entendido que se tratará de la acción pauliana y no de la fundada en la lesión.

(nota 2) De acuerdo: MARIENHOFF, La lesión en el derecho administrativo, J.A., Doctrina, 1975, p. 468.

(nota 3) De acuerdo: MOISSET DE ESPANÉS, La lesión y el derecho administrativo, J.A., 1976-II, p. 686. Este autor sostiene que también el Estado podría invocar la lesión

frente a súbditos extranjeros cuando necesita de ellos (que no son sus administrados) bienes o servicios de urgencia.

(nota 4) De acuerdo: MARIENHOFF, J.A., Doctrina, 1975, p. 468.

1118/10058

1171-12. **PRESCRIPCIÓN.**— La acción nacida de la lesión prescribe a los cinco años de otorgado el acto (art. 954 Ver Texto ). Adviértase que mientras en los restantes vicios de los actos jurídicos el plazo de prescripción es de dos años (art. 4030 Ver Texto ), en éste la ley lo ha extendido considerablemente. Esta solución se funda en que los estados de dependencia psíquica de una persona respecto de otra o, en general, las causas que movieron a aceptar condiciones injustas, suelen prolongarse durante años. Es por ello que se juzgó prudente establecer un plazo que sin ser excesivamente dilatado (como podría ser el de la prescripción común) no sea tampoco tan grave como para dejar desprotegidos a quienes necesitan de amparo.

Además, el plazo de prescripción en el dolo y la violencia empieza a correr desde que se conoció el dolo o cesó la violencia; en tanto que en nuestro caso principia a correr desde el mismo momento del acto, lo que también justifica un plazo mayor.

1118/10068

1171-13. **IRRENUNCIABILIDAD DE LA ACCIÓN.**— La acción por lesión es irrenunciable. De no ser así, todos los contratos incluirían una cláusula de renuncia, con lo que esta moralizadora institución vendría a quedar esterilizada (ver nota 1).

(nota 1) C. Civil Cap., Sala C, 23/8/1979, L.L., 1980-A, p. 493, con nota aprobatoria de MOISSET DE ESPANÉS; CARRANZA, en MORELLO y otros, Examen y crítica de la reforma del Código Civil, t. 1, p. 311.

1118/10078

1171-14. **MODO DE HACER VALER LA LESIÓN.**— El lesionado puede hacer valer la lesión por vía de acción, como resulta del texto claro del artículo 954 Ver Texto ; y desde luego, si fuera demandado por cumplimiento de contrato por el beneficiado con la lesión, puede reconvenir aduciéndola. Pero cabe preguntarse si el lesionado, demandado por cumplimiento, puede limitarse a oponer la defensa de lesión, sin reconvenir o, si por el contrario, la reconvención es indispensable para hacer valer sus derechos. Se ha decidido que la reconvención no es indispensable y que el lesionado puede limitarse a oponerla como defensa (ver nota 1); estamos de acuerdo con esa solución, pero advertimos que, opuesto el vicio de lesión como defensa, debe darse traslado de ella al accionante para darle

ocasión de ejercer el derecho que le confiere el último apartado del artículo 954 Ver Texto , es decir, la posibilidad de ofrecer un reajuste equitativo.

(nota 1) C. Civil Cap., Sala E., 6/2/1978, L.L., 1978-A, p. 592 y J.A., 1978-II, p. 540, con nota de SOLARI BRUMANA.

1118/10840

## V. SIMULACIÓN (ver nota 1)

1118/10850

### § 1. Concepto y caracteres

1118/1172

1172. CONCEPTO.— La simulación ocupa un lugar importante en la vida humana; es un recurso de autodefensa y de escalamiento. Se simula carácter, coraje, virtud, conocimiento, talento, éxitos; se disimulan defectos, odios, fracasos. Muchos hombres, dice FERRARA, son verdaderos artistas en la escena de la vida.

También es frecuente en los negocios jurídicos. Se utiliza como procedimiento para ocultar ciertas actividades o bien para evadir impuestos, para escapar al cumplimiento de obligaciones legales. A veces, la simulación no tiene nada de reprehensible y hasta suele ser una manifestación de pudor, de auténtica modestia; pero, por lo general, el propósito perseguido es contrario a la ley o a los intereses de terceros. Es aquí, precisamente, donde la fecundidad y la diversidad de los recursos empleados es sorprendente. En vano el legislador dictará cada día leyes minuciosas y severas para combatir esta forma de fraude; bien pronto se hallarán nuevos y sutiles procedimientos para eludirlas.

No debe extrañar, por consiguiente, la dificultad en que se han encontrado los juristas para hallar una definición unitaria de todas las infinitas formas de simulación. El desacuerdo, prácticamente general, es revelador de la complejidad del tema. Con todo acierto, nuestro codificador ha preferido una enunciación descriptiva de las distintas hipótesis posibles: La

simulación tiene lugar, dice el artículo 955 Ver Texto , cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten.

De una manera general, podemos decir que acto simulado es aquel que tiene una apariencia distinta de la realidad. Hay un contraste entre la forma externa y la realidad querida por las partes; el negocio que aparentemente es serio y eficaz, es en sí ficticio y mentiroso o constituye una máscara para ocultar un negocio distinto (ver nota 2).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Las obras capitales en esta materia son las de FERRARA, F., La simulación de los negocios jurídicos, trad. esp., Madrid, 1926; CÁMARA, H., Simulación de los actos jurídicos, Buenos Aires, 1944; y de MOSSET ITURRASPE, Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios, Buenos Aires, 1974; véase además, ACUÑA ANZORENA, A., La simulación de los actos jurídicos, Buenos Aires, 1936; CIFUENTES, Negocio jurídico, § 259 y s.; BAYARD, RIVES, La simulación y algunos conceptos análogos en el derecho anglosajón, Revista Colegio Abogados de Buenos Aires, t. 15, n° 1; CONDE CORDERO, La simulación como vicio de los hechos y actos jurídicos, Buenos Aires, 1944; CORTÉS, H., La simulación como vicio jurídico, Buenos Aires, 1939; FORNATTI, E., Prueba de la simulación, Buenos Aires, 1920; NOVILLO SARAVIA, L. (h), Vicios de los actos jurídicos: simulación y fraude, Córdoba, 1940; VERDURA y TRELLES, E., Algunos aspectos de la simulación, Anuario de Derecho Civil, Madrid enero-marzo 1950, ps. 22 y s.; ABEILLE, J., La simulación dans la vie juridique, Marseille, 1938; DAVID, F., De l'action en déclaration de la simulación, Poitiers, 1921; ROUSSEAU, J., Simulation et fiducie, París, 1937; PLANIOL, M., De l'action en déclaration de la simulation, Revue Critique, 1886; BONFANTE, P., Sulla simulazione dei negozi giuridici, Riv. Dir. Com. 1906, t. 1, ps. 186 y s.; BUTERA, A., Della frode e della simulazione, Torino, 1936; GRASSET, C., Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità del nostro ordinamento giuridico, Riv. Dir. Commerciale, 1936, t. 1, ps. 435 y s.; PESTALOZZA, F., La simulazione nei negozi giuridici. Enciclopedia Giuridica Italiana, voz Simulazione; CARIOTTA FERRARA, L., I negozi fiduciari, Padova, 1939; BELEZA DOS SANTOS, J.A., A simulação, Coimbra, 1921. Véase reseña jurisprudencial: Régimen jurídico de la simulación, E.D., t. 31, p. 114.

(nota 2) FERRARA, La simulación de los negocios jurídicos, p. 60.

1173. CARACTERES DEL ACTO SIMULADO.— Aunque la extraordinaria multiplicidad de formas que suele adoptar la simulación hace difícil encontrar caracteres comunes a todas ellas, es sin embargo posible delinear los más generales:

a) Todo acto simulado supone una declaración de voluntad ostensible y otra oculta, destinada a mantenerse reservada entre las partes; es esta última la que expresa la verdadera voluntad de ellas.

b) El acto simulado tiene por objeto provocar un engaño. Adviértase que engaño no supone siempre daño, puesto que algunas simulaciones son perfectamente inocuas (véase núm. 1177).

c) Por lo general, la simulación se concierta de común acuerdo entre las partes, con el propósito de engañar a terceros. Así, por ejemplo, una persona vende simuladamente sus bienes a otra, para no pagar a sus acreedores. Pero esto no es un requisito esencial de la simulación. A veces no existe acuerdo entre las partes, sino entre una de ellas y un tercero, y el propósito es engañar a la otra parte. El ejemplo clásico es el de quien compra una cosa a nombre propio, pero por cuenta de un tercero; Primus, sabiendo que Secundus, por razones de enemistad personal, no querrá venderle su casa, le encarga a Tercius que haga la operación con dinero suyo. El acto simulado es la compra, pues Tercius no adquiere para sí sino para Primus; pero el acuerdo para engañar no existe entre comprador y vendedor, sino entre el comprador y su comitente; el engañado es una de las partes, el vendedor.

Se ha negado que en esta hipótesis haya simulación (ver nota 1). Esta opinión es insostenible en nuestro derecho positivo, puesto que el artículo 955 Ver Texto enuncia expresamente este caso, al decir que el acto es simulado cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten.

Independientemente de esta razón que atañe a nuestro derecho positivo, no se ve ningún fundamento serio en apoyo de la doctrina que impugnamos, que parte apriorísticamente de que la simulación presupone siempre un engaño concertado de común acuerdo entre las partes. Por nuestro lado, consideramos que lo esencial es la insinceridad de lo estipulado; nada obsta, por consiguiente, a que la engañada sea una de las partes, como consecuencia del acuerdo entre la otra y un tercero (ver nota 2), aunque no es esta hipótesis la más frecuente ni la típica.

(nota 1) C. Civil Cap., Sala C, 17/3/1968, E.D., p. 85; Sala C, 18/12/1974, L.L., 1975-B, p. 325; Sala F, 17/8/1982, J.A., 1983-II, p. 122 (que empero, admite que al mandato simulado se aplican las mismas reglas que al acto simulado, lo que implica admitir que es la

misma institución jurídica); Sala G, 24/3/1992, E.D., fallo n° 44.336; C. Apel. 1ª San Luis, 28/10/1969, L.L., t. 137, p. 15; LLAMBÍAS, voto que se cita en, nota siguiente; CÁMARA, H., p. 42; ZANNONI, Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos, p. 370; FERRARA, F., Interposizione di persona ed intestazione sotto altrui persona, Rivista Dir. Privato, 1937; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 2, p. 180.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala A (con disidencia del doctor LLAMBÍAS), 10/10/1960, J.A., 1961-III, p. 156; L.L., t. 101 p. 448 y E.D., t. 3, p. 411; íd., 25 10/1974, J.A., t. 26-1975, p. 116; Sup. Corte Buenos Aires, 30/11/1976, E.D., t. 73, p. 173; Sup. Corte Santa Fe, 1/6/1967, J.A., 1967-V, p. 573; C. Civil Cap., 15/3/1979, E.D., t. 83, p. 535 (voto del Dr. DURAÑONA Y VEDIA; el Dr. CIFUENTES no se pronunció sobre el tema); JOSSERAND, Les mobiles dans les actes juridiques privés, n° 205; BETTI, Teoría general del negocio jurídico, trad. esp., n° 50; FOURCADE, De la simulación, n° 6, nota 2.

1118/1174

1174. SIMULACIÓN ABSOLUTA Y RELATIVA.— La simulación puede ser absoluta o relativa; estudiaremos por separado ambas hipótesis.

1118/1175

1175.— a) Es absoluta cuando se celebra un acto que no tiene nada de real; se trata de una simple y completa ficción. Los casos más frecuentes son los siguientes: 1) un deudor que desea sustraer sus bienes a la ejecución de los acreedores, los vende simuladamente a un tercero; en un contradocumento consta que la operación no es real y que el vendedor aparente continúa siendo propietario; 2) en momentos en que el Estado se dispone a expropiar ciertos bienes, los propietarios los venden simuladamente a terceros abultando considerablemente su precio, a fin de que la indemnización que deba pagar el expropiante sea mayor; 3) se simula el otorgamiento de título a la orden para inflar el pasivo de un comerciante que se halla en estado de quiebra, ya sea para retener indirectamente parte de los bienes, ya para influir en la junta de acreedores, obtener un concordato favorables, etcétera.

1118/1176

1176.— b) La simulación es relativa cuando el acto aparente esconde otro real distinto de aquél; el acto aparente no es sino la máscara que oculta la realidad. La simulación relativa puede recaer: 1) Sobre la naturaleza del contrato; así, por ejemplo, una persona que desea favorecer a uno de sus hijos más allá de lo que le permite la porción disponible, simula

venderle una propiedad que en realidad le dona, a fin de que no pueda ser obligado a colacionar; o bien, un hombre que desea hacer una donación a su amante, la oculta bajo la apariencia de una venta para no hacer ostensible el motivo que lo ha determinado a transferir la propiedad. 2) Sobre el contenido del contrato; así, por ejemplo, se simula un precio menor del que en realidad se ha pagado, para evitar el impuesto a las ganancias eventuales; o se simula la fecha, antedatando o postdatando el documento. 3) Sobre la persona de los contratantes; ésta es una de las hipótesis más interesantes, y en la que la simulación adopta formas variadísimas. Muy frecuente es el caso del testaferro, prestanombre u “hombre de paja”, como se lo llama en la doctrina francesa. Ejemplos: la ley de sociedades exige un mínimo de dos socios para formar una sociedad anónima; en la práctica suele ocurrir que éstas pertenecen a una sola persona, que distribuye algunas acciones entre varios amigos que le “prestan su nombre” para cumplir aparentemente con los requisitos legales; un hombre, que tiene relaciones extramatrimoniales con una mujer a quien desea favorecer con una donación, para no despertar sospechas en su cónyuge la hace a nombre de una tercera persona, que, por un contradocumento privado, se obliga a transferir los bienes a la verdadera destinataria.

1118/1177

1177. SIMULACIÓN LÍCITA E ILÍCITA.— En sí misma, la simulación no es ni buena ni mala; es incolora, como se ha dicho con expresión gráfica. El propio Código afirma que la simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito (art. 957 Ver Texto ). Tal es el caso de los negocios fiduciarios (véase núm. 1180), o de muchos actos en que el móvil de la ficción ha sido una razón de discreción, o inclusive de modestia.

Pero si la simulación perjudica a terceros o si, por otros motivos, es contraria a la ley, se convierte en ilícita (arts. 957 Ver Texto y 958, Cód. Civ.). Este es, desde luego, el caso más frecuente.

El perjuicio a terceros supone siempre la ilicitud de la simulación. Pero a veces la ilicitud resulta de otras causas. Así, por ejemplo, para escapar al límite máximo admisible para la tasa de interés en los préstamos en dinero, se suscribe un documento por una cantidad mayor que la en realidad prestada, incluyendo los intereses usurarios dentro de aquel capital. Aquí la única perjudicada es una de las partes; no obstante lo cual, la simulación es ilícita.

Se ha declarado que la simulación ilícita debe ser declarada de oficio por los jueces (ver nota 1).

(nota 1) C. Civil Cap., Sala C, 20/12/1977, E.D., t. 77, p. 533.

1118/1178

1178. ACTOS SIMULABLES; EL MATRIMONIO; LAS PERSONAS JURÍDICAS; LOS ACTOS UNILATERALES.— En principio, todos los actos bilaterales pueden simularse. Esta regla tiene muy contadas excepciones. La primera, en la que están de acuerdo casi todos los autores, es la del matrimonio. La seriedad del matrimonio, la defensa de la familia, el problema de orden moral implícito en la cuestión, hacen necesario rechazar enérgicamente la posibilidad de que tal acto pueda simularse. Aquí no se está en presencia de una relación de derecho que sólo atañe a particulares, sino de una relación orgánica destinada a la tutela del superior interés familiar al cual deben subordinarse los intereses individuales de los particulares (ver nota 1).

Después de la última guerra se han producido en Europa algunos casos que han dado lugar a apasionadas controversias. Con el objeto de eludir persecuciones raciales o políticas, sustraerse al trabajo obligatorio, obtener un pasaporte, algunas personas contrajeron matrimonio, adquiriendo así la ciudadanía del esposo. La mayor parte de los tribunales se inclinó por considerarlos simulados y nulos (ver nota 2). Consideramos que las excepcionalísimas y extremas circunstancias de hecho que rodearon estos matrimonios justifican esa solución.

En nuestro país no se admitió la acción por nulidad fundada en la simulación de un matrimonio que había sido contraído para escapar al servicio militar y que nunca se consumó (ver nota 3).

La jurisprudencia francesa registra otro caso interesante. Una mujer había recibido una dote sujeta a la condición de que contrajera matrimonio. Para conseguir los bienes se casó por poder con un mendigo de profesión, recluido en un asilo y enfermo, quien murió tiempo después, sin que ella lo conociera. Reclamada la dote a los herederos, éstos se opusieron a entregarla, alegando que el matrimonio era simulado. La Corte de Aix negó que el matrimonio pudiera ser fingido, aunque por otras razones rechazó la demanda de reclamación de la dote (ver nota 4).

1118/11330

1178 bis.— En principio, las personas jurídicas no pueden simularse (ver nota 5), porque constituyen un ente con vida propia, que actúa como tal en el campo jurídico. Pero lo cierto

es que muchas veces se constituye una persona jurídica para ocultar al verdadero titular, quien por sí o por interpósitas personas (los administradores de la entidad) sigue actuando como dueño pleno del patrimonio. La persona jurídica no es sino una pantalla tras la cual se ocultan las personas humanas que son los verdaderos titulares de los hechos y que la han creado para su conveniencia personal y, a veces, para eludir la ley o perjudicar a terceros. Por ejemplo, A y B se obligan frente a C a no instalarse con cierto negocio en un radio determinado; luego A y B forman una persona jurídica que se instala en ese radio (ver nota 6). O bien una persona propietaria de una estancia constituye una sociedad anónima a la que transfiere el campo; luego entrega el paquete accionario a uno de los hijos, desheredando a los otros, en violación de las normas de la herencia forzosa. Hay en esta conducta una forma de simulación que permite a los jueces indagar la realidad que se esconde tras la persona jurídica y restablecer el imperio de la ley o de la moral que ha querido conculcarse. Sobre este importante tema, véase infra número 622 bis.

1118/1179

1179.— También es posible la simulación en los actos unilaterales. Así, por ejemplo, el testador que desea beneficiar a una persona sin nombrarla, hace un legado a un testaferro con la intención oculta de que éste transfiera más tarde los derechos al verdadero dueño. Nuestra jurisprudencia registra un curioso caso de simulación absoluta de un testamento. El causante dispuso del quinto de sus bienes en favor de su amante, por medio de un testamento ológrafo escrito y firmado de su puño y letra, pero en caracteres no habituales. El Tribunal consideró que el acto era simulado e inválido, pues la alteración de los rasgos demostraba que no había habido intención de disponer de los bienes (ver nota 7).

En la práctica, sin embargo, estos casos de simulación son excepcionales.

1118/11340

1179 bis. JUICIOS SIMULADOS.— Con el propósito de legalizar el fraude a terceros y darle visos de cosa juzgada a la transferencia de un derecho, los deudores, en connivencia con un tercero, suelen usar el siguiente procedimiento: se entabla un juicio entre el tercero (como actor) y el deudor (como demandado). Ambos producen las pruebas indispensables para dar al proceso una apariencia de seriedad, pero que al propio tiempo aseguran el resultado final perseguido por ambos. El derecho queda transferido (por lo menos en la apariencia legal), no ya en virtud de un acto celebrado entre el deudor y un tercero, sino en virtud de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

Se admite unánimemente, en tales casos, el derecho de los terceros interesados de demostrar la confabulación de las partes y obtener la revocación de la sentencia en cuanto

pretenda oponérseles (ver nota 8). Nada hay que se oponga a tal solución, porque el principio de la cosa juzgada sólo puede hacerse valer respecto de las partes, no de terceros.

Queda entendido, sin embargo, que si como consecuencia del juicio simulado, se hubieran transferido los derechos a un tercero de buena fe, ya sea por venta que el adquirente de los derechos le hizo, ya sea por venta en remate público de la cosa en el juicio simulado, el tercero está protegido contra cualquier acción de nulidad o reivindicación (art. 996 Ver Texto ; véase núm. 1195). Esta solución, que no admite duda, es tanto más evidente en el caso del remate judicial, es decir, de un acto ordenado y aprobado por el juez, lo que le brinda al adquirente todas las garantías de la cosa juzgada.

1118/1180

1180. ACTOS FIDUCIARIOS.— Llámase acto fiduciario a la transmisión de un derecho para un fin económico que no exige tal transmisión (ver nota 9). Así, por ejemplo, en vez de dar mandato para el cobro de un cheque, se lo endosa, lo cual supone transferir su propiedad.

El nombre de estos negocios deriva de fiducia, fe, porque efectivamente importan un acto de confianza. Los casos más frecuentes son la cesión de créditos con fines de mandato, el endoso de un cheque o una letra para facilitar el cobro y la transmisión de la propiedad con el objeto de garantizar un crédito. Implican siempre un exceso del medio respecto del fin perseguido, pues es evidente que en los dos primeros casos bastaría el mandato, y en el último, la prenda o la hipoteca, según se trate de cosa mueble o inmueble. Se usa un medio más fuerte para conseguir un resultado más débil. El acto va más allá del fin de las partes, supera su intención práctica, presta más consecuencias jurídicas que aquellas que serían menester para obtener el resultado querido (ver nota 10).

Se ha pretendido negar a estos actos el carácter de simulados (ver nota 11), pero es evidente que no son sino una forma de simulación, puesto que según el concepto del artículo 955 Ver Texto , se oculta la naturaleza de un acto (mandato, garantía) bajo la apariencia de otro (cesión, venta) (ver nota 12).

(nota 1) BETTI, Teoria generale del negozio giuridico, p. 413. FERRARA añade un argumento más: la intervención del oficial público que completa y perfecciona el acto con su declaración de unir en matrimonio a la pareja, es integrativa del matrimonio; una declaración nunca puede ser fingida (La simulación en los negocios jurídicos, p. 124). Pero parece más razonable no atribuir a la declaración del oficial público un carácter constitutivo, sino reconocitivo. Ella no es un acto discrecional de voluntad, sino que se

limita a recibir y a atestiguar solemnemente la declaración de los contrayentes, por cuyo motivo los proclama unidos en matrimonio (DISTASO, *La simulazione*, p. 277).

(nota 2) Trib. Génova, 29/5/1946, *Giurisp. Italiana*, 1949, 1.2.369; Trib. Mondovì, 13/7/1949, *Foro Italiano*, 1950, I, 393; Trib. Firenze, 17/4/1950, *Foro Italiano*, 1950, I, 1393; Trib. Sena, 7/1/1948, *Revue Trimestrielle*, 1948, p. 461; Corte de París, 16/10/1958, *Revue Trimestrielle*, enero-marzo 1959, comentado por DESBOIS, que adhiere; en contra de la nulidad: Trib. Roma, 6/2/1951, *Giurisp. Italiana*, 1951, 1, 2, 232. Se han pronunciado por la simulación y nulidad de estos matrimonios: GRASSETTI, *Il matrimonio fiduciario*, Temi, 1951, p. 31; JEMOLO, *Familia*, p. 74, nota 1; DABIN, *Revue Critique belge*, 1947, p. 36; LAGARDE, *Revue Trimestrielle*, 1948, ps. 461 y s.; en cambio, sostienen su plena validez: BETTI, nota en *Giurisp. Italiana*, 1951, 1, 2, 232; GANGI, *Il matrimonio*, n° 49 bis; DEL BONO, nota en *Rivista Trim. di Diritto*, 1951, p. 563; DISTASO, *La simulazione*, ps. 276 y s.; FOULON PIGANIOL, nota en *Revue Trimestrielle*, abril-junio 1960, p. 217.

(nota 3) C. Apel. 1ª La Plata, 2/8/1963. L.L., t. 112, p. 205, y E.D., t. 6, p. 363.

(nota 4) Cit. por FERRARA, op. cit., p. 130.

(nota 5) De acuerdo: FERRARA, op. cit., ps. 125 y s.; CÁMARA, *Simulación*, p. 155, n° 46.

(nota 6) Véase sobre el tema el brillante artículo de MASNATTA, en J.A., 1961-VI, p. 574, de quien hemos tomado el ejemplo. La C. Civil Cap., Sala A, ordenó en un concurso, trabar medidas precautorias sobre los bienes de una S.R.L., porque de las actuaciones se desprendía una vehemente presunción de que dicha sociedad no era sino una apariencia tras la cual vivía y actuaba el concursado (1/7/1964, causa 93.819, inédita). MOSSET ITURRASPE considera indiscutible que las personas jurídicas pueden simularse: *Negocios jurídicos*, p. 107.

(nota 7) C. Civil Cap., Sala D, 23/12/1957, J.A., 1958-II, p. 527.

(nota 8) C. Civil 2ª Cap., 23/5/1932, J.A., t. 38, p. 354; REZZÓNICO, *Obligaciones*, 7ª ed., p. 188; ALSINA, *Tratado de Derecho Procesal*, t. 4, p. 597; COUTURE, *La acción revocatoria de la cosa juzgada fraudulenta*, *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, 1942, t. 3, p. 13, con nutrida bibliografía.

(nota 9) ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 2, p. 81.

(nota 10) C. Civil Cap., Sala A, 26/11/1962, J.A., 1963-II, p. 605; FERRARA, Simulación, p. 85.

(nota 11) YADAROLA, M., El negocio indirecto y la sociedad anónima de un solo accionista, Jurídica de Córdoba, 1947, n° 3, ps. 390 y s.; MOSSET ITURRASPE, Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios, ps. 142 y s. (no sin reservas: véase p. 146 in fine; GOLDSCHMIDT, R., Trust, fiducia y simulación, L.L., t. 67, p. 777, especialmente nota 28; FERRARA, op. cit., ps. 82 y s.; CARIOTTA FERRARA, Negozi fiduciari, ps. 40 y s.; íd., Il negozio giuridico, ps. 215 y s.; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 2, p. 81 y 180; VON TUHR, ed. Depalma, vol. III.1, ps. 210 y s.; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, anotaciones a la obra de ENNECCERUS, t. 1, vol. 2, p. 89.

(nota 12) De acuerdo: CÁMARA, Simulación, p. 78; BUTERA, Della fraude e della simulazione, p. 65, n° 25; DEMOGUE, Obligations, t. 1, n° 159.

1118/10860

§ 2.— Acción de simulación (ver nota 1)

1118/10870

A.— NATURALEZA

1118/1181

1181. NATURALEZA.— Se discute la naturaleza de la acción de simulación.

a) Según una primera opinión, se trata de una acción de nulidad. Esta tesis tiene un fuerte apoyo en lo dispuesto por los artículos 1044 Ver Texto y 1045 del Código Civil.

b) Este punto de vista ha sido vivamente impugnado en la doctrina moderna. La mayoría de los autores que se ocupan del tema sostienen que se trata de una acción declarativa de la inexistencia del acto. Su objeto no sería dejar sin efecto el acto celebrado, sino simplemente comprobar que no existe. Si se trata de una enajenación, el vendedor nunca habrá dejado de

ser propietario y, por su parte, el comprador tampoco habrá tenido los derechos de tal (ver nota 2). Finalmente, se argumenta que el acto simulado no es susceptible de confirmación, lo que también lo distingue del acto nulo (ver nota 3).

c) Por nuestra parte, entendemos que la teoría expuesta en el apartado anterior es fundamentalmente errónea. No es exacto que el acto simulado sea inexistente: por el contrario, es real, tan real que si el adquirente fingido de un derecho lo transfiere a terceros, violando la confianza depositada en él, esa transferencia es perfectamente válida (ver nota 4) (véase núms. 1195 y sigs.). Se ha pretendido conciliar ese efecto con la tesis de la inexistencia, afirmándose que en este caso la transmisión se funda no en el acto simulado, sino en la ley, que así lo dispone en homenaje a la seguridad de las transacciones (ver nota 5). Pero la ley no obra en el vacío; tiene un punto de apoyo, que es el acto simulado. Lo que significa que para la ley ese acto, aunque nulo, ha existido. Sobre lo inexistente, sobre la nada, no se puede consolidar una transmisión de bienes.

Ni siquiera es exacto, como se ha pretendido, que las partes no deseen los efectos normales del acto simulado; no los desean todos, pero sí algunos. Así, por ejemplo, el vendedor aparente no se propone transmitir la propiedad, pero quiere que se produzcan algunos de los efectos que resultarían de ese acto. Si la enajenación se ha hecho para burlar a los acreedores quiere que éstos no puedan ejecutar el bien (lo que sería una consecuencia normal de la transmisión no simulada). Si se trata de ocultar una donación bajo la forma de compraventa para escapar a la obligación de colacionar, las partes quieren este efecto que sería la consecuencia de una verdadera venta.

Tampoco tiene mayor valor el argumento que se deriva de la confirmabilidad de los actos. La confirmabilidad no es de la esencia de los actos nulos, puesto que ella sólo puede darse en los relativamente nulos, pero no en los que adolecen de nulidad absoluta. Y, además, nada se opone a que las partes que han celebrado un acto simulado lo transformen en real. Por ejemplo, se vende aparentemente un inmueble, otorgándose el correspondiente contradocumento. Luego las partes deciden transformarlo en real, rompen el contradocumento y el comprador paga el precio. La venta simulada originariamente inválida, ha quedado convalidada. Se dirá quizá que aquí no hay propiamente confirmación, sino transformación de un acto simulado en uno real. Pero si en rigor ello es así, lo cierto es que se han producido los mismos efectos de la confirmación: el acto originario ha quedado convalidado.

La acción de simulación es, pues, una acción de nulidad, aunque de naturaleza peculiar, puesto que tiende a dejar sin validez los artificios jurídicos —que no por artificiosos son menos existentes— que ocultaban un engaño. De ahí que sus efectos difieren a veces de lo que son propios de la nulidad en general, pues mientras en ésta nada queda del acto, en la simulación subsiste lo que las partes han estipulado ocultamente.

En nuestro derecho positivo, esta solución se desprende inequívocamente de los artículos 1044 Ver Texto y 1045, Código Civil. Bien entendido que tal conclusión no importa negar a la acción de simulación carácter declarativo, pues todas las acciones de nulidad lo tienen (ver nota 6).

1118/1182

1182. CUESTIÓN PROCESAL RELATIVA AL EMBARGO PREVENTIVO Y A LA ANOTACIÓN DE LITIS.— Según la jurisprudencia predominante en nuestros tribunales, la iniciación de la demanda de simulación no da derecho a solicitar el embargo preventivo (ver nota 7), salvo que medie confesión judicial del demandado (ver nota 8) o que exista contradocumento (ver nota 9) u otros documentos que hagan verosímil la acción (ver nota 10).

En cambio, procede la anotación preventiva de la litis, siempre que sea verosímil el derecho invocado (ver nota 11) y que la acción persiga la extinción o modificación de un derecho real (ver nota 12).

1118/11350

1182 bis. MODO DE Oponer LA SIMULACIÓN.— La simulación puede oponerse por vía de acción o de excepción (ver nota 13). Si se trata de simulación absoluta, esta solución está explícitamente dispuesta por la ley (art. 1058 bis Ver Texto ). Con tanta mayor razón, esta regla es aplicable en la relativa, en la que no se persigue ya la anulación del acto, sino la modificación de sus cláusulas.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: RIVERA, Acción de simulación, E.D., t. 59 (diario del 16/4/1975).

(nota 2) LLAMBÍAS, Parte General, t. 2, n° 1802; CÁMARA, Simulación en los actos jurídicos, p. 380; ACUÑA ANZORENA, La simulación de los actos jurídicos, ps. 67, y s.; FERRARA, Simulación, ps. 94 y 417, n° 83; PESTALOZZA, F., La simulazione nei negozi giuridici, n° 100, en Enciclopedia Giuridica Italiana, voce Simulazione; PIC, cit. por ACUÑA ANZORENA, op. cit., p. 69, nota 5.

(nota 3) CÁMARA, Simulación, p. 379.

(nota 4) Véase en este sentido, SALAS, E. A., La prescripción de la acción de simulación, J.A., 1946-I, p. 699; voto del doctor TOBAL en C. Civil 1ª Cap., 2/9/1938, L.L., t. 11, p. 969; MOSSET ITURRASPE, Negocios simulados, p. 195, quien cita en su apoyo un fallo del S. T. Santa Fe, Juris, t. 15, p. 108.

(nota 5) LLAMBÍAS, Parte General, 2ª ed., t. 2, nº 1803.

(nota 6) En este sentido véase: FERNÁNDEZ, Código de Procedimientos Comentado, 2ª ed., p. 85, nota 14; ALSINA, H., Tratado de Derecho Procesal, t. 1, ps. 198 y s.

(nota 7) C. Civil 1ª Cap., 19/10/1937, L.L., t. 8, p. 493; íd., 28/5/1941, L.L., t. 22, p. 778; C. Civil 2ª Cap., 6/7/1945, L.L., t. 39, p. 431; íd., 10/10/1945, L.L., t. 40, p. 285. En contra, véase: C. Com. Cap., 13/8/1947, L.L., t. 47, p. 609.

(nota 8) C. Civil 1ª Cap., 11/10/1938, L.L., t. 12, p. 201; C. Civil 2ª Cap., 6/7/1945, L.L., t. 39, p. 431.

(nota 9) C. Civil 2ª Cap., 6/7/1945, L.L., t. 39, p. 431.

(nota 10) Sup. Trib. Entre Ríos, 6/6/1942, Rep. L.L., t. 4, Vº Embargo preventivo, sum. 33. En apoyo de la jurisprudencia que en los casos señalados admite el embargo preventivo, véase el convincente estudio de ACUÑA ANZORENA, La simulación de los actos jurídicos, ps. 77 y s.

(nota 11) C. Civil Cap., Sala C., 10/12/1953, L.L., t. 74, p. 474; C. Civil 2ª Cap., 9/9/1938, L.L., t. 11, p. 1034; íd., 9/11/1943, L.L., t. 32, p. 661; íd., 18/9/1944, L.L., t. 36, p. 111; íd., 20/9/1948, L.L., t. 52, p. 537.

(nota 12) C. Civil 1ª Cap., 12/2/1941, L.L., t. 21, p. 661; C. Civil 2ª Cap., 31/5/1947, Repertorio L.L., t. 9, Vº Anotación preventiva, sum. 9.

(nota 13) C. Civil Cap., Sala D, 22/12/1964, L.L., t. 118, p. 440; E.D., t. 10, p. 585 y J.A., 1965-III, p. 73.

B.— PRUEBA ENTRE LAS PARTES (ver nota 1)

1118/1183

1183. CUÁNDO PROCEDE LA ACCIÓN ENTRE LAS PARTES.— Si la simulación es lícita, la acción entre las partes tendiente a que se declare simulado el acto es procedente. En este punto, la solución es clara. Algo más complejo es el problema cuando la simulación es ilícita. Según el artículo 959 Ver Texto , en su redacción originaria, los que hubieren simulado un acto con el fin de violar las leyes o de perjudicar a un tercero, no pueden ejercer acción alguna el uno contra el otro sobre la simulación.

Esta solución es perfectamente natural cuando la simulación tiende a consolidar el beneficio que el actor ha logrado de la simulación. Supongamos que una persona cubierta de deudas, vende simuladamente sus bienes a un amigo y cae luego en concurso. Sus pocos bienes se reparten entre los acreedores, que reciben sólo una pequeña parte de sus créditos y luego, transcurridos los plazos legales, se levanta el concurso y el deudor obtiene carta de pago. En seguida demanda a su amigo por restitución de los bienes, a cuyo efecto hace valer el contradocumento respectivo. La ley le niega acción, pues de lo contrario, no haría otra cosa que reconocerle la vía legal para consumar el fraude a terceros. Es cierto que con esta solución se beneficia el tercero que fue cómplice en la simulación y que se quedará con los bienes por los cuales no pagó ningún precio. Entre dos males la ley elige el menor. Es necesario desalentar este tipo de defraudaciones. Es preciso que quien intenta perjudicar a terceros con esta maniobra, sepa que luego no tendrá vía legal para recuperar sus bienes.

Pero supongamos ahora que el simulador se ha arrepentido de su acto; que quiere recuperar el bien para entregarlo a sus acreedores. ¿También en este caso se le negará la acción? El artículo 959 Ver Texto no preveía esta situación, pero la jurisprudencia y la doctrina se habían inclinado, luego de algunas vacilaciones (ver nota 2), por admitir la acción (ver nota 3). La ley 17711 ha consagrado expresamente esta solución, al agregar al artículo 959 Ver Texto un párrafo que dice a continuación del texto ya transcripto: salvo que la acción tenga por objeto dejar sin efecto el acto y las partes no puedan obtener ningún beneficio de la anulación.

En suma, es necesario un arrepentimiento de las partes, un propósito de reparar los perjuicios derivados del acto para terceros o dejar sin efecto el fraude a la ley (ver nota 4).

1118/1184

1184. CONTRADOCUMENTO: CONCEPTO (ver nota 5).— El contradocumento es una declaración de voluntad formulada por escrito por las partes, de carácter generalmente secreto, y destinada a probar que el acto ha sido simulado.

Por lo común, se otorga al mismo tiempo que el acto aparente; pero esta simultaneidad no es un requisito esencial, puesto que puede haberse otorgado antes o después del acto. Lo necesario no es una simultaneidad material, sino intelectual, según la expresión muy citada de DEMOLOMBE (ver nota 6); en otras palabras, lo que importa es que el contradocumento exprese la verdadera voluntad de las partes en el momento de otorgarse el acto aparente; pero si la nueva declaración de voluntad significa en realidad una modificación de la anterior, ya no se estaría en presencia de un contradocumento, sino de un acto nuevo.

El contradocumento debe emanar de la parte a quien se opone, o de su representante. No requiere formas especiales ni términos sacramentales; basta que de su texto se desprenda claramente la simulación (ver nota 7); no es necesario el doble ejemplar (ver nota 8).

1118/1185

1185. ¿ES NECESARIO EL CONTRADOCUMENTO?— En principio, la simulación entre las partes sólo puede probarse por contradocumento (art. 960 Ver Texto ). Esta regla se funda en la necesidad de garantizar la seguridad de las transacciones y evitar que un contratante de mala fe pueda impugnarlas sobre la base de una pretendida simulación, demostrada por pruebas fraguadas. Los contratantes tienen a su disposición, en el momento de celebrar el acto, un medio cómodo de asegurarse la prueba de la simulación, que es el contradocumento; si no han tenido la precaución de otorgarlo, deben sufrir las consecuencias de su propia imprevisión.

Pero la exigencia del contradocumento no es inflexible. Muchas veces aquél no se otorga, por existir una completa confianza entre las partes. Si luego una de ellas la defrauda, su falta o, mejor dicho, su delito, es tanto más grave cuanto mayor fue la fe depositada en ella. La ley no puede amparar esa conducta sólo porque falta el contradocumento. En realidad, la exigencia de ese requisito obedece más que nada a la desconfianza en la prueba testimonial y a la necesidad de que los actos no puedan ser impugnados sobre bases más o menos endebles (ver nota 9). Pero siempre que haya una prueba incontrovertible, cierta, inequívoca de la simulación, es lógico admitir la acción, aunque no exista contradocumento (ver nota 10).

Este ha sido el criterio que la ley 17711 ha sentado explícitamente al agregar al artículo 960 Ver Texto un apartado que dice: Sólo podrá prescindirse del contradocumento para admitir la acción, si mediaran circunstancias que hagan inequívoca la existencia de la simulación.

1186. CASOS EN QUE NO ES EXIGIDO.— Aparte del supuesto general de que la prueba sea inequívoca, la jurisprudencia ha decidido que no cabe exigir contradocumento en los siguientes casos:

a) Cuando existe principio de prueba por escrito (ver nota 11). Este concepto es muy amplio: debe entenderse por tal la manifestación que resulta de un testamento, una carta, un apunte (ver nota 12), aunque no esté firmado por la parte (ver nota 13); las manifestaciones hechas en expedientes judiciales (ver nota 14); la carta de quien actuó como agente o intermediario de la operación (ver nota 15); etcétera. Inclusive puede constituir el principio de prueba por escrito exigido por algunos tribunales, el propio contrato o instrumento que se impugna como simulado, si sus mismas cláusulas resultan desusuales, extrañas, sospechosas (ver nota 16).

b) Cuando hay confesión judicial del demandado (ver nota 17).

c) Si existe imposibilidad de procurarse el contradocumento (ver nota 18), como ocurriría en el caso de que los contratantes fueran analfabetos (ver nota 19).

d) Si aquél se ha extraviado por caso fortuito o fuerza mayor (ver nota 20), como podría ser un incendio, un naufragio.

e) Si el contradocumento fue sustraído al interesado o si fue privado de él con dolo o violencia (ver nota 21).

f) Si una de las partes ha cumplido con la prestación a que se obligó según el acto real y la otra se niega a cumplir la prestación recíproca (ver nota 22).

g) Cuando la simulación ha sido en fraude de la ley (ver nota 23). En este caso, en efecto, el otorgamiento de un contradocumento es prácticamente imposible. Supongamos que, para burlar el límite máximo admitido por la jurisprudencia para los préstamos en dinero, se otorgue recibo por una cantidad mayor de la prestada, incluyendo en esa suma los intereses que excedan de aquella tasa. El prestamista nunca otorgará al deudor un contradocumento en el que conste esa circunstancia, porque ello importaría entregarle un arma que le permitiría no pagar los intereses excesivos.

h) Finalmente, se acepta con frecuencia que no es necesario el contradocumento cuando ha existido imposibilidad moral de procurárselo, entendiéndose por tal el vínculo matrimonial o de sangre entre las partes (ver nota 24), el estado de dependencia moral (ver nota 25), la condición de concubino (ver nota 26); pero un tribunal ha decidido que una amistad íntima, por estrecha y cordial que fuera, no es excusa suficiente para explicar la falta de aquél (ver nota 27). Claro está que la doctrina que surge del último fallo no es aplicable si la prueba es inequívoca, conforme lo dispone el artículo 960 Ver Texto .

1118/1187

1187. SITUACIÓN DE LOS SUCESTORES UNIVERSALES Y DE LOS REPRESENTANTES O MANDANTES.— Los sucesores universales de la parte que ha otorgado un acto simulado ocupan su lugar; por lo tanto, se les aplican los mismos principios estudiados en los párrafos anteriores. Pero hay que formular una excepción importante: si la simulación es en perjuicio de ellos, deben considerarse terceros respecto de ese acto; por lo tanto, no se les aplica la regla del artículo 959 Ver Texto , ni están obligados a presentar contradocumentos, sino que pueden valerse de toda clase de pruebas, incluso las presunciones. Tal sería el caso de que se hubiera simulado una venta, con el propósito de eludir las prescripciones relativas a la legítima; el heredero forzoso, perjudicado con ese acto, puede usar cualquier medio de prueba para impugnarlo. Sería, en efecto, un contrasentido exigir contradocumento a quien no puede tenerlo (ver nota 28).

Idéntica conclusión debe adoptarse cuando se trate de un acto simulado en perjuicio de una persona y celebrado por su propio representante. Si, por ejemplo, el marido finge otorgar un acto a nombre de su esposa con el fin evidente de perjudicarla, no es posible exigirle a ella la prueba del contradocumento (ver nota 29).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la citada en nota 1812, véase: DASSEN, J., Prueba de la simulación entre las partes, Revista Crítica y Jurisprudencia, t. 4, n° 5, ps. 110 y s.; LLAMBÍAS, J.J., La prueba de la simulación aducida por las partes, J.A., 1954-IV, p. 111; FORNATTI, E., Prueba de la simulación, Buenos Aires, 1920; SALAS, E. A., Prueba de la simulación entre las partes, J.A., t. 67, p. 329; LÓPEZ ETCHEVERE, La simulación de los actos jurídicos; jurisprudencia sobre la prueba, L.L., t. 38, p. 1051.

(nota 2) Los primeros fallos y autores aplicaron el texto del art. 959 sin hacer distinciones; la acción era negada siempre: C. Civil 1ª Cap., 20/3/1933, J.A., t. 41, p. 341; íd., 3/5/1926, J.A., t. 20, p. 139; C. Civil 2ª Cap., 24/4/1931, J.A., t. 35, p. 695; etc. Esta opinión fue sostenida por LLERENA, t. 3, ps. 40 y 482 y por SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 2515 y s.; aun cuando el autor citado en último término admitió algunas

atenuaciones a esta interpretación en fallos dictados como camarista (véase casos citados por CÁMARA, Simulación, p. 422).

(nota 3) C. Civil 1ª Cap., 13/5/1933, J.A., t. 41, p. 387; C. Com., Cap., 13/3/1962, Doct. Jud. del 21/3/1962; C. Apel. Rosario, 11/6/1937, L.L., t. 10, p. 972; íd., 14/8/1942, L.L., t. 28, p. 47; C. Fed. Rosario, 19/5/1939, L.L., t. 14, p. 1017; C. 1ª C.C. Bahía Blanca, 21/7/1953, L.L., t. 73, p. 425. De acuerdo: BIBILONI, Anteproyecto, nota al art. 310; ORGAZ, Simulación ilícita, en Estudios de Derecho Civil, ps. 1, y s.; CÁMARA, Simulación, n° 136; ACUÑA ANZORENA, Simulación, p. 179; LLAMBÍAS, Parte General, t. 2, n° 1810; es además, el criterio seguido en el Anteproyecto de BIBILONI, arts. 310 y s., y en el Proyecto de 1936, arts. 162 y 163.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala F, 26/12/1963, J.A., 1964-III, p. 449.

(nota 5) BIBLIOGRAFÍA: Además de la citada en nota 1842, véase: RAYCES, A., Los contradocumentos privados y las contraescrituras públicas con respecto a los sucesores a título singular, J.A., t. 1, p. 443; FLAVIÁN, C. L., Des contre-lettres, París, 1929; BARTIN, Des contre-lettres, París, 1885.

(nota 6) DEMOLOMBE, t. 29, p. 222, n° 322, La jurisprudencia es uniforme: C. Civil Cap., Sala C, 27/2/1963, Doct. Jud. del 28/3/1963; íd., 2/3/1955, J.A., 1955-II, p. 487; C. Civil 2ª Cap., 20/7/1940, Repertorio L.L., t. 3, Vº Simulación, sum. 32; íd., 31/12/1946, L.L., t. 45, p. 612; C. Civil 1ª Apel. Mercedes, 20/5/1938, L.L., t. 10, p. 930, etc. Véase, además, la jurisprudencia citada en el artículo de C.A.P., Simultaneidad material e intelectual entre el contradocumento y el acto simulado, en Boletín del Instituto de Enseñanza Práctica de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, 1938, p. 82.

(nota 7) C. Apel. 1ª Mercedes, 20/5/1938, L.L., t. 10, p. 930.

(nota 8) C. Civil Cap., Sala D, 9/8/1988, L.L., 1988-D, p. 372; C. Civil 1ª Cap., 20/7/1927, G.F., t. 59, p. 153; CÁMARA, Simulación, p. 171.

(nota 9) C. Civil Cap., Sala F, 3/2/1972, L.L., t. 148, p. 483, con nota de LEZANA.

(nota 10) Ya antes de la sanción de la ley 17711 era ésta la opinión predominante: SALAS, Prueba de la simulación entre las partes, J.A., t. 67, p. 329; LEZANA, J. I., La prueba de la simulación lícita entre las partes, J.A., 1953-IV, sec. doct., p. 10; ECHEVERRY BONEO, voto en Fallos, Sup. Corte Buenos Aires, 13/10/1909, t. 9, p. 5; TOBAL, voto en disidencia en C. Civil 1ª Cap., 5/7/1939, J.A., t. 67, p. 329 y L.L., t. 16, p.

218; Parte General, t. 2, n° 1814; FLEITAS, voto en fallo de la C. Civil Cap., Sala D, 30/10/1957, L.L., t. 88, p. 459 y J.A., 1958-I, p. 304 (la mayoría del tribunal sostuvo que en principio es necesario el contradocumento). En la doctrina italiana, es criterio casi general: véase especialmente FERRARA, La simulación en los negocios jurídicos, ps. 375 y s.

En cuanto a los fallos que seguían esta corriente, véase: C. Civil Cap., Sala A, 26/9/1957, L.L., t. 90, p. 255; íd., 24/12/1958, L.L., t. 94, p. 170; íd., 10/11/1958, causa 49.308; íd., 4/8/1959, causa 53.575 (inérita); Sala F, 26/12/1963, J.A., 1964-III, p. 449; íd., 20/8/1964, J.A., 1964-V, p. 296, y L.L., t. 116, p. 190; C. Apel. Río Cuarto, 22/12/1959, J.A., 1960-V, p. 327.

(nota 11) La jurisprudencia es unánime: véase C. Civil Cap., Sala A, 17/4/1952, L.L., t. 66, p. 507 y fallos citados en las notas siguientes.

(nota 12) C. Civil Cap., 24/11/1925, G. F., t. 55, p. 85.

(nota 13) C. 2ª Apel. La Plata, 9/9/1947, L.L., t. 48, p. 720.

(nota 14) C. Civil Cap., Sala D, 12/9/1958, L.L., t. 95, p. 155 (respuestas dadas en juicio a un interrogatorio); íd., 22/12/1964, L.L., t. 118, p. 440; C. Apel. Mendoza, 4/3/1939, L.L., t. 13, p. 747; C. Civil 2ª Cap., 10/4/1940, Repertorio L.L., t. 3, Vº Prueba de testigos, sum. 43.

(nota 15) Sup. Trib. Santa Fe, 25/9/1942, Repertorio L.L., t. 4, Vº Prueba de testigos, sum. 37.

(nota 16) C. Civil Cap., Sala A, 24/12/1958, L.L., t. 94, p. 170; íd., 4/8/1959, expediente 53.575 (inérito).

(nota 17) Unanimidad en la doctrina y la jurisprudencia.

(nota 18) C. Civil Cap., Sala A, 17/4/1952, L.L., t. 66, p. 507.

(nota 19) C. Paritaria Cap., 24/7/1954, L.L., t. 77, p. 434, con nota contraria de ACUÑA ANZORENA.

(nota 20) C. Civil 1ª Cap., 13/2/1934, J.A., t. 12, p. 92.

(nota 21) C. Civil 2ª Cap., 16/12/1937, J.A., t. 60, p. 888; C. Civil Cap., Sala A, 17/4/1952, L.L., t. 66, p. 507.

(nota 22) C. Civil Cap., Sala A, 17/4/1952, L.L., t. 66, p. 507; C 1ª C. C. Bahía Blanca, 21/7/1953, L.L., t. 73, p. 424 y J.A., 1954-I, p. 445.

(nota 23) C. Civil Cap., Sala B, 6/5/1954, L.L., t. 75, p. 153; Sala D, 22/12/1964, L.L., t. 118, p. 440; íd., 1/8/1966, L.L., t. 123, p. 872; C. Civil 1ª Cap., 23/5/1932, J.A., t. 38, p. 264; Cám. Apel. Mercedes, 2/7/1924, J.A., t. 13, p. 618; C. Civil 2ª Cap., 11/5/1928, J.A., t. 38, p. 751.

(nota 24) C. Civil Cap., Sala A, 26/2/1985, L.L., 1985-B, p. 362 (se trataba de un negocio entre madre e hijo).

(nota 25) Véase en este sentido: CÁMARA, Simulación, nº 66; MACHADO, t. 5, p. 515, nota al art. 1192; ACUÑA ANZORENA, Simulación, ps. 224 y s.

(nota 26) C. Civil Cap., Sala A, 26/12/1978, E.D., t. 82, p. 502.

(nota 27) C. Civil 2ª Cap., 7/3/1934, J.A., t. 45, p. 598.

(nota 28) Esta solución es unánime en la jurisprudencia: C. Civil Cap., Sala A, 9/10/1969, L.L., t. 139, p. 181; íd., 14/3/1956, J.A., 1956-II, p. 371 y L.L., t. 83, p. 511; íd., 4/6/1970, L.L., t. 139, p. 345; C. Civil Cap., Sala D, 14/11/1990, L.L., fallo nº 89.411; íd., 20/11/1953, L.L., t. 73, p. 669; Sala E, 31/7/1963, E.D., t. 6, p. 328; íd. 1/12/1970, L.L., t. 144, p. 538, 27.129-S; Sala F, 14/12/1971, E.D., t. 41, p. 825; íd., 3/8/1972, E.D., t. 45, p. 572; C. Civil 1ª Cap., 22/11/1926, J.A., t. 23, p. 160; íd., 20/10/1930, J.A., t. 34, p. 488; C. Civil 2ª Cap., 22/5/1939, J.A., t. 66, p. 667; C. Civil Cap., Sala D, 7/5/1951, J.A., 1951-IV, p. 63, y L.L., t. 66, p. 273; Sup. Corte Buenos Aires, 2/4/1935, J.A., t. 50, p. 643; C. 3ª Apel. Rosario, 30/12/1937, J.A., t. 61, p. 555; C. Apel. San Juan, 7/10/1977, L.L., 1978-B, p. 71. Es también doctrina prácticamente unánime de los autores, salvo alguna opinión aislada e intrascendente. Véase sobre este punto, CÁMARA, Simulación, ps. 230 y s.

(nota 29) C. Civil Cap., Sala F, 28/4/1970, J.A., t. 8, 1970, p. 499; C. Civil 1ª Cap., 10/6/1931, J.A., t. 35, p. 1229; C. Civil 2ª Cap., 28/12/1932, J.A., t. 40, p. 574. Véase sobre este punto, ACUÑA ANZORENA, Simulación, ps. 241 y s.

1118/10890

C.— PRUEBA POR TERCEROS (ver nota 1)

1118/1188

1188. PRINCIPIO DE LA AMPLITUD DE LA PRUEBA; LAS PRESUNCIONES.— Mientras el juez debe ser riguroso en la apreciación de la prueba producida por las partes, no puede serlo respecto de terceros. La situación de éstos es muy distinta. Las partes han podido y, salvo casos excepcionales, debido procurarse un contradocumento, pero los terceros no pueden poseerlo, justamente porque la simulación se hace en su perjuicio y si aquél se otorgó, los contratantes lo mantendrán en secreto. Más aún: como la simulación realizada para perjudicar a terceros supone un hecho ilícito, y a veces un delito criminal, las partes procurarán rodear el acto de todas las apariencias de realidad, ocultarán los indicios comprometedores, borrarán los rastros. Operan con premeditación, eligen el momento oportuno y el modus operandi más conveniente.

Se comprende, por lo tanto, cuán difícil es la tarea de los terceros. En tales casos, casi la única prueba que tienen a su disposición es la de presunciones; sólo por excepción disponen de documentos o testigos.

Las presunciones adquieren así, en esta materia, una importancia singular; es sobre la base de ellas que se resuelven por lo general esta clase de juicios. Los jueces las admiten siempre que por su carácter y concordancia lleven a su ánimo la convicción de que el acto fue simulado.

1118/1189

1189. Las presunciones generalmente admitidas como prueba de la simulación, son las siguientes:

a) Debe existir, ante todo, una causa simulandi, es decir, una razón o motivo que la explique; por ejemplo, eludir el pago de las deudas, escapar a las disposiciones legales sobre la legítima, etcétera. Descubrir ese motivo tiene una gran importancia porque arroja una luz esclarecedora sobre todo negocio y facilita de modo notable la interpretación de la conducta de las partes (ver nota 2). Pero es necesario no exagerar su relevancia jurídica y erigirlo en requisito cuya prueba sea inexcusable. Muchas veces los móviles de la

simulación son inciertos, imprecisos, ambiguos, de contornos indefinidos. No debe ni puede exigirse una prueba de ellos, pues es muy difícil penetrar en la intimidad del pensamiento humano, en especial cuando las partes han tratado de ocultarlo, poniendo en ello todo su ingenio. Basta que la simulación tenga o pueda tener un motivo razonable, basta que la pretendida ficción no sea ilógica y carente de todo posible sustento; para que el juez deba abocarse al estudio de las pruebas. En suma, la prueba de la causa simulandi no es indispensable, si bien es muy útil para demostrar que existe la simulación (ver nota 3). Y si no se la prueba, ni aparece como razonable, el criterio para la apreciación de la prueba deber ser riguroso (ver nota 4).

b) El vínculo de parentesco muy estrecho o la amistad íntima entre las partes suelen ser un indicio importante (ver nota 5), ya que la gravedad que reviste el acto cuando perjudica a terceros exige una gran confianza recíproca. Es claro que esta circunstancia, por sí sola, no es suficiente para hacer lugar a la acción, desde que los contratos entre parientes no sólo son posibles, sino también frecuentes (ver nota 6).

c) La imposibilidad económica del comprador para adquirir los bienes que aparecen vendidos; en estos juicios tiene una gran importancia la averiguación de la fortuna del adquirente (ver nota 7). No menos revelador es este otro inciso: si el precio que se dice pagado es muy considerable y se demuestra que en las cuentas bancarias del vendedor no ha ingresado suma alguna y que éste no ha realizado otras inversiones que justifiquen el destino de ese dinero, cabe presumir que no lo ha recibido (ver nota 8).

d) También debe repararse en la naturaleza y cuantía de los bienes que aparecen enajenados; es sospechoso, en efecto, que el vendedor transfiera precisamente aquellos bienes que, por razones económicas, por ser su principal fuente de recursos o por motivos sentimentales, son los que más hubiera debido procurar que quedaran en su poder (ver nota 9); es igualmente sospechoso que transfiera todos sus bienes (ver nota 10); o que transfiera un conjunto muy importante de ellos por un precio único (ver nota 11).

e) La falta de ejecución material del contrato; por ejemplo, si el que aparece vendiendo una propiedad continúa en posesión de ella y administrándola (ver nota 12), aunque a veces se disimule esa anomalía bajo la apariencia de un contrato de locación (ver nota 13) o dándole el comprador aparente al vendedor un mandato de administración sobre la propiedad (ver nota 14). Lo mismo ocurre si el que vende un comercio sigue al frente de él, administrándolo, conservando el teléfono a su nombre (ver nota 15), etcétera.

f) Las circunstancias y el momento en que se realizó el acto. Así, por ejemplo, la venta de un bien ganancial realizada por el esposo pocos días antes o después de iniciada la demanda de divorcio, resulta sin duda sospechosa (ver nota 16); lo mismo ocurre con un pagaré suscripto por el mandatario por una fuerte suma de dinero, dos días antes de que se pidiera la declaración de demencia de su mandante, o si las cláusulas contenidas en el contrato son

desusuales o insólitas en la vida de los negocios (ver nota 17); el acuerdo absoluto entre el ejecutado y el ejecutante con motivo del documento que se impugna (ver nota 18); la declaración de haber recibido el precio con anterioridad (ver nota 19), etcétera.

g) El precio vil pagado por el bien (ver nota 20), porque si bien las partes pueden simular también el pago de un precio justo, muchas veces se ven constreñidas a hacer figurar un precio desproporcionadamente bajo por la falta de capacidad económica del comprador (que luego no podrá justificar, si aparece convenido el justo precio, con qué bienes compró) o por el interés del vendedor aparente de disimular el monto de sus bienes.

h) Gran importancia tienen también los antecedentes de las partes; pues así como una conducta intachable aleja la sospecha de que se haya cometido un fraude en perjuicio de terceros, la vida inmoral o deshonesta favorece esa hipótesis (ver nota 21).

i) En la simulación por interposición de personas, es muy ilustrativo el modo de comportarse del prestanombre, que no se conduce como verdadero adquirente de los bienes; tiene también relevancia la índole de las relaciones entre el enajenante y el verdadero destinatario de los derechos o bienes. Por lo general, estas relaciones son íntimas y se procura mantenerlas ocultas; tal como ocurre entre un hombre casado y su amante.

j) También se ha considerado como indicio de culpabilidad el hecho de que el demandado por simulación guarde una actitud de sospechosa inercia, sin aportar pruebas que, de existir, demostrarían su inocencia. El principio procesal de que la carga de la prueba recae sobre el actor, no obsta en este caso a imponer al demandado el deber moral de aportar los elementos tendientes a demostrar su inocencia, colaborando así en el esclarecimiento de la verdad (ver nota 22).

A lo que hay que agregar que el principio procesal de la carga dinámica de la prueba, conforme con el cual ella recae sobre las partes y, en especial, a quien está en mejores condiciones de aportarla, obliga al demandado a acreditar la realidad del acto en cuanto le sea posible (ver nota 23)

k) Se ha declarado que el pacto de retroventa es un indicio de simulación (ver nota 24), porque es muy improbable que alguien adquiriera un dominio para quedar expuesto en cualquier momento a perder el bien comprado. Generalmente estos pactos ocultan la garantía de un préstamo de dinero.

1189 bis. CASO DE DUDA.— Se ha declarado, con razón, que si la prueba fuera dudosa, el juzgador debe decidirse por la validez del acto impugnado (ver nota 25).

(nota 1) Véase IBÁÑEZ, Prueba por los terceros en la simulación de los actos jurídicos, J.A., t. 8, 1970, p. 499.

(nota 2) La C. Civil Cap., Sala A, 25/4/1967, E.D., t. 31, p. 106, citó este párrafo adhiriendo.

(nota 3) Esta es la doctrina reiterada de la Cámara Civil de la Capital. Véase especialmente: Sala A, 28/3/1994, E.D., fallo n° 45.854; íd., 24/12/1958, L.L., t. 94, p. 171; en igual sentido: Sala C, 5/5/1955, L.L., t. 80, p. 326; íd., 28/8/1958, L.L., t. 94, p. 45; Sala D, 4/12/1956, causa 33.195 (inérita); íd., 30/10/1957, L.L., t. 88, p. 459, íd., 12/9/1958, J.A., 1958-IV, p. 339; íd., 14/9/1973, J.A., t. 21-1974, p. 111; Sala E, 24/8/1977, E.D., t. 75, p. 533; Sala F, 11/8/1977, E.D., t. 75, p. 511; Sala G, 28/10/1996, E.D., fallo 48.216, con importante comentario de CIFUENTES.

(nota 4) Así lo dijo la C. Civil Cap., Sala D, 12/9/1958, J.A., 1958-IV, p. 339; íd., 25/7/1969, E.D., t. 31, p. 97.

(nota 5) C. Civil Cap., Sala B, 10/8/1972, E.D., t. 47, p. 303; Sala F, 20/9/1964, E.D., t. 10, p. 595; Sala A, 4/6/1970, L.L., t. 133, p. 345 (caso de concubinato entre las partes).

(nota 6) C. Civil Cap., Sala C, 30/12/1957, L.L., t. 91, p. 523; C. Civil Cap., Sala F, 11/8/1977, E.D., t. 75, p. 511.

(nota 7) C. Civil Cap., Sala A, 24/12/1958, L.L., t. 94, p. 171; C. Com. Cap., Sala B, 22/12/1995, L.L., fallo n° 94.418; MOSSET ITURRASPE, Negocios simulados, p. 279.

(nota 8) MOSSET ITURRASPE está de acuerdo con cuanto decimos en este párrafo, pero previene, con razón, del peligro de que se hagan falsos movimientos de fondos bancarios para dar verosimilitud a un negocio simulado: Negocios simulados, p. 279, texto y nota 133.

(nota 9) C. Civil Cap., Sala A, 28/3/1994, E.D., fallo n° 45.854; 24/12/1958, íd., L.L., t. 94, p. 171; C. Civil 1ª Cap., 8/9/1938, J.A., t. 67, p. 827; FERRARA, Simulación, p. 401; CÁMARA, Simulación, p. 248; MOSSET ITURRASPE, Negocios simulados, p. 273.

(nota 10) C. Apel. Dolores, D.J.B.A. 1944-VII, p. 99; MOSSET ITURRASPE, loc. cit. en nota anterior.

(nota 11) Sup. Trib. Entre Ríos, J. E. R., 1946, p. 73; MOSSET ITURRASPE, loc. cit. en nota anterior.

(nota 12) C. Civil Cap., Sala E, 24/8/1977, E.D., t. 75, p. 533; Sala F, 11/4/1977, E.D., t. 75, p. 511; Sala G, 2/7/1985, L.L., fallo n° 84.533.

(nota 13) C. Crim. y Com., 27/5/1898, cit. por CÁMARA, Simulación, p. 250.

(nota 14) C. Com. Cap., 28/2/1929, G. F., t. 49, p. 223; C. Fed. Cap., 31/12/1936, J.A., t. 23, p. 714.

(nota 15) C. Civil Cap., Sala A, 25/4/1967, E.D., t. 31, p. 106; Sala C, 23/8/1969, E.D., t. 31, p. 104; C. Com. Cap., 8/4/1926, G.F., t. 62, p. 38.

(nota 16) C. Civil 1ª Cap., 24/11/1930, J.A., t. 34, p. 806; C. Civil Cap., 31/10/1957, Sala C, L.L., t. 91, p. 216 (caso en que se trataba de la venta de un bien ganancial hecha por el padre pocos días antes del deceso de su esposa, en ese momento enferma de gravedad). Cabe aclarar, sin embargo, que después de la reforma de 1968, no es posible enajenar un bien ganancial inmueble o mueble registrable sin el consentimiento del cónyuge; de tal modo que esta jurisprudencia sólo resulta hoy aplicable a los bienes muebles no registrables, que pueden ser muy valiosos (obras de arte, alhajas, ciertas maquinarias, etc.).

(nota 17) C. Civil Cap., Sala A, 24/12/1958, L.L., t. 94, p. 171; C. Civil 2ª, Cap., 16/3/1934, J.A., t. 45, p. 627.

(nota 18) C. Apel. Rosario, 4/5/1934, J.A., t. 46, p. 802.

(nota 19) C. Civil Cap., Sala A, 28/3/1994, E.D., fallo n° 45.854; Sala E, 24/8/1977, E.D., t. 75, p. 533; Sala F, 4/11/1977, E.D., t. 75, p. 511; Sala F, 29/8/1978, L.L., 1979-A, p. 215; C. Civil 2ª Cap., 29/5/1933, J.A., t. 42, p. 266.

(nota 20) C. Civil Cap., Sala B, 26/3/1968, E.D., t. 31, p. 92; Sala C, 8/10/1969, E.D., t. 31, p. 205; Sala E, 24/8/1977, E.D., t. 75, p. 533.

(nota 21) Se hizo aplicación de este criterio por la C. Civil Cap., Sala A, 8/3/1994, E.D., fallo n° 45.854; íd., 24/12/1958, L.L., t. 94, p. 171, la C. Civil Cap., Sala F, 29/8/1978, L.L., 1979-A, p. 215, la C. Civil 2ª Cap., 22/10/1937, L.L., t. 8, p. 328. Véase CÁMARA, Simulación, p. 247.

(nota 22) C. Civil Cap., Sala A, 24/12/1958, L.L., t. 94, p. 171; Sala B, 15/5/1973, L.L., t. 151, p. 485; C. Civil Cap., Sala D, 14/11/1990, fallo n° 89.411; íd., 17/12/1952, L.L., t. 73, p. 514; con nota concordante de ACUÑA ANZORENA; íd., 16/7/1954, exp. 17.534, (inédito); Sala C, 5/5/1955, L.L., t. 80, p. 326; Sala D, 25/7/1969, E.D., t. 31, p. 97; íd., 14/9/1973, J.A., t. 21-1974, p. 111; Sala E, 18/8/1988, L.L., 1990-B, p. 88; C. Civil 2ª Cap., 23/3/1950, L.L., t. 60, p. 250; Sala G, 2/7/1985, L.L., 1986-A, p. 277. En contra: C. Civil Cap., Sala B, 24/6/1953, D. J. A., 22/9/1953.

(nota 23) C. Com. Cap., Sala E, 6/6/1995, L.L., fallo n° 94.246; íd., Sala B, 22/12/1995, L.L., fallo n° 94.418.

(nota 24) C. Civil Cap., Sala A, 18/9/1969, L.L., t. 138, p. 544; C. Civil Cap., Sala F, 20/8/1964, E.D., t. 9, p. 530.

(nota 25) C. Civil Cap., Sala C, 31/10/1957, L.L., t. 91, p. 216; Sala F, 6/11/1991, E.D., fallo n° 44.620.

1118/10900

D.— PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN (ver nota 1)

1118/1190

1190. EL PLAZO.— La falta de una disposición expresa sobre el plazo de prescripción de la acción de simulación en el Código Civil antes de la reforma de 1968, provocó una verdadera anarquía en la doctrina y jurisprudencia. Según una primera opinión, la acción prescribía a los diez años (ver nota 2); según otra, la prescripción de la acción por simulación relativa era de dos años, en tanto que la derivada de una simulación absoluta era decenal (ver nota 3); según una tercera, la simulación absoluta era imprescriptible (ver nota

4); finalmente, la opinión predominante consideraba que la acción prescribía a los dos años, fuera la simulación absoluta o relativa, intentada por las partes o terceros (ver nota 5). Esta última ha sido la solución consagrada por la ley 17711, que dispuso un agregado al artículo 4030 Ver Texto que pone término a la cuestión en la forma indicada.

Hay que añadir que el nuevo párrafo agregado al artículo 4030 Ver Texto sólo alude a la acción entre las partes. ¿Significa esto que cuanto la acción es ejercida por terceros la prescripción es decenal? Tal opinión (ver nota 6), fundada en el argumento a contrario, nos parece insostenible. Si ya antes de la sanción de la ley 17711 la opinión prevaleciente en nuestra doctrina y jurisprudencia era que el plazo de dos años era aplicable tanto a la acción ejercida por las partes como por terceros, no se alcanza a comprender por qué la omisión de la nueva ley referida a los terceros ha de extender en su caso el plazo a diez años. Por lo demás, no hay razón alguna que justifique un plazo mayor para el supuesto de que la acción sea ejercida por terceros, lo cual permite la aplicación analógica del plazo fijado para las partes (ver nota 7).

1118/1191

1191. COMIENZO DEL PLAZO DE LA PRESCRIPCIÓN.— Cuando la acción es ejercida por terceros, el plazo comienza a correr desde que el interesado accionante ha tenido conocimiento de la simulación (ver nota 8); no basta una simple sospecha (ver nota 9); recién cuando el conocimiento es pleno empieza el plazo (ver nota 10).

Cuando la acción es intentada por las partes, la prescripción corre, no desde la fecha de celebración del acto, sino desde que una de ellas exteriorice su propósito de desconocer la convención oculta y prevalerse del acto aparente (art. 4030 Ver Texto, in fine, ref. por ley 17711) (ver nota 11).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la citada en nota 1812, véase: SALAS, E. A., Prescripción de la acción de simulación, J.A., 1946-I, p. 699; BUTELER, J.A., Acción de simulación: prescripción, Justicia, Córdoba, t. 2, sec. doct. p. 11; ACUÑA ANZORENA, A., Imprescriptibilidad de la acción de simulación absoluta, L.L., t. 19, p. 872; íd., nota en J.A., t. 74, p. 913; ETKIN, Prescripción de la acción de simulación, 22/2/1978, J.A., 1978-I, p. 729.

(nota 2) Sup. Corte Buenos Aires, 28/5/1948, L.L., t. 51, p. 125; C. Civil 1ª, La Plata, 16/8/1946, L.L., t. 43, p. 791; C. Apel. Bahía Blanca, 21/7/1953, J.A., 1954-I, p. 445, y L.L., t. 73, p. 424.

(nota 3) C. Apel. 1ª La Plata, 31/7/1939, L.L., t. 15, p. 734; también se registra en este sentido algún fallo de la C. Civil 1ª Cap., (4/12/1944, Repertorio L.L., Vº, Prescripción, sum. 257) y de la C. Civil 2ª Cap. (15/7/1943, L.L., t. 31, p. 455), pero estos tribunales han vuelto más tarde sobre estas decisiones, que chocan con múltiples pronunciamientos anteriores (véase nota 1903).

(nota 4) ACUÑA ANZORENA, Imprescriptibilidad de la acción de simulación absoluta, L.L., t. 19, p. 872; LLAMBÍAS, Parte General, t. 2, nº 1717 y 1718. Algunos pronunciamientos aislados admitieron esta solución; C. Civil 2ª Cap., 27/6/1939, L.L., t. 15, p. 340; C. Com. Cap., 18/8/1943, L.L., t. 32, p. 24; C. 2ª Apel. La Plata, 7/8/1938, L.L., t. 12, p. 157; 1ª Apel. Córdoba, 2/10/1936, L.L., t. 6, p. 867.

(nota 5) Los fallos son numerosísimos; nos limitaremos a citar los últimos que conocemos de cada tribunal: C. Civil Cap., Sala A, 22/7/1954, J.A., 1954-IV, p. 93, y L.L., t. 75, p. 780; Sala B, 13/3/1964, L.L., t. 115, p. 54; íd., Sala C, 2/3/1955, J.A., 1955-II, p. 487; Sala D, 6/10/1959, L.L., t. 97, p. 88; C. Civil 1ª Cap., 25/3/1946, Repertorio L.L., t. 8, Vº Prescripción, sum. 187; C. Civil 2ª Cap., 18/3/1949, L.L., t. 54, p. 210; C. Paz Cap., 27/5/1960, J.A., 1960-V, p. 587; Sup. Trib. Santa Fe, 7/3/1947, L.L., t. 46, p. 857; C. Fed. Bahía Blanca, 18/3/1943, L.L., t. 30, p. 781; C. Fed. Tucumán, 9/10/1945, L.L., t. 40, p. 834; C. Fed. Mendoza, 7/10/1948, L.L., t. 53, p. 364; Sup. Trib. Entre Ríos, 31/8/1944, Repertorio L.L., t. 6, Vº Prescripción, sum. 256; C. Apel. Rosario, 14/8/1942, L.L., t. 28, p. 47; C. 2ª Apel. Córdoba, 11/6/1940, Repertorio L.L., t. 4, Vº, Prescripción, sum. 230; C. 1ª Apel. Mercedes, 20/11/1949, L.L., t. 58, p. 225. En este sentido véase principalmente SALAS, E. A., Prescripción de la acción de simulación, J.A., 1946-I, p. 699.

(nota 6) Así lo sostienen ARAUZ CASTEX, Parte general; La reforma de 1968, p. 143; ETKIN, J.A., 1978-I, p. 729; BARBERO, nota en J.A., 1981-IV, p. 750; FASSI-BOSERT, nota en E.D., t. 64, p. 588.

(nota 7) De acuerdo con nuestra opinión que el plazo es de dos años: C. Civil Cap. en pleno, 10/9/1982, E.D., t. 101, p. 181 y L.L., 1982-D, p. 525; C. Civil Cap., Sala C, 29/12/1978, L.L., 1979-B, p. 62; C. Civil Cap., Sala E, E.D., t. 45, p. 395; 14/10/1974, E.D., t. 60, p. 199; Sala F, 20/5/1977, Revista del Notariado, nº 756, p. 1800; C. Civil Cap., Sala B, 28/10/1974, L.L., 1975-C, p. 594; Sup. Corte Buenos Aires, 14/5/1974, L.L., t. 156, p. 96; C. Apel. San Juan, 7/10/1977, L.L., 1978-B, p. 71; MOSSET ITURRASPE, Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios, p. 226; RIVERA, Acción de simulación, E.D., t. 60, p. 96, nº 10 B.

(nota 8) C. S. N., 16/11/1937, L.L., t. 11, p. 347; C. Civil Cap., Sala B, 24/6/1952, J.A., 1953-III, p. 461; Sala E, 29/4/1981, E.D., t. 94, p. 125; Sala L, 26/6/1995, E.D., fallo nº 47.151; C. Civil 1ª Cap., 10/9/1941, L.L., t. 25, p. 101; C. Civil 2ª Cap., 18/3/1949, L.L., t. 54, p. 210; C. Com. Cap., 20/11/1946, Repertorio L.L., t. 8, Vº, Prescripción, sum. 57; Sup.

Trib. Entre Ríos, 28/2/1945, L.L., t. 40, p. 524; Sup. Trib. Santa Fe, 7/3/1947, L.L., t. 46, p. 857.

(nota 9) C. Civil Cap., Sala F, 10/8/1961, L.L., t. 104, p. 652; Sala G, 25/9/1980, E.D., t. 91, p. 304; Sup. Trib. Entre Ríos, 28/2/1945, L.L., t. 40, p. 524; MOSSET ITURRASPE, Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios, p. 228.

(nota 10) C. Fed. Mendoza, 7/10/1948, L.L., t. 53, p. 364.

(nota 11) Esta era, ya antes de la ley 17711, la solución unánimemente admitida: C. Civil Cap., Sala B, 24/11/1961, Doct. Jud. del 16/12/1961; Sala C, 14/6/1965, J.A., 1965-V, p. 306; Sala D, 6/10/1959, causa 53.391 (inérita); C. Civil 1ª Cap., 27/6/1945, J.A., 1945-III, p. 584; C. Civil 2ª Cap., 18/10/1943, J.A., 1943-IV, p. 481; C. Fed. Tucumán, 9/10/1945, J.A., 1945-IV, p. 134; Sup. Trib. Santa Fe en pleno, 22/12/1944, Repertorio de Santa Fe, t. 2, p. 172; C. Apel. Rosario, 14/8/1942, L.L., t. 28, p. 47; etc.

1118/10910

#### E.— ACCIÓN INTENTADA POR UN TERCERO CONTRA LAS PARTES

1118/11370

1191 bis. CONTRA QUIÉNES DEBE DIRIGIRSE LA ACCIÓN.— Se discute en nuestro derecho si la acción intentada por un tercero para hacer declarar la simulación de un acto, debe ser dirigida contra las dos partes que intervinieron en la simulación o si puede demandarse a una sola de ellas.

a) Según la jurisprudencia predominante es indispensable dirigir la demanda contra las dos partes y la omisión de este recaudo debe conducir al rechazo de la demanda (ver nota 1). Esta opinión se funda en que la sentencia que declara la simulación afecta a ambas; y como nadie puede ser condenado sin ser oído, no podría declararse una simulación que vendría a afectar a quien no ha sido parte en el juicio.

b) Según otra opinión, que compartimos, la demanda conjunta, aunque aconsejable, no es indispensable (ver nota 2). Puede ocurrir, en efecto, que el actor no tenga interés en que la declaración de nulidad tenga efectos contra las dos partes y le baste con su eficacia respecto

de una de ellas. Más aún, hay hipótesis en que los intereses de las dos partes que intervinieron en la simulación difieren y aun son contrapuestos. Exigir, a pesar de todo, la demanda conjunta, no es razonable.

Por ello se ha declarado reiteradamente que la demanda conjunta no es necesaria cuando la sentencia no puede herir los intereses de quien no fue demandado (ver nota 3).

Y en el caso de simulación por interposición de persona (una persona adquiere derechos no para sí, sino para un tercero, ignorándolo el otro contratante), ninguna duda cabe que la acción del tercero que procura demostrar que los derechos se adquirieron para él y no para quien aparentemente los adquirió, deber ser dirigida solamente contra el intermediario y no contra el enajenante, simplemente porque éste es ajeno a la simulación; él no fingió nada; celebró un acto serio; vendió realmente. Quien simuló fue solamente el comprador.

Por lo demás, puesto que la simulación puede ser opuesta por vía de excepción (véase núm. 1183 bis), está claro que en ese supuesto la contienda judicial sólo se trabará entre uno de los que intervinieron en la simulación (el actor) y el que la opone (ver nota 4).

Lo dicho hasta aquí nos permite sostener las siguientes conclusiones: 1) No es ineludible que la demanda de simulación sea instaurada conjuntamente contra las partes que intervinieron en el acto simulado que impugna un tercero. 2) La demanda conjunta será necesaria si el actor pretende atribuir a la sentencia efectos de cosa juzgada contra todos (ver nota 5). 3) La demanda conjunta es ordinariamente conveniente y aconsejable, porque permite dilucidar en un solo pleito y con elementos de juicio completos, todas las relaciones jurídicas surgidas del acto impugnado. Por eso mismo habrá que disponer la acumulación de los autos si la demanda se ha entablado separadamente. 4) En caso de simulación sin acuerdo de voluntades, la acción sólo puede dirigirse contra el autor de la simulación y no contra quien fue ajeno a ella.

(nota 1) En este sentido: C. Civil Cap., Sala C, 25/9/1959, J.A., 1960-I, p. 720; íd., 7/6/1955, J.A., 1955-III, p. 279; C. Civil 1ª Cap., 12/5/1937, J.A., t. 58, p. 401; íd., 13/9/1934, J.A., t. 47, p. 880, íd., 24/9/1918, J.A., t. 2, p. 450; C. Civil 2ª Cap., 4/4/1938, J.A., t. 62, p. 125; S. T. Santa Fe, 21/5/1946, R. S. F., t. 13, p. 121; C. S. Mendoza, 24/8/1959, L.L., t. 98, p. 714; SALVAT, Parte General, n° 2540; CÁMARA, La simulación en los actos jurídicos, ps. 450 y s.; ACUÑA ANZORENA, J.A., 1942-I, p. 381. Un fallo de la Sala D de la Cámara Civil de la Capital dijo que la demanda debía dirigirse contra todas las partes para ser fallado útilmente, porque de lo contrario la sentencia no haría cosa juzgada respecto de quienes no fueron puestos en condiciones de defenderse (6/10/1959, J.A., 1959-VI, p. 518); lo que significa que cuando el actor no tiene interés en que la sentencia haga cosa juzgada respecto de una de las partes simulantes, no tiene por qué demandarla.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala A, 10/11/1960, J.A., 1961-II, p. 156, y L.L., t. 101, p. 447 (con disidencia del Dr. LLAMBÍAS); íd., 12/5/1964, causa 91.564, en que se declaró la simulación no obstante no haber demanda conjunta sino sólo a una de las partes (esta vez sin disidencia del Dr. LLAMBÍAS); íd., 24/2/1975, J.A., t. 28-1975, p. 39, con nota de MÉNDEZ COSTA, y L.L., 1975-D, p. 228, con nota de ZANNONI (el tribunal consideró que el bien estaba ya inscripto a nombre del demandado y no del intermediario o testaferro, y que en esas circunstancias el omitido no tiene carácter de litis consorte necesario, ni puede ser afectado por la sentencia); C. Civil 2ª Cap., 14/8/1939, J.A., t. 67, p. 386; íd., 22/6/1939, L.L., t. 15, p. 518; C. Civil 2ª La Plata, 25/2/1949, J.A., 1949-II, p. 180, con nota del DR. LEGÓN; CORTÉS, Simulación, n° 38.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala E, 5/3/1982, E.D., t. 99, p. 286; Sala F, 6/12/1969, E.D., t. 31, p. 188; Sala B, 28/12/1966; E.D., t. 31, p. 147, n° 213; Sup. Corte Buenos Aires, 8/3/1946, E.D., t. 31, p. 147, n° 216.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala F, 26/12/1963, E.D., t. 7, p. 603; C.C.C. Especial Cap., 16/2/1973, L.L., t. 151, p. 142.

(nota 5) De acuerdo con nuestra opinión, ZANNONI, nota en L.L., 1975-D, p. 228. Este autor dice, con razón, que el meollo de la cuestión es si se pretende atribuir efectos de cosa juzgada contra todos o sólo contra algunos.

1118/10920

### § 3.— Efectos de la simulación

1118/10930

### A.— ENTRE LAS PARTES

1118/1192

1192. CARÁCTER DE LA NULIDAD; EFECTOS.— La acción de simulación se propone poner de relieve la realidad. Si, por lo tanto, la simulación es absoluta, la acción perseguirá la nulidad del acto. Si es relativa, se propondrá destruir la apariencia falsa y hacer notorio y ostensible el acto real.

Los actos simulados son anulables (art. 1045 Ver Texto , Cód. Civ.), salvo que la simulación fuere presumida por la ley, en cuyo caso son nulos (art. 1044 Ver Texto ). Esta última hipótesis es excepcional; pueden citarse como ejemplos los artículos 1297 Ver Texto y 3741 Ver Texto , Código Civil.

El que posee una cosa en virtud de un título aparente, debe restituirla al verdadero dueño, con todos sus frutos y productos (ver nota 1), pero, en cambio, tiene derecho a que se le paguen los gastos de conservación (ver nota 2) y a que se le reconozca el importe de las mejoras (ver nota 3).

Desde luego, si se tratase de una simulación relativa queda en pie el acto querido en la convención oculta.

Declarada la simulación, el vencedor en el juicio tiene derecho a exigir de la contraparte la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la actitud de ésta al pretender hacer valer su derecho aparente.

(nota 1) C. Civil 1ª Cap. 26/6/1931, J.A., t. 36, p. 1391; C. Fed. Rosario, 19/5/1939, L.L., t. 14, p. 1016.

(nota 2) CÁMARA, Simulación, p. 281.

(nota 3) CÁMARA, op. y loc. cit. en nota anterior.

1118/10940

B.— RESPECTO DE TERCEROS

1118/1193

1193. INTERÉS DE LOS TERCEROS FRENTE AL ACTO SIMULADO.— El interés de los terceros frente al acto simulado puede consistir, bien en su nulidad, bien en su validez. En el primer caso están aquellos a quienes se ha pretendido perjudicar con la simulación, y naturalmente, disponen de la acción correspondiente para pedir la anulación. En el segundo se hallan los que hubieran realizado un acto sobre la base de otro simulado, que ellos creían real; ejemplo: en virtud de una compraventa fingida de un inmueble, el comprador aparente lo enajena a un tercero; éste tiene interés en que el acto simulado se repunte válido pues, de lo contrario, pierde su derecho. Estudiaremos ambas hipótesis en los números siguientes.

1118/1194

1194. ACCIÓN DE SIMULACIÓN EJERCIDA CONTRA LAS PARTES.— La acción de simulación ejercida por un tercero contra las partes, tiene por fin hacer declarar la invalidez del acto aparente; los otorgantes son solidariamente responsables frente al tercero de los daños y perjuicios como consecuencia de aquél (ver nota 1).

La declaración judicial de que el acto es simulado beneficia a la totalidad de los acreedores, del enajenante aunque no fueran parte en el juicio. Esta solución se explica porque la sentencia no hace sino poner de manifiesto la realidad querida por las partes; y es sobre la base de esa verdad que deben regirse las relaciones entre el deudor y todos sus acreedores.

La acción ejercida por un tercero tiende a mantener incólume el patrimonio del deudor; es por lo tanto una acción conservatoria, que puede ser ejercida inclusive por los acreedores bajo plazo o condición (ver nota 2).

1118/1195

1195. PROTECCIÓN DE LOS SUCESTORES SINGULARES DE BUENA FE CONTRA LA IMPUGNACIÓN DEL ACTO POR LAS PARTES.— Con cierta frecuencia, el adquirente fingido de una cosa o de un derecho, los transfiere a un tercero, burlando la confianza depositada en él. Tal es el caso del comprador aparente de un inmueble, que lo enajena a un extraño o constituye en favor de éste un derecho real de hipoteca, servidumbre, etcétera; o bien el de una persona a cuyo nombre se ha endosado un cheque con fines de cobro y que, a su vez, lo transfiere a un tercero.

Aun cuando la simulación sea lícita, el enajenante no tiene derecho alguno contra el sucesor a título singular de buena fe (art. 996 Ver Texto , Cód. Civ.); el acto simulado no puede ser impugnado por él y sólo le queda una acción de daños y perjuicios contra quien defraudó su confianza. Esta solución se impone como exigencia de la seguridad del comercio, pues de

lo contrario no habría adquisición ni título seguros; por lo demás, quien simula debe correr el riesgo de su mentira.

Por sucesor a título singular de buena fe debe entenderse aquel que ignoraba el carácter simulado del acto que servía de antecedente a su derecho; puesto que teniendo conocimiento de que aquél era sólo aparente, no podría invocar ninguna protección legal. Aplicando este concepto, el artículo 996 Ver Texto , Código Civil, dispone que el contradocumento privado no tendrá ningún efecto contra los sucesores a título singular, ni tampoco lo tendrá la contra-escritura pública, si su contenido no está anotado en la escritura matriz, y en la copia por la cual hubiese obrado el tercero (ver nota 3). Pero si de otra manera se prueba que el tercero tenía conocimiento de la simulación, la acción de nulidad es procedente, pues la ley sólo protege al que tiene buena fe. Más aún, después de la reforma del artículo 1051 Ver Texto , también es procedente la acción, sea o no de buena fe el tercero, si éste adquirió los derechos a título gratuito. En otras palabras, la ley sólo protege al tercer subadquirente de buena fe y a título oneroso.

1118/1196

1196. PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES; LA MASA.— No sólo los sucesores a título singular están amparados contra la posible impugnación de un acto por la parte interesada. También lo están los acreedores; tal es la interpretación que se ha dado, con acierto, al artículo 1194 Ver Texto , Código Civil, que extiende la protección a los terceros en general (ver nota 4). En efecto, los créditos se otorgan siempre en atención al patrimonio del deudor; el acreedor debe tener la seguridad, por consiguiente, de que los bienes que figuran ostensiblemente en su activo le pertenecen y no puede estar expuesto a que cuando pretenda iniciar la ejecución aparezca el verdadero propietario reclámándolos; esta consecuencia no sólo sería injusta, sino que facilitaría un verdadero fraude, pues podrían transferirse bienes a un insolvente para que éste gestione créditos que no piensan pagarse y que el acreedor no podría cobrar.

Pero en esta caso, solamente los acreedores posteriores al acto simulado podrían reclamar el mantenimiento de su validez, puesto que los anteriores no contrataron teniendo en cuenta esos bienes que aún no figuraban en el patrimonio del deudor. La situación es distinta cuando los acreedores impugnan el acto simulado, puesto que en tal caso sólo se tratará de poner de manifiesto las verdaderas relaciones existentes entre las partes del acto aparente; si un bien no ha salido del patrimonio del vendedor aparente, es justo que esa situación, una vez puesta de manifiesto, beneficie a todos sus acreedores, no importando las fechas de los créditos. Pero en el caso que ahora tratamos, los terceros no están interesados en la nulidad, sino en la validez del acto; y sólo pueden alegar un legítimo interés aquellos que contrataron teniendo en consideración los bienes adquiridos aparentemente por su deudor, situación en que se pueden encontrar únicamente los acreedores posteriores al acto simulado. Más aún: la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires negó, con razón, a un banco, el derecho de invocar la calidad de tercero perjudicado por la simulación, no

obstante que ésta fue anterior al otorgamiento del crédito, pues al acordarlo no tomó en cuenta que el prestatario tuviera un inmueble que no figuraba en su manifestación de bienes y cuya existencia ignoraba (ver nota 5).

Sin embargo, un importante fallo de la Cámara Civil de la Capital ha resuelto este problema en sentido contrario. El pronunciamiento se apoya fundamentalmente en que los artículos 996 Ver Texto y 1194 Ver Texto , Código Civil, niegan efectos a los contradocumentos respecto de terceros, salvo que estén notificados de la simulación. Por consiguiente, si por efecto del acto aparente han ingresado bienes al patrimonio del deudor, el acreedor puede hacer ejecución de ellos, no importando que la simulación sea anterior o posterior al crédito que se ejecuta. Agregó el Tribunal que los interesados pudieron haber paralizado la acción del acreedor, poniendo en su conocimiento que el acto era puramente fingido en el momento de la celebración de éste (ver nota 6). PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, cuya autoridad fue invocada por la Cámara, dicen que en este caso no se trata de establecer una regla de prioridad ni tampoco de proteger a aquellos que sin negligencia se han fiado de las apariencias, sino que la solución legal (que en el Código francés es similar a la nuestra) importa una especie de pena dictada contra el beneficiario del acto aparente (ver nota 7).

No creemos que el argumento de estos autores añada nada en favor de su tesis, pues no se ve cómo puede penar la ley un acto lícito como es, por lo menos en principio, la simulación. Tampoco nos parecen decisivas las razones derivadas de que los artículos 996 Ver Texto y 1194 Ver Texto no establezcan distinción alguna entre los acreedores anteriores o posteriores al acto simulado. Lo cierto es que la solución que impugnamos importa autorizar la ejecución de bienes que en verdad no pertenecen al deudor; que no hay aquí problema de protección de los derechos de terceros, pues al contratar no se pudo tener en cuenta una apariencia que es posterior al origen del crédito; que la simulación no produjo al acreedor ningún perjuicio. El sentido de los citados artículos del Código Civil nos parece claro: el contradocumento no puede en ningún caso perjudicar a terceros, de tal modo que si éstos hubieran actuado sobre la base del acto ostensible, no podrá oponérseles aquél. El acreedor anterior al acto simulado no puede alegar perjuicio alguno en apoyo de sus pretensiones; en su caso, falta un interés legítimo como fundamento de su acción.

1118/1197

1197.— Una hipótesis que ha ofrecido alguna dificultad es la relativa a si debía considerarse tercero a la masa de acreedores. La Cámara Civil 1ª de la Capital sostuvo en diversos fallos que la masa es sucesora universal y no singular del deudor; en consecuencia, el contradocumento otorgado por éste podía serle opuesto a la masa, en virtud de lo dispuesto por el artículo 996 Ver Texto , Código Civil (ver nota 8).

Esta jurisprudencia suscitó enérgicos comentarios desfavorables (ver nota 9); no sólo es inexacto que la masa sea sucesora universal del deudor (ver nota 10), sino que no se ve qué

razón hay en proteger a los acreedores cuando actúan aisladamente, y no cuando lo hacen, en conjunto. Hay en esto una contradicción irreparable que, en definitiva, el propio Tribunal citado debió reconocer, volviendo sobre su anterior jurisprudencia y declarando que los contradocumentos privados no son oponibles a la masa (ver nota 11).

1118/1198

1198-1199. CONFLICTOS ENTRE TERCEROS.— En los párrafos anteriores hemos tratado los conflictos entre las partes de un acto simulado y un tercero. La solución se hace más compleja cuando aquél se plantea entre terceros con intereses opuestos: mientras unos pretenden la nulidad del acto, otros reclaman el mantenimiento de su validez. Veamos los principales casos.

a) Conflicto entre los acreedores quirografarios del enajenante y los sucesores a título singular del adquirente; esta hipótesis debe resolverse siempre a favor de los últimos, pues ésta es la solución que surge implícitamente del artículo 996 Ver Texto , Código Civil, que protege a los sucesores singulares como una exigencia de la seguridad de las transacciones; además, entre el derecho genérico e indirecto que tienen los acreedores comunes sobre los bienes del deudor y el derecho cierto, concreto y limitado a ese bien que adquirió el sucesor singular, es necesario preferir este último. Bien entendido que esta solución está condicionada a la circunstancia de que los sucesores singulares sean de buena fe y a título oneroso (ver nota 12), tal como resulta de la aplicación del artículo 1501 Ver Texto (modif. por ley 17711 ).

b) Entre los acreedores quirografarios de ambos simulantes. Por las razones expuestas en el número 1196, consideramos que debe darse preferencia a los acreedores del propietario aparente (ver nota 13).

c) Entre los acreedores del enajenante ficto, los del adquirente, y los del sucesor de éste de buena fe. En tal caso, es evidente que deben prevalecer los acreedores del último, puesto que respecto de él, el acto simulado es válido.

d) Entre legitimarios y sucesores a título singular del adquirente aparente. El caso es el siguiente: para burlar las disposiciones relativas a la legítima, una persona hace una donación bajo la apariencia de una venta; el beneficiado, a su vez, vende la propiedad a un tercero. Probada la simulación, ¿puede el legitimario exigir la devolución del bien del tercero de buena fe? La cuestión ha sido objeto de serias dudas porque ambos intereses, los del legitimario y los del tercero de buena fe y a título oneroso, son dignos del mayor respeto. Prevalece hoy el criterio de que debe darse prioridad al interés del legitimario, porque de lo contrario sería muy sencillo burlar la legítima, en cuyo respeto juegan razones

de orden público (ver nota 14) (véase nuestro Tratado de Derecho Civil, Sucesiones, t. 2, n° 998).

(nota 1) C. Civil 2ª Cap., 24/7/1936, J.A., t. 54, p. 854 y L.L., t. 3, p. 504; Juez de Com. Cap., 7/7/1919, G. F., t. 21, p. 83. De acuerdo: CÁMARA, Simulación, ps. 289 y s.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala D, 18/2/1963, L.L., t. 111, p. 395.

(nota 3) C. Civil 2ª Cap., 27/4/1928, J.A., t. 27, p. 569; de acuerdo: CÁMARA, Simulación, p. 332; SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 2562.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala D, 3/7/1952, L.L., t. 67, p. 555; C. Com. Cap., 12/5/1938, L.L., t. 10, p. 717; C. Civil 2ª Córdoba, 2/5/1941, cit. por CÁMARA, Simulación, p. 312, nota 69.

(nota 5) Sup. Corte Buenos Aires, 16/9/1938, L.L., t. 12, p. 275; en sentido concordante: LLAMBÍAS, Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, n° 1837; PESTALOZZA, Enciclopedia Giuridica, voz Simulazione, n° 84.

(nota 6) C. Civil Cap., Sala D, 3/7/1952, L.L., t. 67, p. 555.

(nota 7) PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, ed. La Habana, t. 6, n° 337; en el mismo sentido, pero sin fundamentación atendible, CÁMARA, Simulación, ps. 309 y s.

(nota 8) C. Civil 1ª Cap., 31/7/1934, J.A., t. 47, p. 156; íd., 21/8/1935, J.A., t. 51, p. 567; íd., 30/5/1932, J.A., t. 38, p. 274.

(nota 9) DASSEN, J.A., Naturaleza jurídica de los acreedores quirografarios, Revista Crítica de Jurisprudencia, t. 4, p. 241; íd., Naturaleza jurídica de la masa de acreedores, J.A., 1943-I, p. 528; DÍAZ DE GUIJARRO, Posición jurídica de la masa de acreedores con respecto al concurso civil, J.A., t. 51, p. 567; ACUÑA ANZORENA, Simulación, ps. 529 y s.; CÁMARA, Simulación, ps. 314 y s., n° 98.

(nota 10) Véanse autores citados en nota anterior.

(nota 11) C. Civil. 1ª Cap., 25/11/1942, J.A., 1943-I, p. 528. En el mismo sentido, hay reiterada jurisprudencia de otros tribunales: C. Civil 2ª Cap., 28/9/1918, J.A., t. 2, p. 451; C. Com. Cap., 12/9/1918, J.A., t. 2, p. 485; íd., 20/5/1918, J.A., t. 2, p. 277. En la doctrina, la opinión es unánime.

(nota 12) De acuerdo: LLAMBÍAS, Parte General, t. 2, nº 1838.

(nota 13) De acuerdo: LLAMBÍAS, Parte General, t. 2, nº 1840; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 3ª ed., t. 2, nº 607. En contra: CÁMARA, Simulación, p. 347.

(nota 14) Modificamos así la opinión vertida en nuestras primeras ediciones (inclusive la 10ª). De acuerdo en que debe priorizarse al legitimario: GUASTAVINO, La protección a terceros adquirentes, J.A., Doctrina 1973, p. 111, nº 23; DEL CARRIL, Nulidad, E.D., t. 61, p. 1010, nº 43; CÁMARA, Simulación, p. 354.

1118/10950

## VI. FRAUDE (ver nota 1)

1118/1200

1200. CONCEPTO.— Los acreedores —y particularmente los comunes o quirografarios— tienen ligada la suerte de sus créditos al estado de la fortuna del deudor. Todo egreso de bienes supone una disminución de la garantía común; pero mientras se trate de actos normales de administración o disposición, ellos deben soportar sus consecuencias y carecen de remedio legal para impugnarlos. Sólo cuando el acto está encaminado a defraudarlos, la ley acude en su defensa. Ocurre a veces que un deudor que está a punto de caer en insolvencia o que se encuentra ya en este estado, enajena alguno de sus bienes para sustraerlo a la acción de sus acreedores; el dinero o los valores mobiliarios que recibe en cambio escapan fácilmente al embargo. En tal caso, la ley reconoce a los acreedores la acción revocatoria o pauliana, (así llamada en homenaje al pretor PAULUS, que la introdujo por primera vez), la cual les permite hacer ejecución del bien cuya propiedad se había transferido.

Aunque la hipótesis típica del fraude pauliano es la venta, son muchos los actos que implican una lesión de los derechos de los acreedores y dan lugar a esta acción (véase núms. 1214 y sigs.).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: LLAMBÍAS, t. 2, n° 1844 y s.; SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 2422 y s.; LAFAILLE, Tratado de las obligaciones, Ediar, t. 1, n° 104 y s.; PARRY, A., Tutela del crédito en la quiebra y en el concurso civil; acciones revocatoria y pauliana en la quiebra, Buenos Aires, 1945; SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, Acción revocatoria, Buenos Aires, 1954; CIFUENTES, Negocio jurídico, § 281 y s.; RETORTILLO, C., La lucha contra el fraude civil, Barcelona, 1943; VIDAL, Théorie générale de la fraude en droit française, París, 1957; GROUBER, A., De l'ction paulienne en droit civil français contemporain, París, 1913; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, ed. La Habana, t. 7, ps. 235 y s., n° 926 y s.; JOSSERAND, Derecho Civil, ed. Buenos Aires, t. 2, vol. 1, ps. 545 y s., n° 675 y s.; BAÏCOIANU, A., L'action paulienne en droit civil comparé, París, 1922; CHARDON, M., Traité du dol et de la fraude, París, 1938; AULETTA, G., La revocatoria civile e fallimentare, Milano, 1939; SOLAZZI, S., La revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano, 3ª ed., Napoli, 1945; AMERICANO, J., De açao pauliana, São Paulo, 1923; BIGELOW, M. A., A treatise on the law of fraude on its civil side, Boston, 1890.

1118/10960

§ 1.— Acción pauliana: condiciones para su procedencia (ver nota 1)

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la citada en nota anterior, véase: COUTURE, E., La acción revocatoria de la cosa juzgada fraudulenta, L.L., t. 16, sec. doct., p. 104; DÍAZ DE GUIJARRO, E., La acción pauliana cuando la cosa ha pasado a un adquirente de buena fe, J.A., t. 68, p. 417; ACUÑA ANZORENA, A., Naturaleza de la acción pauliana, L.L., t. 18, p. 670.

1118/1201

1201. CONDICIONES GENERALES.— En el artículo 962 Ver Texto , Código Civil, se establecen las condiciones generales para la procedencia de la acción pauliana:

1118/1202

1202.— a) En primer término, es necesario que el deudor se halle en estado de insolvencia. De lo contrario, el actor no podría alegar perjuicio, pues los bienes de aquél alcanzarían para satisfacer el pago de sus obligaciones.

La insolvencia debe existir en el momento de la iniciación de la demanda (ver nota 1). Puede ocurrir, en efecto, que el acto impugnado haya provocado la insolvencia del deudor, pero si más tarde éste, por operaciones afortunadas, ha logrado hacer ingresar a su patrimonio nuevos bienes que restablecen un saldo favorable de su haber respecto al débito, los acreedores carecerían de interés en la acción (ver nota 2).

Pero si el deudor ejecuta una serie de actos con la intención de frustrar a sus acreedores, el juez puede anularlos a todos, aunque el primero no haya producido la insolvencia (ver nota 3).

El estado de insolvencia se presume desde que el deudor se encuentra fallido (art. 962 Ver Texto , inc. 1º, in fine). Por fallido debe entenderse tanto la quiebra comercial como el concurso civil. No es indispensable que se haya declarado la quiebra; basta que el deudor haya pedido el concurso de acreedores, desde que ello demuestra que no tiene bienes para afrontar la totalidad de sus deudas; pero no basta la existencia de documentos protestados (ver nota 4), o de inhibiciones (ver nota 5) o la cesación de pagos (ver nota 6); la prueba de la insolvencia, debe consistir en demostrar que el activo no alcanza a cubrir el pasivo.

(nota 1) C. Civil 1ª Cap., 6/7/1936, L.L., t. 3, p. 218; íd., 17/7/1939, L.L., t. 15, p. 511; C. Civil 2ª Cap., 18/12/1940, L.L., t. 21, p. 223, y J.A., t. 73, p. 53; C. Com. Cap., 27/12/1937, L.L., t. 9, p. 245; SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, Acción revocatoria, nº 11.

(nota 2) De acuerdo: SALVAT, Parte General, 6ª ed., t. 2, nº 2439.

(nota 3) C. Civil 1ª Cap., 7/12/1931, J.A., t. 37, p. 196.

(nota 4) C. Civil 2ª Cap., 5/11/1934, J.A., t. 48, p. 522; C. Com. Cap., 27/2/1919, J.A., t. 3, p. 68; C. Apel. San Nicolás, 2/4/1935, J.A., t. 50, p. 675.

(nota 5) C. Civil 2ª La Plata, 27/11/1923, J.A., t. 11, p. 1173.

(nota 6) C. Civil 2ª Cap., 18/12/1940, J.A., t. 73, p. 53.

1203.— b) En segundo lugar, es necesario que el perjuicio de los acreedores resulte del acto mismo del deudor, o que antes ya se hallase insolvente (art. 962 Ver Texto , inc. 2º); en otras palabras, que el acto hubiere provocado o agravado la insolvencia del deudor.

1118/1204

1204.— c) Finalmente, el crédito en virtud del cual se intenta la acción, debe ser de fecha anterior al acto impugnado (art. 962 Ver Texto , inc. 3º). La razón que inspira este requisito es que los acreedores cuyo crédito tiene un origen posterior al acto del deudor, no podrían invocar fraude en su perjuicio; cuando ellos llegaron a constituirse en acreedores, sea por contrato, sea por disposición de la ley, los bienes habían ya salido del patrimonio del deudor y mal podrían sostener que el acto estaba encaminado a perjudicarlos.

1118/1205

1205.— Pero este requisito, acertado como regla general, no es de aplicación al caso de que el acto impugnado, aunque posterior al origen del crédito, haya sido realizado en previsión de la obligación que nacería más tarde. El propio Código, en el artículo 963 Ver Texto , exceptúa de la condición del inciso 3º, del artículo anterior, al caso de las enajenaciones hechas por el que ha cometido un crimen, aunque consumadas antes del delito, si fuesen ejecutadas para salvar la responsabilidad del acto, las cuales pueden ser revocadas por los que tengan derecho a ser indemnizados de los daños y perjuicios que les irroque el crimen. Ejemplo: una persona, movida por sentimientos de venganza, se propone matar a otra; pero antes de consumar el crimen, y en previsión de que será obligado a pagar los daños y perjuicios, vende sus bienes y oculta el dinero. Realizado el hecho, la víctima o sus herederos, si aquélla ha fallecido, tienen abierta la acción pauliana, siempre, claro está, que se cumplan las restantes exigencias legales.

Algún autor ha sostenido que sólo en el caso expresamente legislado en el artículo 963 Ver Texto podría dejarse sin efecto la exigencia relativa a la fecha del crédito (ver nota 1); pero esta opinión es, en verdad, insostenible. Siempre que la previsión fraudulenta sea evidente, siempre que resulte patente que los actos se han realizado en vista de las obligaciones que más tarde contraería el deudor, es necesario reconocer a los acreedores la acción pauliana, pues lo contrario significaría proteger la conducta dolosa del deudor. Esta es la solución definitivamente predominante en nuestro derecho (ver nota 2) y en el extranjero (ver nota 3). En el Proyecto de Reformas de 1936 se la adopta expresamente (art. 588, inc. 3º, in fine).

1118/1206

1206.— Tampoco se aplica la exigencia relativa a la fecha del crédito, cuando se trata de reconocimientos de deudas posteriores al acto impugnado, pero cuyo origen es anterior a éste (ver nota 4). Ejemplo: una persona embiste y hiere gravemente a otra con su automóvil; posteriormente enajena sus bienes y luego suscribe un documento con la víctima reconociendo adeudarle tantos pesos en concepto de daños y perjuicios.

Si luego no le pagara a la víctima la suma prometida, ésta podría impugnar la enajenación, porque aunque el título que exhibe para su reclamo (el reconocimiento de la deuda) es posterior al acto impugnado (la enajenación), el origen de la deuda es anterior.

En el mismo caso están los acreedores que con posterioridad al acto que se impugna, se han subrogado en los derechos de un acreedor anterior a aquél (ver nota 5), puesto que el subrogado ocupa igual posición jurídica que el acreedor originario y goza de todos sus derechos (arts. 767 Ver Texto , 771 Ver Texto y 1458 Ver Texto , Cód. Civ.).

1118/1207

1207.— Se discute si es necesaria la fecha cierta en caso de que el crédito de quien intenta la acción pauliana surgiera de un instrumento privado. En nuestra doctrina, la opinión es unánime en sentido negativo (ver nota 6). El fundamento es muy sólido. La razón de ser de la fecha cierta es el peligro de la antidata; ahora bien, estando el deudor interesado en mantener la validez del acto que se impugna, no se ve cómo podría antidatar el documento facilitando así la revocación. Se ha contestado que ello es perfectamente posible en el caso de que se trate de un acto a título gratuito que el autor de la liberalidad quiera dejar sin efecto; para tal caso, simula deudas hacia un tercero, antidatándolas, y éste se presenta pidiendo la revocación del acto; ello demostraría la necesidad de aplicar la regla de la fecha cierta (ver nota 7). Pero esta hipótesis es poco verosímil; en cambio, la exigencia de la fecha cierta permitiría mantener la validez de actos fraudulentos, sólo porque el instrumento privado carece de aquella formalidad. Además, cabe recordar que en aquella hipótesis, sólo se trataría de dejar sin efecto un beneficio, lo que siempre es menos grave que convalidar un fraude.

(nota 1) SALVAT, Parte General, 6ª ed., p. 1007, nº 2447.

(nota 2) De acuerdo: Juez de 1ª Inst. Cap., 31/12/1949, “López Olivan, B, c/Claisse, A.”, consentida en este punto (inédito); AMBROSIO, A., Teoría unitaria del fraude en los actos

jurídicos, nota en J.A., t. 54, p. 476; LAFAILLE, Obligaciones, ed. Ediar, t. 1, n° 122; MACHADO, t. 3, ps. 192 y s.

(nota 3) En la doctrina y jurisprudencia extranjeras esta solución, prácticamente unánime, se ve facilitada por la ausencia de un texto expreso como el de nuestro art. 962 Ver Texto , inc. 3°; como excepción, coincidente con nuestro Código, puede señalarse al Código Civil brasileño (art. 106), aunque la doctrina ha señalado que esta disposición no excluye el ejercicio de la actio doli (Americano, Da acção pauliana, p. 78). En Italia, la impugnabilidad de la previsión pauliana fue penetrando vigorosamente en la doctrina y la jurisprudencia (véase sobre todo BREZZO, La revoca degli atti fraudolenti, n° 19 y s.; RICCI, Trattato, t. 6, n° 235), hasta ser incorporada expresamente en el nuevo Código (art. 2901, incs. 1° y 2°). En Francia, no hay divergencias sobre este punto; la doctrina y la jurisprudencia son unánimes (véase GROUBER, L'action paulienne, n° 38; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, ed. La Habana, t. 7, n° 956 y nota 3; BAÏCOIANU, L'action paulienne, p. 33). Lo mismo se admite en el derecho suizo (art. 288, ley federal sobre la persecución de deudas y quiebras) y en el derecho angloamericano (MELVILLE BIGELOW, A treatise on the law of fraud on its civil side, ps. 89 y s.). Sobre si éste era, un requisito exigido en el derecho romano, véase AMBROSIO, loc. cit. en nota anterior, y particularmente SOLAZZI, La revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano, ps. 3, y s.

(nota 4) De acuerdo: SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 2443; LAFAILLE, Obligaciones, ed. Ediar, t. 1, p. 126, n° 121.

(nota 5) De acuerdo autores citados en nota anterior.

(nota 6) LLAMBÍAS, Derecho Civil, Parte General, t. 2, n° 1851; SALVAT, Parte General, 6ª ed., p. 1005, n° 2444; MACHADO, t. 3, p. 192; SEGOVIA, t. 1. p. 257, nota 15; ZANNONI, Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos, p. 427; LAFAILLE incurre en una gruesa contradicción: en el n° 121 está de acuerdo con este punto de vista; pero en la p. 133, n° 130, sostiene la opinión contraria (Obligaciones, ed. Ediar, t. 1).

(nota 7) Esta es la opinión predominante en la moderna doctrina francesa: PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, ed. La Habana, t. 7, n° 957; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, 10ª ed., n° 448; JOSSERAND, ed. Buenos Aires, t. 2, vol. 1. n° 696; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Obligations, t. n° 691. En contra (y por lo tanto de conformidad con nuestra opinión): AUBRY y RAU, t. 4, § 313, texto y nota 15; GROUBER, L'action paulienne, ps. 105 y s., n° 56. La jurisprudencia se inclina decididamente en este último sentido (véase la citada por GROUBER, loc. cit. nota 4, y por PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, loc. cit. nota. 2).

1118/1208

1208. CASO DE ACTOS ONEROSOS.— Los requisitos estudiados en el párrafo precedente no son suficientes para revocar los actos onerosos. En este caso es necesario, además, que el tercero sea cómplice en el fraude (art. 968 Ver Texto , Cód. Civ.). La complicidad se presume si el tercero conocía la insolvencia del deudor (art. 969 Ver Texto , Cód. Civ.).

Esta disposición se explica por sí sola; la connivencia del tercero, como requisito para hacer lugar a la revocación de actos onerosos, es una exigencia inevitable de la seguridad de las transacciones; si bastara la sola mala fe del enajenante, nadie podría estar seguro de los derechos que adquiere, por más que haya pagado por ellos su justo precio y haya actuado de perfecta buena fe.

El artículo 968 Ver Texto exige para la procedencia de la acción pauliana, que el deudor tenga ánimo de defraudar; esa intención se presume por su estado de insolvencia (art. 969 Ver Texto ). En la práctica, este requisito se encuentra ya incluido en la condición general establecida en el artículo 962 Ver Texto , inciso 1°. Lo que en realidad interesa, una vez probado que el acto provocó o agravó la insolvencia, no es si el deudor tenía o no el ánimo de defraudar, sino que lo tenía el tercero. Demostrado este extremo, la acción procede, porque el consilium fraudis del tercero supone necesariamente el del deudor.

1118/1209

1209.— El conocimiento por parte del tercero del estado de insolvencia del deudor, hace presumir su complicidad (art. 969 Ver Texto , Cód. Civ.). No basta, sin embargo, que aquél tenga conocimiento de la existencia de pagarés protestados (ver nota 1); o de inhibiciones (ver nota 2); o de dificultades financieras y déficits propios de una situación de crisis económica (ver nota 3); es menester que sepa que su activo no alcanza a cubrir el pasivo, o que se encuentra en estado de quiebra o concurso (art. 962 Ver Texto , inc. 1°).

La presunción establecida en el artículo 969 Ver Texto , Código Civil, admite prueba en contrario; es decir, que aunque se demostrase que el tercero conocía la insolvencia del deudor, aquél podría acreditar su buena fe y la falta de propósito de defraudar a los acreedores; tal es el caso del pago de una deuda vencida (véase núm. 1215) o del préstamo otorgado al deudor, que aumenta su pasivo, pero que se ha celebrado para salvar dificultades y atender obligaciones apremiantes (ver nota 4). Estos casos son, sin embargo, raros.

1118/1210

1210.— En la práctica, la complicidad del tercero resulta muy difícil de probar; de ahí que sean poco frecuentes los casos de jurisprudencia en que se haga lugar a la acción pauliana. Pero no por ello es menos importante en la vida del derecho, ya que desempeña, sobre todo, un papel preventivo; ante el temor de una eventual revocación, los terceros suelen abstenerse de realizar actos fraudulentos (ver nota 5).

1118/1211

1211. CASO DE ACTOS GRATUITOS.— En esta hipótesis, la situación es distinta. La revocación del acto no supone ya la pérdida de un derecho adquirido a cambio de una protección equivalente, sino simplemente la extinción de un beneficio. Es lógico, pues, que no sea la ley tan severa como en el caso anterior; para que proceda la acción bastan las condiciones generales del artículo 962 Ver Texto , sin que sea necesaria la complicidad del tercero adquirente. Y aunque éste probase su buena fe y que ignoraba la insolvencia del deudor, el acto debe ser revocado (art. 968 Ver Texto , Cód. Civ.).

La determinación de si el acto es oneroso o gratuito supone muchas veces dificultades que suelen no ser simples y cuya solución queda librada al arbitrio judicial.

(nota 1) Véase jurisprudencia citada en nota 1937.

(nota 2) Véase jurisprudencia citada en nota 1938.

(nota 3) C. Civil 2ª Cap., 18/12/1940, J.A., t. 73, p. 53.

(nota 4) C. Com. Cap., 12/4/1932, J.A., t. 37, p. 1468.

(nota 5) PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 3ª ed., t. 2, p. 478, nº 1415.

1118/1212

1212. ACCIÓN DIRIGIDA CONTRA UN SUBADQUIRENTE.— Puede ocurrir que el adquirente de un derecho en virtud de un acto sujeto a la acción revocatoria lo haya transmitido, a su vez, a un tercero.

Para que proceda la acción contra el subadquirente es necesario, ante todo, que proceda contra el primer adquirente; si la segunda transmisión fuera a título gratuito, bastaría con aquel requisito para que procediese la revocación; pero si fuera a título oneroso, será necesario, además, que el subadquirente sea cómplice en el fraude (art. 970 Ver Texto , Cód. Civ.).

Lo que significa que se aplican al tercer adquirente los mismos principios generales establecidos en los artículos 962 Ver Texto , 967 Ver Texto y 968, Código Civil.

1118/1213

1213. QUIÉNES PUEDEN INTENTARLA.— El artículo 961 Ver Texto expresa que todo acreedor quirografario puede intentar la acción revocatoria. Haciendo aplicación del argumento a contrario sensu, se ha sostenido que sólo los acreedores comunes tienen a su disposición la acción pauliana, no así los privilegiados ni los hipotecarios o prendarios, salvo por los saldos personales (ver nota 1). Pensamos que esta interpretación es insostenible (ver nota 2). No se ve, en efecto, por qué razón precisamente los acreedores que tienen una preferencia legal han de ser excluidos de este remedio, sobre todo si su privilegio no es suficiente para cobrar el total de la obligación porque han desaparecido los bienes del deudor a causa del acto fraudulento. En algún fallo se ha reconocido a los acreedores hipotecarios el derecho a pedir la revocación de un contrato de locación que disminuía considerablemente el precio del inmueble (ver nota 3); es una interesante aplicación de la teoría que reconoce la acción pauliana a los acreedores hipotecarios.

No interesa que se trate de un crédito exigible o todavía pendiente de plazo. En el Proyecto de 1936, la acción se otorga a todos, sean comunes o privilegiados (art. 587).

Puede ser intentada individualmente por cada uno de los acreedores, o bien colectivamente, en caso de concurso o quiebra, por intermedio del síndico.

Sobre el problema de si la acción puede ser intentada por los acreedores bajo condición suspensiva, véase número 1080.

1118/11380

1213 bis.— También puede ser intentada por la mujer contra los actos de su marido (arts. 1297 Ver Texto y 1298, Cód. Civ.) lo que hoy debe interpretarse por un cónyuge contra el otro, dado que ambos se encuentran en un pie de igualdad en lo atinente a la administración y disposición de sus bienes. En este caso, la acción ofrece peculiaridades para cuyo estudio remitimos al Tratado de Derecho Civil, Familia, t. 1, números 407 y siguientes.

(nota 1) C. Civil 2ª Cap., 26/12/1923, J.A., t. 11, p. 1314; SALVAT, Parte General 6ª ed., nº 2470, con una salvedad final que desvirtúa parcialmente su tesis.

(nota 2) De acuerdo: LLAMBÍAS, Parte General, t. 2, nº 1855; LAFAILLE, Obligaciones, ed. Ediar, t. 1, p. 132, nº 127; LÓPEZ OLACIREGUI, en SALVAT, t. 2, nº 2470-A.

(nota 3) C. Civil 1ª Cap., 1/8/1924, J.A., t. 13, p. 700.

1118/1214

1214. ACTOS SUSCEPTIBLES DE SER REVOCADOS (ver nota 1).— En principio, todos los actos que signifiquen un perjuicio para los acreedores pueden ser revocados, sin que quepa formular ninguna distinción entre aquellos que producen un empobrecimiento del deudor y los que impiden un enriquecimiento (art. 964 Ver Texto , Cód. Civ.).

En el derecho romano, en cambio, sólo se admitía la revocación de los actos que hubieran empobrecido al deudor, criterio ya superado en las legislaciones modernas. Lo que tiene verdadera relevancia jurídica es el perjuicio de los acreedores; la distinción entre actos que han ocasionado un empobrecimiento o evitado un enriquecimiento, muchas veces sutil y difícil de formular, no tiene, en verdad, importancia. En esta materia es muy ilustrativo lo que ha ocurrido en el derecho francés; tanto la doctrina como la jurisprudencia mantienen el principio del derecho romano de que sólo los actos que importen un empobrecimiento pueden ser revocados; pero, en la práctica, los tribunales han extendido tanto aquel concepto que solamente el rechazo de la oferta de una donación queda excluido de la acción pauliana, pues se ha considerado que cualquier otra renuncia importa un empobrecimiento (ver nota 2).

El principio general de que todos los actos que ocasionen un perjuicio a los acreedores son susceptibles de revocación no es, sin embargo, absoluto. Un ejemplo típico e indiscutido es

la renuncia de derechos personalísimos, tal como el de pedir la revocación de una donación por una causa de ingratitud del donatario, acto que no está sujeto a la acción pauliana (ver nota 3) (arts. 1864 Ver Texto y 1852 Ver Texto ). Existen también otras hipótesis que han dado lugar a dificultades. Veamos las más importantes.

1118/1215

1215. a) Pago.— Según el artículo 737 Ver Texto , Código Civil, el pago hecho por el deudor insolvente en fraude de otros acreedores, es de ningún valor. Pero esta norma se refiere únicamente a los pagos hechos en condiciones anormales; si, por el contrario, se trata del pago de una obligación vencida, ese acto es firme aunque el acreedor hubiera conocido el estado de insolvencia del deudor y la existencia de otras deudas vencidas e impagas. Al recibir el pago de lo que se debe, no hace sino ejercer regularmente su derecho; falta en él, ánimo de defraudar que es requisito de la acción pauliana (ver nota 4). Pero si se pagara una deuda de plazo no vencido, o bajo condición no cumplida, existiendo otros acreedores cuyo crédito es exigible, la acción es procedente (nota al art. 961 Ver Texto , Cód. Civ.). De igual modo es impugnabile la dación en pago, cuando el valor de la cosa entregada en pago sea sensiblemente mayor que la deuda (nota al art. 961 Ver Texto ); pero si se tratare de una deuda vencida y el precio fuere justo, la dación en pago es irrevocable (ver nota 5).

1118/1216

1216. b) Obligaciones naturales; renuncia a la prescripción.— A primera vista, el pago de una obligación natural parecería escapar a la acción pauliana, pues se trata del cumplimiento de un deber moral, y como tal importa una conducta plausible. Pero si bien se mira el problema, lo cierto es que el deudor insolvente que paga lo que no estaba obligado a pagar en derecho, está haciéndolo en perjuicio de otros acreedores. En definitiva, no será él, sino sus acreedores los que soporten el peso del pago. Tal conducta deja ya de ser valiosa del punto de vista moral. La hipótesis más importante y frecuente es el pago de una deuda prescripta o la renuncia a la prescripción ya operada; nuestro Código autoriza expresamente a los acreedores a oponer la prescripción no obstante la renuncia expresa o tácita del titular del derecho (art. 3963 Ver Texto ); y de una manera general dispone en el artículo 964 Ver Texto que la acción pauliana puede dirigirse contra la renuncia de facultades que hubieran mejorado el estado de fortuna del deudor. No cabe duda que quien paga una obligación natural renuncia a la facultad legal de no pagarla; su acto es por tanto revocable (ver nota 6).

1118/1217

1217. c) Constitución de garantía.— La constitución de garantías (hipoteca, prenda) en favor de obligaciones no vencidas, es impugnabile (ver nota 7); no así cuando se trate de obligaciones vencidas, pues si en esta hipótesis se puede recibir el pago, con tanta mayor razón puede aceptarse la constitución de una garantía real (ver nota 8).

1118/1218

1218. d) Renuncia y aceptación de una herencia.— La aceptación de una sucesión supone muchas veces para el heredero cargas serias, obligación de administrar bienes, etcétera. ¿Pueden los acreedores pedir la revocación de una renuncia a la herencia en tales condiciones? Entendemos que si las deudas son muy cuantiosas, el saldo positivo problemático y la tarea de administración muy pesada, podría la renuncia escapar a la acción pauliana. Pero sólo en casos muy excepcionales puede el juez llegar a esa solución; en principio, la renuncia a una herencia es un acto típicamente sometido a la acción revocatoria (ver nota 9) (art. 3351 Ver Texto ). Con mayor razón lo está la renuncia a un legado.

La aceptación de una herencia cuyas cargas exceden los bienes, puede ser revocada a pedido de los acreedores (ver nota 10), pero es necesario probar la connivencia fraudulenta entre el heredero y los acreedores (art. 3340 Ver Texto ), lo cual torna ilusoria la acción, según lo demostramos en otro lugar (Tratado de Derecho Civil, Sucesiones, t. 1, núm. 258).

1118/1218

1218. bis. e) Partición de herencia.— Puede impugnarse por la acción pauliana, si se demuestra que ha sido hecha en forma de perjudicar a los acreedores de alguno de los herederos (ver nota 11).

1118/1219

1219. f) Obligaciones nuevas.— Las nuevas obligaciones contraídas por un insolvente perjudican a veces a los acreedores anteriores, desde que el nuevo acreedor tendrá derecho a una prorrata sobre los bienes. Empero, estos actos no pueden ser atacados porque suponen un ingreso de bienes; es claro que si se probara que la nueva obligación es simulada y destinada a sustraer una porción del activo de la acción de los acreedores, el acto es impugnabile por vía de la acción de simulación.

Más difícil es la hipótesis de que se haya contraído una nueva deuda, garantizando con hipoteca o prenda la operación. Aun así debe reputarse, en principio, válida, sobre todo si se celebró para salvar dificultades y atender obligaciones apremiantes (ver nota 12).

1118/1220

1220. g) Renuncia a la indemnización de daños.— La renuncia a la indemnización de los daños y perjuicios sufridos con motivo de un hecho ilícito es impugnabile por medio de la acción pauliana, dado que el perjuicio de los acreedores es evidente. Debe exceptuarse, sin embargo, el caso del daño moral. Se trata de un derecho personalísimo, y de un daño que sólo es apreciable por la víctima; y si ésta considera que no ha sufrido ningún agravio moral, mal pueden los acreedores interferir en esa situación (ver nota 13).

1118/1221

1221. h) Renuncia al usufructo paterno, tutela y curatela.— La opinión predominante es que se trata de un derecho personalísimo, cuya renuncia no puede ser impugnada por los acreedores, tanto más cuanto que el usufructo debe destinarse principalmente al mantenimiento, alimentación y educación del menor, y no parece lógico que los acreedores puedan beneficiarse de él (ver nota 14). Sin embargo, si se tratara de la disposición de bienes adquiridos con el producido del usufructo, la acción pauliana es procedente (ver nota 15).

Distinta es la renuncia a la décima del tutor o curador, porque en este caso se trata de una retribución de tareas, que no está afectada a la educación o mantenimiento del incapaz. Empero, la renuncia a ejercer una tutela o curatela no podría ser impugnada, porque se trata del ejercicio de derechos de familia, en los que el aspecto patrimonial es secundario.

1118/1222

1222. i) Actos procesales y sentencias.— También los actos procesales y las sentencias pueden ser atacados por medio de la acción pauliana, cuando se probare la colusión fraudulenta entre actor y demandado para perjudicar a los acreedores (ver nota 16).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Sobre este punto, véase especialmente PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, ed. La Habana, t. 7, ps. 250, y s., n° 939, y s.; RETORTILLO, La lucha contra el fraude civil, ps. 47 y s.

(nota 2) PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, ed. La Habana, t. 7, p. 250, n° 940.

(nota 3) La doctrina es unánime sobre este punto.

(nota 4) Véase: ZANNONI, Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos, p. 432; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, ed. La Habana, t. 7, n° 948; JOSSERAND, ed. Buenos Aires, t. 1, vol. 2, n° 684; RETORTILLO, La lucha contra el fraude, ps. 56 y s.

(nota 5) PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, ed. La Habana, t. 7, n° 949; véase, además, CURCI, P., Dación en pago y acción pauliana, L.L., t. 18, sec. juris. ext., p. 7.

(nota 6) La jurisprudencia y la doctrina son unánimes en este sentido: véase C. Civil 1ª Cap., 11/3/1942, J.A., 1942-II, p. 860; REZZÓNICO, Obligaciones, p. 175; LLERENA, t. 3, nota al art. 964; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 7, n° 941; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Obligations, t. 1, n° 694; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 2, n° 447; GEORGI, cit. por RETORTILLO, La lucha contra el fraude, p. 57. En contra: GANGI, Obligazioni, p. 123. Al adoptar esta opinión, rectificamos luego de un nuevo estudio, la que sostuviéramos en nuestras primera y segunda ediciones.

(nota 7) Algunos tribunales franceses han resuelto que estos actos no son impugnables, fundados en que el acreedor que ve en peligro el pago de su crédito por la insolvencia del deudor y solicita a éste una garantía real, no hace sino cuidar legítimamente de sus derechos (véase jurisprudencia citada por PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, ed. La Habana, t. 7, p. 259, nota 1); pero la solución preconizada en el texto tiene acogida más general (op. y loc. cit. nota 2).

(nota 8) De acuerdo: C. Com. Cap., 15/11/1918, J.A., t. 2, p. 796.

(nota 9) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Successions, t. 2, n° 1680; AUBRY y RAU, t. IV, p. 384, nota 20.

(nota 10) Véase RETORTILLO, La lucha contra el fraude, ps. 62 y s.

(nota 11) C. Civil 1ª Cap., 3/3/1936, L.L., t. 2, p. 466; Sup. Trib. Santa Fe, 12/9/1939, L.L., t. 16, p. 414; C. Apel. Azul, 26/12/1950, L.L., t. 63, p. 690.

(nota 12) C. Com. Cap., 15/11/1918, J.A., t. 2, p. 796; íd., 12/4/1932, J.A., t. 37, p. 1468.

(nota 13) De acuerdo: RETORTILLO, La lucha contra el fraude, p. 51.

(nota 14) BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Obligations, t. 11, ps. 719 y s., n° 698; RETORTILLO, La lucha contra el fraude, p. 53; en contra: AUBRY y RAU, 4ª ed., t. 4, p. 131 y nota 5; DEMOLOMBE, t. 4, n° 594.

(nota 15) BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, op. y loc. cit. en nota anterior.

(nota 16) De acuerdo: Sup. Trib. Santa Fe, 26/3/1946, J.A., 1946-II, p. 430; COUTURE, E. J., La acción revocatoria de la cosa juzgada fraudulenta, L.L., t. 16, sec. doct. p. 104; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, ed. La Habana, t. 7, n° 944; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Obligations, t. 1, n° 693.

1118/1223

1223. PRUEBA.— El acreedor que intenta la acción revocatoria no tiene que probar la complicidad del tercero ni su ánimo de defraudar; le basta demostrar que éste conocía la insolvencia del deudor, puesto que, en tal caso, la ley presume el fraude (art. 969 Ver Texto , Cód. Civ.) (ver nota 1). No existe limitación alguna en lo que se refiere a los medios de prueba.

(nota 1) C. Civil 1ª Cap., 7/12/1931, J.A., t. 37, p. 197; C. Civil 2ª Cap., 5/9/1923, J.A., t. 11, p. 558.

1118/10970

§ 2.— Efectos de la acción pauliana

1118/1224

1224. INOPONIBILIDAD DEL ACTO.— El acto realizado en fraude de los acreedores debe dejarse sin efecto en la medida del perjuicio que se les ha ocasionado. La revocación no importa, en rigor, una nulidad; simplemente, el acto impugnado es inoponible (ver nota

1) a los acreedores. De ahí que la ley limite los efectos de la acción al importe del crédito del que la hubiere intentado (art. 965 Ver Texto , Cód. Civ.); pero una vez satisfechas las deudas, mantiene sus efectos entre las partes que lo han celebrado. De tal modo, si se tratara de un acto que por su propia naturaleza es susceptible de anulación parcial, como sería la donación de una suma de dinero, la revocación se referirá a aquella porción necesaria para pagar el crédito. Si no fuera posible la anulación parcial (como en el caso de venta de un inmueble), y revocado el acto, ejecutado el bien y pagados todos los créditos, quedara todavía algún sobrante, éste pertenecerá al que adquirió aquél mediante el acto fraudulento.

El efecto de la acción pauliana no es, por consiguiente, hacer reingresar el bien al patrimonio del deudor, sino dejar expedita la vía para que los acreedores puedan cobrarse sus créditos.

De estos principios generales, que presiden la acción revocatoria, se desprenden los efectos que hemos de estudiar en los números siguientes.

1118/1225

1225. EFECTOS ENTRE EL ACREEDOR DEMANDANTE Y EL ADQUIRENTE.— El que adquirió el bien por acto revocado, debe restituirlo para que los acreedores demandantes puedan cobrarse sus créditos. Pero es necesario distinguir entre los terceros de buena y de mala fe.

1118/1226

1226. a) Terceros de buena fe.— Esta hipótesis sólo puede darse en los actos a título gratuito, puesto que en los onerosos la acción es improcedente contra el adquirente de buena fe. La obligación de los adquirentes de buena fe por título gratuito se limita a la restitución del bien; como poseedores de buena fe no están obligados a restituir los frutos (art. 2423 Ver Texto , Cód. Civ.) ni responden por la destrucción parcial o total de la cosa, ni por los deterioros de ella, aunque fuesen causados por hechos suyos (art. 2431 Ver Texto ); y tienen derecho a que se les paguen los gastos necesarios o útiles que hubieran realizado en provecho de la cosa (art. 2427 Ver Texto , Cód. Civ.).

1118/1227

1227. b) Terceros de mala fe.— Por el contrario, el tercero que ha sido cómplice en el fraude está obligado a devolver la cosa con todos sus frutos, como poseedor de mala fe (art.

971 Ver Texto , Cód. Civ.). Si, a su vez, la hubiera enajenado a un adquirente de buena fe, o si la cosa se hubiera perdido, deberá indemnizar a los acreedores por los daños y perjuicios sufridos (art. 972 Ver Texto ).

1118/1228

1228. RELACIONES ENTRE EL DEUDOR Y EL ADQUIRENTE.— Entre el deudor y el adquirente, el acto revocado mantiene su validez. De ahí las siguientes consecuencias: 1) si cobrados los acreedores quedara un remanente, éste pertenece al adquirente y no al deudor; 2) el adquirente despojado total o parcialmente del bien tiene derecho a que el deudor le repare el daño; esta solución no ofrece, desde luego, ninguna dificultad en el caso de que la adquisición de los derechos o los bienes hubiera sido a título oneroso; pero cabe preguntarse si es también aplicable a las adquisiciones a título gratuito. La mayor parte de los autores sostienen que, como el donante no responde por evicción (art. 2090 Ver Texto , Cód. Civ.), el que ha recibido la liberalidad carecería de todo derecho a reclamar la indemnización (ver nota 2). Esta tesis tiene en nuestro derecho el fuerte apoyo del artículo 3352 Ver Texto , que se refiere a la revocación de la renuncia a la herencia. Otros autores, por el contrario, sostienen que la reparación procede tanto en los actos gratuitos como en los onerosos, pues en ambos el adquirente sufre un perjuicio (ver nota 3). Por nuestra parte, juzgamos que la primera solución es la equitativa. Por lo demás, esta cuestión carece casi siempre de toda importancia práctica, pues la acción de indemnización debe dirigirse contra el deudor, que se supone insolvente (pues de lo contrario no procedería la acción pauliana) y carece, por tanto, de responsabilidad. Sólo tiene interés la cuestión en la hipótesis de que el deudor insolvente hubiera adquirido bienes con posterioridad o que el adquirente probara que el deudor sólo aparentemente era insolvente, pues había ocultado bienes de cuya existencia sólo se tuvo conocimiento tiempo después.

1118/1229

1229. RELACIONES ENTRE LOS DISTINTOS ACREEDORES.— La acción pauliana entablada por un acreedor no beneficia a los demás, sino solamente al que le ha intentado (art. 965 Ver Texto , Cód. Civ.).

Esta solución se explica porque, según se ha visto, la revocación de un acto no tiene por efecto la reintegración de los bienes al patrimonio del deudor que los había enajenado, sino que se limita a dejar expedita la vía para que sobre esos bienes pueda recaer la ejecución de los acreedores que hubieran probado la existencia del fraude. Distinto es el caso de quiebra o concurso, porque en esta hipótesis la revocación es pedida por el síndico en nombre de todos los acreedores, incluso aquellos cuyo crédito es de fecha posterior al acto impugnado.

1118/1230

1230. CÓMO PUEDE PARALIZARSE LA ACCIÓN.— El tercero a quien hubiesen pasado los bienes sujetos a la acción pauliana, puede hacer cesar sus efectos satisfaciendo el crédito de los que se hubiesen presentado o dando fianzas suficientes del pago íntegro de sus créditos, para el caso de que los bienes del deudor no alcanzaren a satisfacerlos (art. 966 Ver Texto , Cód. Civ.). Por fianzas debe entenderse toda garantía suficiente, especialmente la real (ver nota 4).

Esta disposición se explica por sí sola. Llevar la acción adelante, no obstante que el poseedor de los bienes paga el crédito o da fianzas suficientes de que será pagado, importaría un verdadero abuso de derecho.

1118/1231

1231. PRESCRIPCIÓN.— La acción pauliana prescribe al año, contado desde el día en que el acto tuvo lugar, o desde que los acreedores tuvieron noticia del hecho (art. 4033 Ver Texto , Cód. Civ.).

(nota 1) GROUBER, L'action paulienne, ps. 460 y s., n° 251 y s.; LLAMBÍAS, J. J., Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos, tesis profesoral, Buenos Aires, 1951, n° 4; MARTÍNEZ RUIZ, R., Distinción entre acto nulo y acto inoponible, J.A., 1943-IV, p. 335, n° 7; FERNÁNDEZ, R. L., Fundamentos de la quiebra, Buenos Aires, 1937, n° 452; SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, Acción revocatoria, n° 89 y s.

(nota 2) SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 2497; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Obligations, t. 1, n° 712; DEMOLOMBE, t. 25, n° 271.

(nota 3) GROUBER, L'action paulienne, ps. 428 y s., n° 236; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, ed. La Habana, t. 7, n° 964, que no formulan ninguna distinción entre acreedores a título oneroso y gratuito.

(nota 4) LAFAILLE, Obligaciones, ed. Ediar, t. 1, n° 137.

1118/10980

### § 3.— Comparación entre la acción pauliana y la de simulación

1118/1232

1232. DIFERENCIAS ESENCIALES.— Cuando la acción de simulación es ejercida por los acreedores de una de las partes, presenta una marcada analogía con la pauliana en lo que atañe al objetivo final: lo que los acreedores se proponen en ambos casos es cobrar sus créditos de los bienes que simulada o fraudulentamente han salido del patrimonio del deudor. Además, en ambas hipótesis, el deudor ha obrado con dolo y con ánimo de burlar el derecho de aquéllos.

Esto ha dado lugar a que estas acciones fueran confundidas en la doctrina y la legislación, debiendo destacarse que los códigos civiles argentino y portugués, sancionados casi simultáneamente, fueron los primeros que las legislaron en forma separada.

Gracias a la labor de la doctrina y la jurisprudencia, hoy resulta posible hacer la distinción con nitidez (ver nota 1). De lo expuesto en las páginas precedentes se desprenden las siguientes diferencias esenciales entre ambos remedios:

a) La acción de simulación se propone dejar al descubierto el acto realmente querido y convenido por las partes y anular el aparente; en cambio, la acción pauliana tiene por objeto revocar un acto real.

b) Las transmisiones de bienes hechas por acto simulado quedan sin efecto y aquéllos se reintegran al patrimonio del enajenante; en cambio, la acción pauliana no produce un reintegro de bienes al patrimonio del deudor, sino que se limita a remover los obstáculos para que el acreedor pueda cobrar su crédito haciendo ejecución de esos bienes.

c) Consecuencia de lo anterior es que la acción de simulación favorece a todos los acreedores, mientras que la pauliana sólo al que la entabla.

d) La acción de simulación puede ser intentada por las partes o por los acreedores; la pauliana sólo por éstos.

e) El que intenta la acción de simulación no tiene necesidad de probar la insolvencia del deudor puesto que se trata de un remedio conservatorio; tampoco se requiere que su crédito sea de fecha anterior al acto impugnado, ya que el objeto de la acción es poner de

manifiesto la realidad y demostrar que, en verdad, el bien no ha salido del patrimonio del deudor. En cambio, ambos extremos son requisitos de la acción pauliana.

f) La acción de simulación procede aunque el crédito que la intenta esté sujeto a condición; pero tratándose de la revocatoria, el problema está convertido (véase núm. 1080).

g) Si el que ha recibido un bien o un derecho en virtud de un título simulado lo transmite gratuitamente a un tercero de buena fe, esta enajenación es válida y no es afectada por la acción de nulidad; en cambio, la acción revocatoria es procedente contra el subadquirente de buena fe a título gratuito.

h) La acción pauliana prescribe al año; la de simulación a los dos años (arts. 4030 Ver Texto y 4033 Ver Texto ).

1118/1233

1233. SON ACUMULABLES (ver nota 2).— Luego de algunas vacilaciones, la jurisprudencia ha decidido, con todo acierto, que ambas acciones son acumulables (ver nota 3). En tal caso, la pauliana tiene carácter subsidiario, para el caso de que no se probare la simulación.

(nota 1) Véase, sin embargo, AMBROSIO, A., Teoría unitaria del fraude en los actos jurídicos, J.A., t. 54, p. 476, quien sostiene la identidad de ambas acciones.

(nota 2) Véase sobre este punto: DÍAZ, A. M., El ejercicio simultáneo, en forma subsidiaria, de las acciones de simulación y fraude, J.A., t. 54, sec. doct., p. 60; CÁMARA, H., Simulación en los actos jurídicos, ps. 468 y s.; AMBROSIO, A., Teoría unitaria del fraude en los actos jurídicos, J.A., t. 54, p. 476.

(nota 3) C. Civil 1ª Cap., 17/2/1925, J.A., t. 15, p. 94; C. Civil, 2ª Cap., 8/6/1936, J.A., t. 54, p. 829; íd., 26/2/1937, J.A., t. 57, p. 487; C. Apel. San Nicolás, 2/4/1935, J.A., t. 50, p. 675; Sup. Trib. San Luis, 27/8/1935, J.A., t. 51, p. 1057; C. Com. Cap., 7/12/1947, L.L., t. 49, p. 376; C. Fed. Rosario, 31/10/1945, L.L., t. 41, p. 470; C. 2ª Apel. La Plata, 14/7/1953, J.A., 1953-IV, p. 59, y L.L., t. 72, p. 363; Sup. Trib. Santa Fe, 17/12/1943, L.L., t. 33, p. 382. Entre los viejos fallos que sostenían que ambas acciones no eran acumulables, pueden citarse: C. Civil 1ª Cap., 30/12/1929, J.A., t. 32, p. 311; C. Civil 2ª Cap., 20/8/1918, J.A., t. 2, p. 259; C. Fed. Cap., 21/4/1937, J.A., t. 58 p. 48; C. Apel. Dolores, 9/9/1943, Rep. L.L., t. 5, Simulación, sum. 20; C. 1ª Apel. Mercedes, 20/2/1945, Rep. L.L., t. 7, Simulación,

sum. 13; C. Fed. Bahía Blanca, 27/8/1945, L.L., t. 25, p. 725. En un fallo de la C. Civil Cap., Sala B, se resolvió que no eran acumulables; pero la doctrina del tribunal no es clara, pues luego admite que no se puede atacar un acto desde el doble punto de vista de la simulación y del fraude, siempre que se lo haga en forma subsidiaria (24/6/1953, J.A., 1953-III, p. 461), lo que tanto da como decir que son acumulables. La doctrina es prácticamente unánime en el sentido de la procedencia de la acumulación; véase una síntesis muy completa de ella en los trabajos citados en la nota anterior.

1118/10990

## CAPÍTULO XV - NULIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS (ver nota 1)

1118/11000

### § 1.— Conceptos generales

1118/11390

1233 bis. SANCIONES DE LOS ACTOS PROHIBIDOS POR LAS LEYES.— Los actos contrarios a las leyes originan dos tipos de sanciones distintas:

a) Las que procuran restablecer el estado de cosas alterado por el hecho ilícito: la primera es la nulidad, que se propone borrar los efectos del acto contrario a la ley; la segunda es la acción de daños y perjuicios. No bastaría, en efecto, con la nulidad: para que se supriman todos los efectos del acto ilícito es necesario además que la víctima sea reparada por todos los perjuicios sufridos. En el terreno extracontractual (delitos y cuasidelitos) la única sanción posible es la indemnización de los daños.

b) Las que imponen un castigo o pena al autor del hecho: tienen carácter represivo. Algunas pertenecen al campo del derecho civil; así, por ejemplo, el padre que abandona su hijo pierde el ejercicio de la patria potestad; el cónyuge que incurre en algunas de las causales establecidas en el artículo 202 Ver Texto , se hace pasible a que se declare el divorcio por su culpa; el donatario ingrato puede ser privado de los bienes donados; el heredero que incurre en indignidad pierde su vocación hereditaria, etcétera. Otras sanciones son de carácter penal: prisión, multa, inhabilitación.

1118/1234

1234. CONCEPTO DE NULIDAD.— La teoría de las nulidades es una de las más arduas y complejas del derecho civil. Las dificultades derivan, sobre todo, de la naturaleza variadísima de las causas que originan la sanción, lo que, naturalmente, debe influir de distinto modo en sus efectos, ya sea en relación a las partes, ya en relación a terceros.

Esas dificultades se ven acrecentadas en nuestro país por la redacción oscura e imprecisa del articulado del Código, lo que ha dado lugar a largas polémicas, que aún se mantienen, no obstante la labor de la doctrina y la jurisprudencia que ha permitido resolver con acierto y con acuerdo casi general, muchos de los más arduos problemas. Y si nuestro Código adolece de las fallas anotadas, es necesario decir en su honor que su sistema de nulidades es sin duda superior al de casi todas las legislaciones contemporáneas, aun las más prestigiosas. Sobre este punto hemos de volver en su momento (núm. 1259).

1118/1235

1235.— Nulidad es la sanción legal que priva de sus efectos normales a un acto jurídico, en virtud de una causa originaria, es decir, existente en el momento de la celebración (ver nota 2).

Tres son, por consiguiente, las notas características de la nulidad: 1) está establecida en la ley; 2) importa privar de sus efectos normales al acto; 3) la causa de la sanción es contemporánea con la celebración (ver nota 3).

Según hemos de verlo oportunamente, la nulidad no implica privar al acto de todos sus efectos, pues suele producir algunos de no poca importancia (véase núms. 1284 y sigs.); pero el acto queda privado de sus efectos esenciales, de aquellos que las partes tuvieron especialmente en mira al celebrarlo. Así, por ejemplo, la nulidad de un poder de representación significa la invalidez del mandato que se había conferido, pero, no obstante ello, el poder nulo provoca la revocación del mandato anterior, si existiere (art. 1973 Ver Texto , Cód. Civ.).

1118/1236

1236. NULIDAD E INOPONIBILIDAD (ver nota 4).— Es necesario distinguir cuidadosamente la nulidad de la inoponibilidad, que hasta la aparición de la obra de JAPIOT estaban confundidas (ver nota 5).

La nulidad implica una invalidez completa del acto, que puede invocarse erga omnes, sin perjuicio de ciertos efectos especiales que la ley suele reconocerle. El acto inoponible, en cambio, es ineficaz respecto de ciertas personas, pero conserva toda su validez entre las partes y con relación a los demás terceros.

En la nulidad, los efectos pueden ser excesivos; en la inoponibilidad se limitan estrictamente al interés amparado por la ley. En la nulidad el vicio es originario; en la inoponibilidad puede ser posterior en uno de sus aspectos; así por ejemplo, en el fraude, si bien el consilium fraudis debe ser originario, basta con que la insolvencia exista en el momento de iniciarse la acción.

Veamos algunos ejemplos de inoponibilidad: 1) Los actos celebrados en fraude de los acreedores son inoponibles a éstos, pero conservan su validez entre las partes y aun respecto de los acreedores cuyo crédito tiene fecha posterior al acto impugnado. 2) La hipoteca no registrada es eficaz entre las partes, pero no puede ser opuesta a terceros, salvo el escribano y testigos intervinientes (art. 3135 Ver Texto , Cód. Civ.). 3) El instrumento privado que carece de fecha cierta, no es oponible a terceros (art. 1034 Ver Texto , Cód. Civ.). 4) Los contradocumentos que dejan sin efecto o modifican actos simulados, no son oponibles a terceros (arts. 960 Ver Texto y 996 Ver Texto , Cód. Civ.). 5) Los actos de disposición cumplidos por el titular de un dominio revocable no pueden oponerse al propietario anterior, una vez resuelto el derecho del primero (arts. 2663 Ver Texto y 2670 Ver Texto , Cód. Civ.). 6) El efecto retroactivo de la confirmación de un acto que adolece de nulidad relativa, no es oponible a los terceros que tuviesen derechos adquiridos con anterioridad a la confirmación (art. 1065 Ver Texto , Cód. Civ.).

1118/1237

1237. ACTOS INÚTILES O ESTÉRILES.— Tampoco deben confundirse los actos nulos con los inútiles o estériles. En los primeros, la ineficacia resulta de una sanción legal; en los segundos, de la naturaleza de las cosas o de la misma voluntad de las partes. Tal es el caso de la obligación de dar una cosa cierta que perece sin culpa del deudor antes de la entrega (arts. 578 Ver Texto y 584 Ver Texto , Cód. Civ.); la venta de una cosa futura que no llega a existir (art. 1173 Ver Texto , Cód. Civ.); el acto sometido a condición suspensiva que no acaece.

La esterilidad del acto resulta de una imposición de las circunstancias y no de la ley; más aún, ni la propia ley podría tornarlo eficaz (ver nota 6).

1118/1238

1238. COMPARACIÓN CON LA CADUCIDAD.— Mientras la invalidez del acto nulo deriva de una causa originaria, concomitante con su celebración, la ineficacia de un acto caduco surge de una causa posterior. Ejemplos: el testamento hecho por persona no casada, caduca si contrae matrimonio posteriormente (art. 3826 Ver Texto , Cód. Civ., que habla con evidente impropiedad de revocación); caduca el legado si el legatario muere antes que el testador, o cuando el legado está sometido a una condición suspensiva, o a un término incierto, y muere antes del cumplimiento de la condición o del vencimiento del término (art. 3799 Ver Texto , Cód. Civ.), salvo que hubiere sido hecho al título o a la cualidad de que el legatario estaba investido, más que a su persona (art. 3801 Ver Texto , Cód. Civ.).

1118/1239

1239. COMPARACIÓN CON LA REVOCACIÓN, LA RESCISIÓN Y LA RESOLUCIÓN.— La distinción entre revocación, rescisión y resolución no siempre se hace con rigor técnico; en particular, nuestro Código suele emplear indistintamente estas expresiones que designan en realidad diferentes supuestos, no obstante poseer un rasgo común muy importante: en las tres hipótesis, es la voluntad de las partes la que deja sin efecto el acto jurídico.

a) La revocación de un acto supone dejarlo sin efecto por la sola voluntad de una de las partes (ver nota 7). A veces, esta facultad puede ejercerse libremente; tal ocurre en los testamentos (art. 3824 Ver Texto , Cód. Civ.); otras veces, en cambio, la revocación sólo procede en las hipótesis expresamente previstas por la ley; así, por ejemplo, la donación únicamente puede revocarse por ingratitud del donatario (art. 1858 Ver Texto , Cód. Civ.), o por inejecución de las cargas que le fueron impuestas (arts. 1849 Ver Texto y sigs., Cód. Civ.). La revocación deja sin efecto el acto retroactivamente (ver nota 8). También se habla de revocación del mandato; pero en rigor este es un supuesto de rescisión unilateral, porque los efectos se producen para el futuro; pero la expresión revocación del mandato es tradicional y no puede prescindirse de ella.

b) La rescisión importa dejar sin efecto para el futuro un acto jurídico, por mutuo consentimiento de las partes. Esta institución es una consecuencia obvia y necesaria del principio de la autonomía de la voluntad que rige en materia de contratos, no obstante lo cual el codificador creyó oportuno establecerla expresamente en el artículo 1200 Ver Texto , Código Civil. Adviértase que en este texto se habla, con notoria impropiedad de revocación.

c) La resolución es la extinción de un acto jurídico en virtud de una cláusula expresa o implícitamente contenida en él. La causa de la ineficacia está prevista en el acto mismo, pero depende de un acontecimiento posterior. Ejemplos: la condición resolutoria, el pacto

comisorio, el pacto de retroventa. Produce sus efectos ex tunc (ver nota 9), es decir retroactivamente.

Para un mayor desarrollo de los conceptos de revocación, rescisión y resolución véase Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, t. 2, números 1299 y siguientes.

1118/1240

1240.— Fijados estos conceptos previos, fácil es delinear las diferencias entre estas instituciones y la nulidad. La revocación, la rescisión y la resolución suponen un acto perfectamente válido y eficaz, que deja de producir efectos o no produce ninguno, en virtud de la voluntad de las partes; en la nulidad, en cambio, la ineficacia deriva de la ley y es originaria; no se trata de actos que reúnen todos sus requisitos legales, sino que, por el contrario, nacen ya heridos de muerte.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Entre la abundantísima bibliografía sobre el tema, revisten capital importancia las obras de LLAMBÍAS, J. J., Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos, Buenos Aires, 1953, y JAPIOT, R., Des nullités en matiéres d'actes juridiques, París, 1909. Véase, además: LLAMBÍAS, Parte General, t. 2, n° 1868 y s.; VÉLEZ SARSFIELD, D., Nulidades absolutas y relativas, ed. Arayú, Buenos Aires, 1953; MOYANO, J. A., Efectos de las nulidades, Buenos Aires, 1932; ALSINA ATIENZA, Retroactividad de la anulación de los actos jurídicos, J.A., 1950-II, sec. doct. p. 3; CASTIGLIONE, Nulidad de los actos jurídicos, Buenos Aires, 1919; BUTELER, Clasificación de las nulidades de los actos jurídicos, Córdoba, 1939; GALLI, E., Crítica a la clasificación de las nulidades, Anales Fac. Derecho La Plata, t. 9, año 1950; ZANNONI, Negocio jurídico, § 301 y s.; ORGAZ, A., La nulidad de los actos jurídicos en el Proyecto de Reformas, en Estudios de Derecho Civil, Buenos Aires, 1948, ps. 47, y s.; BASTIÁN, D., Essai d'une théorie générale de l'inoponibilité, París, 1929; LUTZESCO, G., Essai sur les nullités des actes juridiques, París, 1938; PIEDELIÈVRE, J., Des effets produits par les nules, París, 1911; BETTI, E., Teoría general del negocio jurídico, trad. esp. ps. 347 y s.; n° 57 y s.; CARIOTTA FERRARA, L., Il negozio giuridico, Milano, 1949, n° 82 y s.

(nota 2) Adoptó casi textualmente esta definición la C. Civil Cap., Sala A, 22/2/1972, L.L., t. 149, p. 561, n° 29.812-S.

(nota 3) Esta es la concepción clásica, aceptada en forma casi unánime en la doctrina. Debe mencionarse, sin embargo, la opinión contraria de JAPIOT, quien ensaya una nueva teoría (Des nullités en matiére d'actes juridiques, ps. 270 y s.) que, como bien lo observa LLAMBÍAS, no ha tenido buena acogida (Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos, n° 2, nota 5).

(nota 4) BIBLIOGRAFÍA: Además de la citada en nota 1974, véase: BASTIÁN, D., *Essai d'une théorie générale de la inoponibilité*, París, 1929; WEIL, A., *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*, París, 1938; MARTÍNEZ RUIZ, R., *Distinción entre acto nulo y acto inoponible*, J.A., 1943-IV, p. 335; SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, *Acción revocatoria*, nº 93 y s.

(nota 5) JAPIOT, R., *Des nullités en matière d'actes juridiques*, ps. 25 y s.

(nota 6) LLAMBIÁS, J. J., *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*, nº 5.

(nota 7) SALVAT, *Contratos*, ed. La Ley, t. 1, nº 260.

(nota 8) C. Civil Cap., Sala A, 14/12/1962, causa 81.565 (inérita).

(nota 9) Fallo citado en nota anterior.

1118/11010

§ 2.— Clasificación de las nulidades

1118/11020

A.— ACTOS NULOS Y ANULABLES

1118/1241

1241. ENUMERACIÓN LEGAL.— En el Código Civil no está expresado con claridad cuál es el criterio que permite distinguir los actos nulos de los anulables. No obstante ser tan frecuentes en él las definiciones, esta vez el codificador ha preferido limitarse a enumerar unos y otros.

1118/1242

1242.— En los artículos 1041 Ver Texto y siguientes se establece que son nulos:

a) Los actos jurídicos otorgados por quienes adolecen de incapacidad de hecho, sea absoluta o relativa (arts. 1041 Ver Texto y 1042).

b) Los otorgados por incapaces de derecho (art. 1042 Ver Texto , que se refiere a las personas relativamente incapaces en cuanto al acto, y art. 1043 Ver Texto ).

c) Los celebrados por quienes dependen para ese acto de la autorización judicial (art. 1042 Ver Texto ), como ocurre con los menores emancipados en las hipótesis previstas en el artículo 135 Ver Texto , Código Civil.

d) Los actos en que los agentes hubieran procedido con simulación o fraude presumido por la ley, como son los previstos en los artículos 1297 Ver Texto , 3741 Ver Texto , etcétera, del Código Civil; o cuando fuese prohibido el objeto principal del acto, como ocurre con la hipótesis del artículo 953 Ver Texto , Código Civil; es preciso advertir, sin embargo, que la prohibición del objeto por la ley debe hallarse patente en el acto y no depender de una investigación de hecho, porque, en tal caso, el acto sería simplemente anulable (art. 1045 Ver Texto ); o cuando no tuviese la forma exclusivamente ordenada por la ley, debiendo entenderse por tales las formas dispuestas ad solemnitatem (ver nota 1); o cuando dependiesen para su validez de la forma instrumental y fuesen nulos los respectivos instrumentos; también aquí la ley se refiere exclusivamente a las formas ordenadas ad solemnitatem (ver nota 2); como ejemplos de instrumentos nulos pueden citarse los artículos 998 Ver Texto , 1004 Ver Texto , 1005, etcétera, del Código Civil. Todos estos casos están enumerados en el artículo 1044 Ver Texto , Código Civil.

1118/1243

1243.— Por su parte, el artículo 1045 Ver Texto enumera los actos anulables:

a) Son anulables los actos jurídicos cuando sus agentes obraren con una incapacidad accidental, como si por cualquier causa se hallasen privados de su razón; la ley se refiere a los dementes no declarados tales, pues éstos están comprendidos en la disposición del artículo 1041 Ver Texto ; o bien a los que, por otro motivo, se hallaren momentáneamente privados de su razón, como los ebrios o sonámbulos.

b) Los otorgados por personas cuya incapacidad impuesta por la ley no fuese conocida al tiempo de firmarse el acto. Esta disposición es confusa y, lo que es peor, contradictoria con los artículos 1041 Ver Texto -1043, que establecen que todos los actos realizados por incapaces de hecho o de derecho, son nulos. Creemos que no tiene aplicación práctica posible (ver nota 3).

c) Cuando la prohibición del objeto del acto no fuese conocida por la necesidad de alguna investigación de hecho.

d) Cuando tuviesen el vicio de error, violencia, fraude o simulación. Es obvio que la omisión del dolo en esta enumeración obedece a una simple errata material y, por lo tanto, también en este caso el acto es anulable (ver nota 4). En cuanto a la simulación y fraude, la ley se refiere a los casos en que no sean presumidos por la ley, porque en esta hipótesis el acto es nulo (art. 1044 Ver Texto ).

e) Cuando dependiesen para su validez de la forma instrumental y fuesen anulables los respectivos instrumentos. También en este caso la ley alude únicamente a los actos solemnes (ver nota 5).

1118/1244

1244. CRITERIO DE LA DISTINCIÓN (ver nota 6).— Ya dijimos que el Código no expresa cuál es el criterio de distinción entre los actos nulos y los anulables. Empero, un examen atento de los casos enumerados por los artículos 1041 Ver Texto y siguientes, así como también lo dispuesto por los artículos 1038 Ver Texto y 1046 Ver Texto , permite delinear claramente ambas categorías de invalidez. Parece obvio poner de manifiesto la importancia de precisar estos conceptos; como la enumeración legal no es exhaustiva, resulta indispensable conocer el criterio de distinción que permita ubicar los casos no previstos dentro de una u otra especie de nulidades.

Acto nulo es aquel cuyo vicio se halla manifiesto, patente en el acto mismo. En este caso, el papel del juez es pasivo: se limita a comprobar la existencia de una invalidez declarada de pleno derecho por la ley. Es una nulidad precisa, rígida, insusceptible de estimación cuantitativa, taxativamente determinada por la ley.

En cambio, en el acto anulable, la causa de la invalidez no aparece manifiesta en él, sino que es necesaria una labor de investigación o apreciación por parte del juez. Por sí misma, la ley es impotente para aniquilar el acto. La anulación depende de circunstancias de hecho, es flexible, variable, susceptible de valoración judicial. La invalidez no resulta ya de una

simple comprobación de la existencia de los presupuestos legales, sino que el juez debe integrar con su juicio lo dispuesto en la norma, para llegar a ese resultado.

Algunos ejemplos aclaran estos conceptos. Los actos celebrados por un demente declarado tal son nulos, porque el juez limita su actividad a comprobar la celebración de aquéllos y la interdicción legal, para declarar la invalidez. Dadas esas dos circunstancias, que pueden existir o no, pero que no son susceptibles de más o menos, ni pueden ser apreciadas cuantitativamente, la nulidad debe ser declarada. Lo mismo ocurre en el caso de actos celebrados por incapaces de hecho o de derecho, de simulación o fraude presumidos por la ley, etcétera. Muy distinto es el papel del juez cuando le toca resolver la anulación de un acto celebrado por un demente no declarado. Debe recibir la prueba y apreciar si los hechos que se invocan son suficientemente graves como para decidir que el otorgante estaba demente en el momento o en la época de la celebración del acto. Esa necesidad de una investigación de hecho y de una apreciación judicial del significado de esos hechos se pone también de manifiesto en el caso de dolo, violencia, simulación, etcétera.

1118/1245

1245. EFECTOS.— Los efectos de esta clasificación eran muy importantes antes de la ley 17711 , conforme con la opinión entonces prevaleciente en la doctrina y jurisprudencia (véase nuestra 4ª ed., núms. 1277-1283). Pero dicha ley agregó un párrafo al artículo 1051 Ver Texto que ha quitado casi todo su interés práctico a la distinción (véase núm. 1277). Sin embargo, se mantiene la siguiente diferencia: los jueces pueden declarar de oficio una nulidad absoluta sólo en el caso de que el acto sea nulo, pero no podrán hacerlo sin pedido de parte si fuera anulable, es decir, si la nulidad no fuera manifiesta (art. 1047 Ver Texto ).

(nota 1) SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 2616.

(nota 2) SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 2619.

(nota 3) SALVAT da como ejemplo de aplicación de esta disposición el caso del mandatario o tutor que para eludir la prohibición legal de comprar para sí los bienes de su pupilo o mandante, hace aparecer a un tercero como comprador; en este caso, sería necesaria una investigación de hecho para demostrar la capacidad (Parte General, 6ª ed., n° 2622). Creemos que el ejemplo no es acertado porque se trataría de una simulación, la cual está ya prevista expresamente como acto anulable (véase el texto, letra d).

(nota 4) La doctrina y la jurisprudencia son unánimes.

(nota 5) SALVAT, Parte General, n° 2625.

(nota 6) Particular importancia tienen en este punto los estudios de LLAMBÍAS, J. J., Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos, Buenos Aires, 1953; íd., Diferencia específica entre la nulidad y la inexistencia de los actos jurídicos, L.L., t. 50, p. 876.

1118/11030

## B.— NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA

1118/1246

1246. CRITERIO DE LA DISTINCIÓN.— A diferencia de lo que acontece con los actos nulos y anulables, el Código no enumera los casos de nulidad absoluta y relativa, limitándose a fijar los principales caracteres de la distinción (arts. 1047 Ver Texto y 1048). Este método es, desde luego, preferible, pues elimina los inconvenientes de una enumeración incompleta, precisa el criterio legal de la clasificación y evita controversia alrededor de sus efectos.

De lo dispuesto por los artículos 1047 Ver Texto y 1048, se desprende claramente el siguiente concepto fundamental: la nulidad absoluta obedece a una razón de orden público, de interés social; de ahí que pueda pedirla cualquiera y que, inclusive, el juez pueda y deba declararla de oficio, si apareciere manifiesta, aunque nadie la hubiera pedido; de ahí también que los actos viciados de tal nulidad no pueden confirmarse, puesto que no se trata ya de amparar el interés de las partes intervinientes, sino el social. Por el contrario, la nulidad relativa se establece exclusivamente en interés de las partes intervinientes, únicas que pueden pedirla.

1118/1247

1247. CARACTERES Y EFECTOS.— De lo expuesto en el párrafo anterior, se desprenden los siguientes caracteres y efectos distintivos:

1118/1248

1248. a) Quiénes pueden pedirla.— Mediando en la cuestión una razón de interés público o social, la nulidad absoluta puede ser pedida por cualquier interesado, por el Ministerio Público, en salvaguardia de la moral o de la ley e, inclusive, puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto (art. 1047 Ver Texto , Cód. Civ.). Por el contrario, la nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedido de aquéllos en cuyo beneficio la hubiera establecido la ley (art. 1048 Ver Texto ).

Estas disposiciones exigen algunas aclaraciones:

1) En cuanto a la declaración de oficio de la nulidad absoluta, la ley dice que sólo procede en el caso de que aparezca manifiesta en el acto (art. 1047 Ver Texto ), es decir, cuando se trate de un acto nulo; con ello se quiere impedir que el juez pueda abusar de sus poderes, haciendo pesquisas o investigaciones en asuntos privados de los hombres, so pretexto de la existencia eventual de una nulidad absoluta y sin que medie pedido de parte interesada.

2) El Ministerio Público no puede pedir la nulidad relativa, en tanto actúe en su carácter de Agente Fiscal, representante de los intereses públicos; pero el Asesor de Menores, en su calidad de representante promiscuo de los incapaces y en defensa de ellos, sí puede pedirla. Por eso el artículo 1048 Ver Texto niega esta facultad al Ministerio Público en el solo interés de la ley.

3) El artículo 1047 Ver Texto expresa que la nulidad absoluta puede pedirse por la parte que tiene interés en hacerlo, excepto el que ha ejecutado el acto sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalida; regla que se funda en el principio de que nadie puede alegar su propia torpeza. Sin embargo, el ámbito de aplicación de esta norma es muy reducido, pues se limita a los casos en que coinciden la anulabilidad con la nulidad absoluta, que son pocos numerosos (véase núm. 1253). En efecto, si se tratara de un acto nulo, es decir, de nulidad manifiesta (además de absoluta), la invalidez debe ser declarada por el juez, no obstante ser pedida por quien ha celebrado el acto conociendo el vicio, puesto que tiene el deber de hacerlo aunque nadie lo pida; su pronunciamiento se fundará, no ya en el pedido de parte, sino en lo dispuesto expresamente por el artículo 1047 Ver Texto , primer apartado (ver nota 1). Ejemplo: si un miembro de una sociedad constituida para ejercer el contrabando se presentara pidiendo la nulidad del contrato social, el juez, no obstante la torpeza del accionante, debe declararla si aquel objeto apareciere expresado en el instrumento acompañado en la demanda; en cambio, si el contrato fuere aparentemente regular y la parte manifestara que, pese a esa apariencia, el verdadero objeto es el contrabando, el juez debería desestimar la demanda, porque el vicio no aparece manifiesto en el acto y se hace necesaria una investigación de hecho que el magistrado no está autorizado a hacer de oficio (ver nota 2).

Más aún: la nulidad podría ser siempre opuesta por vía de excepción, incluso por la parte que celebró el acto conociendo el vicio, porque al oponerse al cumplimiento del acto torpe,

el excepcionante concuerda con la directiva legal y porque a nadie se puede reprochar que se arrepienta de llevar a cabo lo que es reprobado por la ley (ver nota 3).

1118/1249

1249.— La norma que estamos comentando ha sido objeto de vivas críticas por parte de algunos autores, entre nosotros particularmente BIBILONI. Se sostiene que si el propósito de esta disposición es poner obstáculos a la celebración de actos torpes, privándolos de la intervención judicial, en caso de dificultades entre los otorgantes, mejor se lograría ese propósito permitiendo su juzgamiento, pues de esta manera nunca tendrían las partes de un acto prohibido la seguridad de conservar lo adquirido por causa torpe (ver nota 4). Además, anota BIBILONI, mala fe y conocimiento del vicio, como dice nuestra ley, son cosas distintas. Muchas veces la víctima conoce perfectamente la ilicitud del acto que está realizando y no por ello tiene mala fe, no por ello se hace acreedora al desinterés por parte de los órganos encargados de velar por la justicia; tal, por ejemplo, la víctima de un préstamo usurario. Consideramos que la solución deseable en una futura reforma de nuestro Código, es la sugerida por LLAMBÍAS, en el sentido de que sólo estuviese impedido de deducir la nulidad absoluta quien hubiese obrado de mala fe y pretendiese extraer un provecho de la declaración de nulidad (ver nota 5).

1118/1250

1250.— En el artículo 1049 Ver Texto se establecen normas que, en realidad, sobreabundan, pues no son sino aplicaciones de los principios sentados en los artículos anteriores. En su primera parte, dice que la persona capaz no puede pedir ni alegar la nulidad de un acto fundándose en la incapacidad de la otra parte, lo que es obvio, pues tratándose de una nulidad relativa, sólo puede pedirla aquel en cuyo beneficio la estableció la ley (art. 1048 Ver Texto , in fine). En el segundo apartado se expresa que tampoco puede pedirla por razón de violencia, intimidación o dolo, el mismo que lo causó, ni por el error de la otra parte el que lo ocasionó, lo cual es otra aplicación del principio ya señalado.

1118/1251

1251. b) Confirmación.— El acto que adolece de nulidad absoluta no es susceptible de confirmación (art. 1047 Ver Texto , in fine); en cambio, el que sólo está viciado de nulidad relativa, es confirmable (art. 1058 Ver Texto , Cód. Civ.). Esta solución se explica plenamente: no cabe concebir que las partes puedan convalidar un acto cuando es la misma sociedad la que está interesada en su invalidez; pero si se ha establecido sólo en interés de las partes, y éstas, no obstante el vicio y su derecho a reclamar la nulidad, prefieren mantener la vigencia del acto, no hay inconveniente en que así lo hagan.

1118/1252

1252. c) Prescripción.— La acción derivada de una nulidad absoluta no es prescriptible; esta solución no ha sido expresamente establecida por la ley, pero surge necesariamente de la inconfirmabilidad de la acción, pues de aceptarse la prescripción se podría llegar por esa vía a la confirmación tácita. Por lo demás, lo que es inmoral, lo que es contrario a los intereses públicos, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo (ver nota 6).

1118/1253

1253. DISTINCIÓN RESPECTO DE LOS ACTOS NULOS Y ANULABLES.— Movidos por el propósito bien intencionado de simplificar la ardua materia de las nulidades, algunos autores han sostenido que las clasificaciones de actos nulos y anulables y de nulidad absoluta y relativa, no hacen sino expresar idénticos conceptos. Los actos nulos adolecerían siempre de nulidad absoluta y los anulables de nulidad relativa (ver nota 7).

Sin embargo, esta opinión no resiste un análisis prolijo del tema, y con razón ha sido abandonada por nuestros tratadistas (ver nota 8). En efecto, ambas nulidades obedecen a distinto fundamento: la de actos nulos y anulables se basa en el carácter manifiesto o no del vicio; la de nulidad absoluta y relativa, en el carácter público o privado del interés que se protege con la invalidez. No importa en este caso que el vicio esté manifiesto o oculto, pues aun en esta última hipótesis, si después de una investigación de hecho se descubre una causal de invalidez en la que juega un interés de orden público, la nulidad será absoluta. Y a la inversa, por más manifiesta que sea la nulidad del acto, será relativa si en ella sólo juega un interés privado.

La mejor prueba de que estas clasificaciones no son paralelas, es que existen numerosos actos nulos de nulidad simplemente relativa, tales como los realizados por los incapaces de hecho o por lo menores emancipados, cuando necesitan de la autorización judicial; como también los celebrados por algunos incapaces de derecho (véase núm. 1254).

Mucho menos probable es que los actos anulables adolezcan de nulidad absoluta; las únicas hipótesis posibles nos parecen las siguientes: cuando la ilicitud o inmoralidad del objeto o causa del acto sólo pueda establecerse luego de una investigación de hecho; y cuando se trate de un instrumento substancial o solemne anulable.

1118/1254

**1254. CUESTIÓN ACERCA DE SI LA NULIDAD SURGIDA DE UNA INCAPACIDAD DE DERECHO ES ABSOLUTA O RELATIVA.**— La jurisprudencia de nuestros tribunales es, en esta materia, muy contradictoria. Mientras algunos fallos sientan el principio general de que todas las nulidades derivadas de una incapacidad de derecho son absolutas (ver nota 9), otros, por el contrario, han resuelto no ya con carácter general, sino referido al caso, que ciertos actos celebrados por incapaces de derecho adolecen de nulidad simplemente relativa (ver nota 10).

La tendencia jurisprudencial citada en primer término, parte del criterio de que todas las incapacidades de derecho obedecen a una razón de orden público, lo cual nos parece sin duda exagerado. Cuando se prohíbe a los mandatarios comprar, aunque sea en pública subasta, los bienes que están encargados de vender por cuenta de sus comitentes, es evidente que lo que está en juego es más que nada un interés de orden privado. No se ve razón alguna para que tal acto no pueda ser confirmado por el demandante, si le conviniera, ni por qué el juez ha de obligarlo a dejar sin efecto una operación que él reputa ventajosa (ver nota 11). Ello está demostrando que no siempre los incapaces de derecho determinan una nulidad absoluta.

Sobre el delicado tema del carácter de las nulidades derivadas de las incapacidades de derecho establecidas en el artículo 1361, véase Tratado de Derecho Civil, Contratos, t. 1, números 25 y siguientes.

Concluimos, pues, en que no es posible dar una solución única a este problema; en cada caso concreto el juez apreciará si está interesada en la invalidez una razón de orden público o si, por el contrario, sólo se ha pretendido proteger el interés de los particulares; y, según ello, resolverá que la nulidad es absoluta o relativa (ver nota 12).

1118/1255

**1255. LOS ACTOS OTORGADOS POR INCAPACES ABSOLUTOS ADOLECEN DE NULIDAD RELATIVA.**— Una corriente doctrinaria, que reúne buen número de nuestros tratadistas, sostiene que los actos realizados por los incapaces absolutos adolecen de nulidad absoluta (ver nota 13). Esta teoría, que ha nacido de una confusión entre dos conceptos totalmente independientes, como son incapacidad absoluta y nulidad absoluta, se funda en que, mediando en tales casos falta de discernimiento, existe un verdadero interés de orden público en que esos actos se tengan por nulos.

Creemos que esta doctrina, que unos autores han copiado de otros sin mayor análisis, no resiste la crítica: a) Por lo pronto, no todos los incapaces absolutos carecen de discernimiento, pues los sordomudos que no saben darse a entender por escrito, lo poseen.

b) Los dementes no declarados carecen también de discernimiento (art. 921 Ver Texto ), pero nadie pretende que en su caso la nulidad sea absoluta, lo cual es una contradicción irreparable; en este supuesto queda demostrada una vez más la inexplicable confusión entre dos conceptos como incapacidad y nulidad absolutas y relativas. c) No se advierte por qué razón la falta de uno de los elementos internos de los actos voluntarios —como es el discernimiento— deba dar lugar a una nulidad absoluta y, en cambio, la falta de los otros —intención y libertad— sólo provoque una nulidad relativa, puesto que los actos celebrados con dolo o violencia son incuestionablemente confirmables; no se diga que es más grave una hipótesis que otra, porque no se ve qué cosa puede ser más grave que extorsionar a la víctima y obligarla con el revólver al pecho a que preste su consentimiento. d) La disposición del artículo 921 Ver Texto , que establece que los menores impúberes y los dementes carecen de discernimiento, tiene una relativa repercusión en nuestro Código (sobre este punto nos remitimos a nuestro núm. 818), y la prueba de ello es que los impúberes están autorizados a realizar numerosos actos, inclusive nada menos que el de contraer matrimonio (véase núm. 489); no hay, por lo tanto, ninguna razón para hacer producir a la falta de discernimiento un efecto que la ley no establece. e) La nulidad de los actos celebrados por los incapaces ha sido establecida en su protección, puesto que solamente ellos pueden invocarla (arts. 1049 Ver Texto y 1164 Ver Texto , in fine, Cód. Civ.), no obstante que la parte capaz pudo ser de buena fe e ignorar la incapacidad de la contraria. f) El artículo 4031 Ver Texto del Código Civil establece que prescribe a los dos años la acción de nulidad de las obligaciones contraídas por los que están bajo curatela, lapso que se cuenta a partir de la rehabilitación, lo que permite a los dementes confirmar el acto jurídico por el transcurso del tiempo. Y ya sabemos que la característica de la nulidad absoluta es que no puede confirmarse y que la acción derivada de ella es imprescriptible. g) En materia de matrimonio, el contraído por dementes es susceptible de confirmación una vez curada la demencia (arts. 166 Ver Texto , inc. 8º y 220, inc. 2º). h) Finalmente, no se advierte qué justificación puede tener que se autorice al juez a intervenir de oficio para anular un acto, cuando cesada ya la incapacidad, el ex incapaz tenga interés en mantenerlo, o aun cuando las dos partes lo tengan.

Esta opinión, que es la general en la doctrina extranjera (ver nota 14), cuenta entre nosotros con el apoyo de importantes autoridades (ver nota 15) y tiende a prevalecer, al parecer definitivamente, en la jurisprudencia (ver nota 16).

(nota 1) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala B, 11/7/1977, L.L., 1978-A, p. 383; Sala G, 8/5/1981, E.D., t. 94, p. 202; Sala C, 29/10/1956, L.L., t. 86, p. 163 (en el caso se refiere a un matrimonio nulo por subsistencia del vínculo anterior); Sala B, 30/6/1965, L.L., t. 120, p. 73 (mismo caso anterior); C. Apel., 1ª La Plata, 28/4/ 1959, J.A., 1959-VI, p. 147; LLAMBÍAS, Efectos de la nulidad y anulación de los actos jurídicos, p. 42; SPOTA, El acto jurídico inmoral y la prohibición de alegar la propia torpeza, J.A., 1942-IV, ps. 211 y s.

(nota 2) De acuerdo: BIBILONI, nota al art. 389 del Anteproyecto; LLAMBÍAS, Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos, n° 21.

(nota 3) LLAMBÍAS, op. cit. en nota anterior, n° 21 y 24.

(nota 4) En este sentido: BIBILONI, nota al art. 389 del Anteproyecto; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 2, vol. p. 604; MARCADÉ, 6ª ed., t. 4, art. 1133, ps. 391, y s.; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Obligations, t. 1, p. 367, nota 2; PIEDELIÈVRE, Des effets produits par les actes nules, p. 265. Véase en cambio: PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, ed. La Habana, t. 7, n° 748 y s., y COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, 10ª ed., t. 2, n° 105, quienes piensan, apoyándose en la jurisprudencia de su país, que la regla *nemo auditur propian turpitudinem allegans* es en principio aceptable, a menos que la acción tenga por objeto poner fin a una situación ilegal o peligrosa o a un tráfico deshonesto.

(nota 5) LLAMBÍAS, Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos, n° 44.

(nota 6) Así lo dijo la C.S.N., 24/11/1937, J.A., t. 60, p. 367; en el mismo sentido: C.S.N., 30/6/1941, J.A., t. 75, p. 919; C. Civil 1ª Cap., 10/12/1936, J.A., t. 56, p. 768; íd., 21/5/1937, J.A., t. 58, p. 454; íd., 26/7/1944, J.A., 1944-III, p. 841; C. Civil 2ª Cap., 27/6/1939, J.A., t. 68, p. 135; íd., 15/7/1943, J.A., 1943-III, p. 547. En contra, véase voto del doctor TEZANOS PINTO en fallo publicado en J.A., t. 74, p. 913. Nuestra doctrina es unánime en el sentido de que la acción de nulidad absoluta es imprescriptible.

(nota 7) MOYANO, Efectos de las nulidades de los actos jurídicos, ps. 58, y s., n° 95 y s.; ECHEVERRY BONEO, Curso de Derecho Civil, Parte General, t. 3, n° 425 y s.; LLERENA, 3ª ed., t. 4, p. 91.

(nota 8) LLAMBÍAS, Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos, n° 11; SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 2639; NEPPI, V., Principios de Derecho Civil, p. 333; ALSINA ATIENZA, Retroactividad de la anulación de los actos jurídicos, J.A., 1950-II, sec. doct., p. 20, nota 72; BIBILONI, nota al art. 389 del Anteproyecto; CASTIGLIONE, Nulidad de los actos jurídicos, n° 24; DE GÁSPERI, Tratado de las obligaciones, t. 1, n° 707.

(nota 9) Sup. Corte Tucumán, 21/6/1938, L.L., t. 14, p. 691; C. Civil 1ª Cap., 17/5/1944, L.L., t. 34, p. 728; C. Civil 2ª Cap., 27/6/1939, L.L., t. 15, p. 340.

(nota 10) C. Civil Cap., Sala D, 30/9/1964, L.L., t. 116, p. 568; Sala F, 19/3/1963, J.A., 1963-IV, p. 336; C. Civil 2ª Cap., 14/8/1943, J.A., 1943-III, p. 846 y L.L., t. 32, p. 41; íd., 23/4/1945, t. 38, p. 472; C. 1ª Civ. y Com. La Plata, 9/10/1942, J.A., 1943-II, p. 765 y L.L., t. 28, p. 202.

(nota 11) De acuerdo: C. Civil 2ª Cap., 14/8/1943, J.A., 1943-III, p. 846, y L.L., t. 32, p. 41; íd., 23/4/1945, L.L., t. 38, p. 472.

(nota 12) De acuerdo: LLAMBÍAS, Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos, nº 11, nota 23.

(nota 13) SALVAT, Parte General, nº 2636, y su anotador, LÓPEZ OLACIREGUI, nº 2638-A; LAFAILLE, Apuntes de Parte General, t. 2, p. 254; NEPPI, Principios de Derecho Civil, p. 335; BUSSO, Código Civil Anotado, t. 1, coment. art. 54, nº 18; ORGAZ, A., Personas individuales, ps. 289 y 356, nota 76; MOYANO, Efectos de las nulidades de los actos jurídicos, p. 61, nº 100; MOLINAS, Nulidad de un contrato celebrado por un demente declarado tal judicialmente, J.A., 1949-II, p. 571; SPOTA, Tratado de Derecho Civil, t. 1, vol. 3.2, nº 818; BREBBIA, Hechos y actos jurídicos, t. 1, p. 75.

(nota 14) PLANIOL-RIPERT-SALVAT, ed. La Habana, t. 1, p. 642, nº 694; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, 11ª ed., t. 1, nº 870; AUBRY y RAU, 4ª ed., t. 1, p. 109, nota 13; t. 4, p. 250; CARBONNIER, t. 1, vol. 2, p. 588 (trad. esp.); CASTÁN TOBEÑAS, 10ª ed., t. 1, vol. 2, p. 814. En la doctrina italiana no caben disidencias ante lo dispuesto expresamente en este sentido por el art. 427 Ver Texto , Cód. Civ.

(nota 15) LLAMBÍAS, Nulidad relativa de los actos celebrados por dementes interdictos, Rev. Facultad Derecho de Buenos Aires, julio-agosto 1949, p. 925; y LLAMBÍAS, J., Diferencia específica entre la nulidad y la inexistencia de los actos jurídicos, L.L., t. 50, p. 876, nº 8, nota 16; ARAUZ CASTEX, Parte General, t. 1, nº 558; MAZZINGHI, Acerca de la nulidad de los actos celebrados por dementes, Revista Facultad de Derecho de Buenos Aires, julio-agosto 1950, p. 947; ZANNONI, Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos, p. 208; MACHADO, t. 3, p. 310, coment. art. 1038. BIBILONI sigue una línea contradictoria: considera que la nulidad de los actos celebrados por menores impúberes es absoluta (art. 390, inc. 2º), pero sólo relativa si se trata de dementes (art. 391, inc. 1º).

(nota 16) C. Civil Cap., Sala A, 20/7/1961, L.L., t. 104, p. 279; íd., 13/9/1962, J.A., 1963-III, p. 55; íd., 4/5/1967, J.A., 1967-III, p. 342; C. Civil, 1ª Cap., 4/4/1949, J.A., 1949-II, p. 571; C. Civil Cap., Sala A, 6/6/1952, L.L., t. 71, p. 340, y J.A., 1953-III, p. 443, con nota de DÍAZ DE GUIJARRO; Sala D, 4/9/1964, J.A., 1964-V, p. 357, y E.D., t. 8, p. 844.

1118/11040

## C.— OTRAS CLASIFICACIONES

1118/1256

1256. NULIDADES MANIFIESTAS Y NO MANIFIESTAS.— Esta clasificación coincide con la de actos nulos y anulables. El artículo 1038 Ver Texto del Código Civil expresa que la nulidad de un acto es manifiesta, cuando la ley expresamente lo ha declarado nulo; por el contrario, en los actos anulables, la nulidad no es manifiesta, sino dependiente de juzgamiento, como decía FREITAS, fuente de nuestro Código (Esboço, art. 786). En el primer caso, se trata de una nulidad patente en el acto, declarada de pleno derecho por la ley; en el segundo, la invalidez debe ser apreciada por el juez, luego de una valoración de las circunstancias de hecho.

Nos remitimos, en consecuencia, a lo expuesto anteriormente (núms. 1244 y sigs.).

1118/1257

1257. NULIDAD TOTAL Y PARCIAL.— La nulidad de un acto puede ser completa o parcial (art. 1039 Ver Texto , Cód. Civ.). En el primer caso, todo él resulta ineficaz; en el segundo, sólo lo es la cláusula o disposiciones viciadas. Pero la nulidad de una cláusula envuelve problemas delicados y suele arrastrar consigo a todo el acto. Por ello, el artículo 1039 Ver Texto agrega que la nulidad parcial de una disposición en el acto, no perjudica a las otras disposiciones válidas, siempre que sean separables.

Desde luego, en los testamentos es fácil concebir la separabilidad de una cláusula; la nulidad de un legado, de la institución de herederos, no tiene por qué perjudicar las restantes disposiciones de última voluntad (arts. 3630 Ver Texto , 3715 Ver Texto , 3730 Ver Texto , Cód. Civ.) (ver nota 1).

Más complejo es el problema tratándose de contratos, puesto que sus cláusulas forman un conjunto; lo que se ha querido no es tal o cual parte aislada, sino el todo; cada cláusula es una de las condiciones del consentimiento prestado (ver nota 2). En principio, por consiguiente, no es aceptable la nulidad parcial de un contrato. Empero, hay casos en que las cláusulas son separables y en que la nulidad de una no invalida todo el acto: a) El caso más frecuente es el de cláusulas nulas sustituidas de jure por normas imperativas (ver nota

3); ejemplos: ciertas cláusulas de irresponsabilidad incluidas en los contratos de adhesión son nulas, sin que ello afecte el acto; la convención que fije al contrato de locación un término menor que el establecido por ley es de ningún valor, pero la relación jurídica se mantiene en vigencia; lo mismo debe decidirse en el caso de que, aun sin violar una norma imperativa expresa, alguna cláusula predispuesta en un contrato de adhesión, resulte abusiva (ver nota 4). b) Puede ocurrir, asimismo, que del contexto del acto resulte indudable que sin esa cláusula el acto se hubiera también concluido (ver nota 5). c) Finalmente, hay que admitir que la parte afectada por la nulidad de una cláusula tiene derecho a mantener la validez del restante convenio, si aún así le conviniera (ver nota 6); en este caso, nada justificaría la nulidad total. Bien entendido que debe tratarse siempre de partes separables, como dice el artículo 1039 Ver Texto , pues si se tratara de una cláusula fundamental, relativa al objeto, la causa, etcétera, es inconcebible la nulidad parcial.

1118/1258

1258. NULIDADES EXPRESAS Y VIRTUALES: ¿EXISTEN NULIDADES IMPLÍCITAS?.— El artículo 1037 Ver Texto del Código Civil establece que los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en este Código se establecen. Un excesivo apego a la interpretación literal ha hecho pensar a algunos autores que no pueden pronunciarse otras nulidades que aquellas expresamente previstas en la ley (ver nota 7). Pero es evidente que tal tesis no resiste la crítica y hoy debe considerarse definitivamente abandonada en nuestro derecho (ver nota 8). No es necesario que la palabra nulidad esté expresada en la ley; basta que de sus disposiciones no pueda resultar otra consecuencia que la invalidez. Lo que el legislador ha querido evitar con el artículo 1037 Ver Texto , es que los jueces puedan fundarse en cualquier omisión o transgresión legal para dictar una medida tan grave como es la anulación de un acto; sólo que esta sanción surja claramente de la norma, sea expresa o implícitamente, puede el juez decretarla.

1118/1259

1259-1260. LEGISLACIÓN COMPARADA.— En el derecho francés, la teoría de las nulidades se ha elaborado sobre la base, bien insuficiente, del artículo 1117 Ver Texto , Código Civil, que se limita a sugerir una distinción entre nulidad de pleno derecho y simple nulidad o rescisión. No es extraño, por lo tanto, que “la jurisprudencia sea incierta, fluctuante y en ocasiones caótica; carece de precisión en su lenguaje, porque carece de claridad de pensamiento”, según lo afirma JOSSERAND (ver nota 9), quien agrega que la doctrina no ha sido mucho más feliz para poner en orden los elementos esparcidos y dispares sobre nulidad. No obstante ello, se distinguen generalmente tres categorías de invalidez; los actos inexistentes, los actos nulos, que adolecen de nulidad absoluta, y los actos anulables, a los que se atribuye nulidad relativa.

El Código Civil alemán diferencia solamente los actos nulos de los anulables (arts. 134 a 144); la distinción es insuficiente e imprecisa. El Código italiano legisla con mayor acierto, pero, como los anteriores, sólo distingue entre actos nulos y anulables (arts. 1418-1424 y 1441-1446); igual sistema siguen el Código brasileño (arts. 145 y sigs.), el peruano (arts. 219 y sigs.) y el español (arts. 1300 y sigs.).

Este criterio de encajonar todas las nulidades posibles en dos categorías, en las que los actos nulos quedan identificados con la nulidad absoluta y los anulables con la relativa, presenta grandes inconvenientes prácticos, pues las nulidades obedecen a tan diversas causas y presentan modalidades tan distintas, que no resulta posible hacerlas entrar todas dentro de moldes rígidos. Grandes maestros han levantado su voz exigiendo una clasificación más inteligente, diversificada y elástica de las nulidades (ver nota 10). Creemos que el sistema argentino logra adecuadamente ese propósito, sin caer en el exceso de casuismo y de innecesaria complicación que temen PLANIOL y RIPERT (ver nota 11). En Italia, no obstante que el nuevo Código no parece autorizar la distinción, tratadistas de tanta autoridad como BETTI (ver nota 12) y CARIOTTA FERRARA (ver nota 13) sostienen que la clasificación de actos nulos y anulables es independiente de la nulidad absoluta y relativa, y que bien puede ocurrir que los actos anulables adolezcan de nulidad absoluta, y los nulos, sólo relativa. Ello indica una coincidencia muy feliz con nuestro sistema.

(nota 1) Véase en este sentido, art. 382, Anteproyecto de BIBILONI y art. 211, Proyecto de 1936. En la doctrina no hay disidencia sobre este punto.

(nota 2) BIBILONI, nota al art. 382 del Anteproyecto.

(nota 3) En este caso ha sido expresamente previsto en el art. 1419 del Cód. Civ. italiano.

(nota 4) De acuerdo: declaración de las jornadas en homenaje a Roberto Brebbia, Rosario, 1986; ZANNONI, Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos, p. 222.

(nota 5) Solución contemplada en el art. 382, del Anteproyecto y 211 del Proyecto de 1936, que a su vez fueron tomados del art. 139, Cód. Civ. alemán.

(nota 6) Es la solución propuesta en los artículos ya citados del Anteproyecto y del Proyecto, de 1936.

(nota 7) MACHADO, t. 3, nota al art. 1037, p. 303; MOYANO, Efectos de las nulidades de los actos jurídicos, ps. 48 y s., n° 76 y s., quien, sin embargo, ve en ello una deficiencia de nuestro Código; LAFAILLE, Apuntes de Parte General, t. 2, p. 241.

(nota 8) C. Civil Cap., Sala C, 30/9/1964, L.L., t. 116, p. 568; LLAMBÍAS, Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos, n° 13 y s.; SEGOVIA, t. 1, p. 292; SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 2588; CASTIGLIONE, Nulidad de los actos jurídicos, p. 20, n° 15; NEPPI, Principios de Derecho Civil, n° 270; ECHEVERRY BONEO, Parte General, t. 3, n° 414.

(nota 9) JOSSERAND, Derecho Civil, ed. Buenos Aires, t. 1, vol. 1, p. 134, n° 138.

(nota 10) JAPIOT, Des nullités en matière d'actes juridiques, ps. 262 y s.; GÈNY, Méthode d'interprétation, p. 148, nota; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 3ª ed., t. 2, n° 820.

(nota 11) PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, loc. cit. en nota anterior.

(nota 12) BETTI, Teoría general del negocio jurídico, n° 58.

(nota 13) CARIOTTA FERRARA, Il negozio giuridico, n° 87.

1118/11050

#### D.— ACTOS INEXISTENTES

1118/1261

1261. TEORÍA DEL ACTO INEXISTENTE (ver nota 1).— La teoría del acto inexistente ha tenido su origen en la doctrina francesa del siglo pasado, y se atribuye generalmente a ZACHARIAE (ver nota 2). Nació de una observación simple, pero evidente: hay ciertas situaciones que sólo tienen la apariencia de un acto jurídico; no parece posible, por consiguiente, hablar de acto nulo porque, en verdad, no existe ningún acto. La nulidad supone un *substratum* real, un algo que declarar inválido; pero lo que no existe no puede anularse. Estrictamente, el acto inexistente no forma parte de la teoría de las nulidades (ver nota 3).

¿Cuándo un acto debe reputarse inexistente? Distinguir entre actos inexistentes y nulos, no siempre es tarea sencilla; la jurisprudencia francesa, a la que es inevitable referirse, pues allí es donde la teoría surgió y se desarrolló, es confusa y contradictoria; a veces el concepto de actos inexistentes se ha ampliado a supuestos en los que es evidentemente inaplicable, y pensamos que a ello se deben principalmente las críticas que la teoría ha suscitado en aquel país.

Por nuestra parte, creemos que sólo puede hablarse de actos inexistentes en ciertos supuestos extremos: a) Si falta el acuerdo de voluntades o si hay disenso entre las partes: tal ocurriría si la parte aparente no prestó, en verdad, el consentimiento; o si una de ellas ofrece vender su casa de Córdoba y la otra acepta comprar la de Buenos Aires (error sobre el objeto); o si una ofrece en locación una propiedad y la otra acepta comprarla (error sobre la naturaleza del acto). b) Si el objeto de la obligación es una cosa no susceptible de existir, o hechos materialmente imposibles, como vender un pedazo de cielo. c) La falta de la forma exclusivamente ordenada por la ley no basta, en principio, para considerar inexistente el acto; el propio Código establece que son obligaciones naturales las que proceden de actos jurídicos a los cuales faltan las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles (art. 515 Ver Texto , inc. 3º). Sin embargo, en algunos casos la formalidad legal consiste en la intervención de un oficial público, que no se limita ya, como el escribano autorizante, a dar fe de lo que ocurrió ante él, sino que integra con su actuación el acto jurídico celebrado por las partes; tal ocurre con el matrimonio, que queda celebrado cuando el oficial público, en nombre de la ley, declara unidos a los contrayentes. En este caso, la omisión de la formalidad legal supone la inexistencia del acto (ver nota 4). Lo mismo ocurriría si se adopta un hijo por un procedimiento distinto al fijado por la ley, que exige una sentencia judicial que otorgue la adopción (ver nota 5).

1118/1262

1262. CRÍTICA: REFUTACIÓN.— La teoría del acto inexistente no ha encontrado buena acogida en la mayor parte de nuestros autores. Las objeciones más importantes son las siguientes:

a) Nuestro Código no alude a esta categoría de invalidez y, según es sabido, no se pueden declarar otras nulidades que las que en el Código se establecen (art. 1037 Ver Texto ). Pero, ya lo hemos dicho, la inexistencia de los actos es ajena a la teoría de las nulidades. Por lo demás, es evidente que era innecesario que el Código legislara sobre este punto, porque no hace falta declarar la invalidez de lo que no existe; más aún, la propia ley no podría atribuir efectos a una sombra, una mera apariencia, a algo que no es. Tampoco el Código francés ni el italiano hablan de actos inexistentes y, sin embargo, la teoría ha encontrado general acogida en la doctrina y la jurisprudencia.

b) Es un concepto jurídico inútil, pues de él se desprenden los mismos efectos que de los actos nulos de nulidad absoluta. Pero éste es un evidente error; ya veremos que son muy distintas las consecuencias de una y otra situación jurídica (véase núm. 1263).

Por nuestra parte, pensamos que la objeción más seria es de orden gramatical. La expresión actos inexistentes es contradictoria; lo que no existe no puede llamarse acto. Pero como de alguna manera hay que designar a estas situaciones, a estas meras apariencias, nos parece que no traería ninguna utilidad apartarse de una designación que, aunque objetable, tiene en su favor una larga tradición.

Creemos, pues, que la teoría del acto inexistente debe ser acogida en nuestro derecho. Así lo piensan LLAMBÍAS y MOYANO, los dos autores que más seria y agudamente han tratado entre nosotros el arduo problema de las nulidades (ver nota 6). Y, desde luego, en materia de matrimonio, esta opinión tiene un sólido fundamento legal. El artículo 172 Ver Texto , establece que es indispensable para la existencia del matrimonio el consentimiento pleno y libre expresado personalmente por hombre y mujer ante la autoridad competente para celebrarlo; agregando, para puntualizar mejor el criterio legal, que si el acto careciere de alguno de esos requisitos, no produce ningún efecto, aun cuando las partes tuvieran buena fe. En otras palabras, no produce los efectos habituales de los matrimonios putativos, pues aunque haya buena fe, debe considerarse que el acto no ha existido.

No es extraño que ante este texto casi todos nuestros autores hayan admitido la inexistencia del matrimonio como una categoría independiente de la nulidad (ver nota 7) y que esta teoría se esté abriendo paso vigorosamente en la jurisprudencia (ver nota 8).

1118/1263

1263. CONSECUENCIAS; DIFERENCIAS CON LOS ACTOS NULOS DE NULIDAD ABSOLUTA.— Como los actos nulos de nulidad absoluta, los inexistentes pueden ser declarados tales a pedido de cualquier interesado o, de oficio, por el juez; no son confirmables y la acción es imprescriptible. Todo ello por la razón muy evidente de que lo que no existe no es susceptible de convalidación de ninguna especie.

Pero las diferencias son también muy importantes:

a) Los actos nulos producen algunos efectos propios (arts. 1053 Ver Texto -1055, Cód. Civ.), distintos de los que resultaría de los principios generales sentados en otras normas del Código. Así, por ejemplo, si ambas cosas entregadas en virtud de un título nulo fueren productoras de frutos, éstos se compensan hasta el día de la demanda de nulidad (art. 1053

Ver Texto ). Tratándose de una cosa entregada en virtud de un acto inexistente, la restitución de frutos se rige por los principios generales de la adquisición de frutos por el poseedor, que son distintos (arts. 2422 Ver Texto y sigs., Cód. Civ.).

b) Ciertos actos nulos producen algunos efectos muy importantes (véase núms. 1283 y sigs.), que no ocurren cuando media inexistencia. Particularmente trascendental es el caso del matrimonio. Si fuera inexistente, no produce efectos civiles, aun cuando las partes tuvieran buena fe (art. 223 Ver Texto ); por lo tanto, la unión es un concubinato y los hijos extramatrimoniales. Si, por el contrario, se tratara de un matrimonio nulo, contraído de buena fe, tiene carácter putativo y los hijos son legítimos (arts. 221 Ver Texto y 222).

c) Los terceros adquirentes de un derecho real de buena fe y por título oneroso están amparados contra las consecuencias de la declaración de nulidad de un acto antecedente (art. 1051 Ver Texto ) pero no están amparados si el acto ha sido declarado inexistente (véase núm. 1279).

d) La inexistencia puede ser declarada de plano, de oficio y sin previo juicio contradictorio (ver nota 9), ya que nadie puede pretender extraer consecuencias jurídicas de un acto inexistente.

e) A diferencia de la acción de nulidad, la acción de inexistencia no prescribe ni precluye y la cosa juzgada no obsta a su planteamiento (ver nota 10).

Agrega LLAMBÍAS otra diferencia: la nulidad absoluta no puede alegarse por el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba (art. 1047 Ver Texto , Cód. Civ.) (ver nota 11). En cambio, es obvio que la declaración de inexistencia puede pedirse inclusive por quien es culpable de esa situación aparente. No nos parece que esta diferencia tenga importancia en el caso de los actos nulos de nulidad absoluta; pues, en esa hipótesis, el juez debe declarar la nulidad aun cuando la hubiera pedido la parte culpable (véase núm. 1248).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la bibliografía general indicada en nota 1976, véase: LLAMBÍAS, J., Diferencia específica entre la nulidad y la inexistencia de los actos jurídicos, L.L., t. 50, p. 876; íd., Vigencia de la teoría del acto inexistente, Rev. Facultad Derecho de Buenos Aires, julio-septiembre 1948, ps. 631 y s.; CORDEIRO ÁLVAREZ, E., El acto jurídico inexistente, Córdoba, 1943; NIETO BLANC, Inexistencia y nulidad, L.L., t. 94, p. 806.

(nota 2) Véase LLAMBÍAS, Vigencia de la teoría del acto inexistente, loc. cit., p. 635, n° 5.

(nota 3) LLAMBÍAS, artículo citado en nota anterior, p. 639; íd., Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos, n° 3; PLANIOL, Traité élémentaire, t. 1, n° 346.

(nota 4) De acuerdo: C. Civil 1ª Cap., 9/8/1948, L.L., t. 52, p. 470, y J.A., 1948-IV, p. 137 y C. Civ. y Com. La Plata, 9/10/1951, L.L., t. 65, p. 56; en contra: LLAMBÍAS, que cree que es un acto nulo, rectificando la opinión contraria, por la que antes se había inclinado (Vigencia de la teoría del acto inexistente. Rev. Facultad de Derecho de Buenos Aires, julio-septiembre 1948, p. 645, nota 38). Sobre la distinción entre la función autorizante y la integrante del oficial público, véase FERRARA, Simulación de los negocios jurídicos, trad. esp., ps. 124 y s.

(nota 5) De acuerdo en que es un caso de inexistencia: FERRER, La adopción, n° 10.

(nota 6) LLAMBÍAS, Parte General, t. 2, n° 1909 y s., y artículos citados en nota 2023, y MOYANO, Efectos de las nulidades, p. 49, n° 77; en el mismo sentido: CORDEIRO ÁLVAREZ, El acto jurídico inexistente, Córdoba, 1943; LÓPEZ OLACIREGUI, en SALVAT, t. 2, n° 2641-C; Sup. Corte Buenos Aires, 17/5/1955, L.L., t. 79, p. 457; C. Civil Cap., Sala A, 29/11/1960, L.L., t. 101, p. 933; CIFUENTES, Negocio jurídico, § 305; BELLUSCIO, La teoría de la inexistencia, en Estudios en homenaje al Dr. Pedro León, p. 375; LÓPEZ OLACIREGUI, en SALVAT, Parte General, t. 2, p. 764; IMAZ, Teoría del acto inexistente, L.L., t. 89, p. 893; BOFFI BOGGERO, Nulidad de los actos jurídicos, en Enciclopedia Omeba, t. 20, p. 458. En contra: SPOTA, Tratado, t. 6, p. 724; ARAUZ CASTEX, Derecho civil, Parte General, t. 2, p. 404; ZANNONI, Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos, ps. 138 y s.

(nota 7) CORNEJO, R., Un aspecto de la teoría del matrimonio putativo, p. 39; PRAYONES, Familia, n° 51; FASSI, De la inexistencia y de la nulidad del matrimonio, Anales de la Facultad de Derecho La Plata, t. 13, p. 46 y 78; BUSSO, t. 2, nota al art. 84, n° 68; LEGÓN, Plazos para peticionar la nulidad del matrimonio, J.A., t. 54, p. 740; RÉBORA, Instituciones de la familia, t. 2, p. 151; LLERENA, t. 1, p. 392; SEGOVIA, Obra complementaria del Código Civil anotado, p. 34, nota 154; LAZCANO, Inexistencia del matrimonio contraído en el extranjero en violación del derecho argentino, L.L., t. 67, p. 822; MACHADO, t. 1, ps. 278 y s.; MOLINARIO, Improcedencia de la interpretación extensiva del art. 86, Ley de Matrimonio civil, n° 52; BIDART CAMPOS, El matrimonio inexistente, nota al fallo 20.221 de J.A. En cambio, LAFAILLE, Familia, n° 272, y DÍAZ DE GUIJARRO, J.A., 1954-IV, sec. doct., p. 3, rechazan la teoría de la inexistencia.

(nota 8) C. Civil Cap., Sala A, 29/11/1960, L.L., t. 101, p. 933; C. Civil 1ª Cap., 17/2/1944, L.L., t. 33, p. 455 y J.A., 1944-I, p. 155; íd., 9/8/1948, L.L., t. 52, p. 470 y J.A., 1948-IV, p. 137; Sup. Corte Buenos Aires, 17/5/1955, L.L., t. 79, p. 457; íd., 17/11/1992, L.L., fallo n° 91.327; C. 2ª Apel. La Plata, 9/10/1951, L.L., t. 65, p. 56; C. Apel. San Martín, 14/9/1978, L.L., 1980-A, p. 102.

(nota 9) C. Civil Cap., Sala A, 23/2/1962, L.L., t. 106, p. 488; íd., 28/2/1964. E.D., t. 7, p. 372; Sala B, 9/12/1988. L.L., 1989-B, p. 486; IMAZ, Teoría del acto inexistente, L.L., t. 89, p. 893.

(nota 10) C. Civil Cap., Sala B, 9/12/1988, L.L., 1989-B, p. 486; íd., 19/5/1989, E.D., fallo n° 42.140; Sup. Corte Buenos Aires, 17/11/1992, L.L., fallo n° 91.327.

(nota 11) LLAMBÍAS, Derecho Civil, Parte General, t. 2, n° 1915 y art. cit. Rev. Facultad Derecho de Buenos Aires, julio-setiembre 1948, p. 656; Sup. Corte Buenos Aires, 17/5/1955, L.L., t. 79, p. 457.

1118/11060

§ 3.– Efectos de la nulidad  
1118/11070

#### A.– EFECTOS ENTRE LAS PARTES

1118/1264

1264. PRINCIPIO GENERAL.– El principio general en esta materia está sentado en el artículo 1050 Ver Texto , Código Civil: la nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado. La solución es perfectamente lógica, puesto que anular implica tener por no ocurrido. Ya veremos, sin embargo, cómo la cuestión, que desde el punto de vista lógico parece simple, presenta arduos problemas.

Ante todo es necesario distinguir dos hipótesis diferentes: a) que el acto no haya sido ejecutado; en tal caso, declarada la nulidad, no es posible exigir el cumplimiento de las obligaciones que de él derivan; más aún: si la nulidad aún no ha sido declarada, puede ser opuesta por vía de excepción por el interesado, sin que quepa formular a este respecto

ninguna distinción entre actos nulos y anulables (art. 1058 bis Ver Texto ); b) que el acto haya sido parcial o totalmente ejecutado; ésta es la hipótesis que da lugar a mayores dificultades; en los números siguientes estudiaremos sucesivamente los distintos problemas que se presentan.

1118/1265

1265. OBLIGACIÓN DE RESTITUIR.— La anulación obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido en virtud del acto anulado. Esta regla sentada en el artículo 1052 Ver Texto es una simple aplicación del principio del artículo 1050 Ver Texto .

Pero adviértase que, como lo ha hecho notar MOYANO (ver nota 1), la obligación de restituir no proviene de la nulidad, sino del título que pueda invocar cada parte sobre la cosa entregada; el fundamento de la restitución es la subsistencia del derecho preexistente al acto nulo, que éste ha dejado inalterado (ver nota 2).

1118/1266

1266. FRUTOS.— Puede ocurrir que, como consecuencia de un acto nulo, las partes hayan entregado cosas productoras de frutos. En los artículos 1053 Ver Texto y 1054, el Código Civil ha previsto dos hipótesis distintas; veamos las soluciones legales y los reparos que merecen:

1118/1267

1267.— Si el acto fuere bilateral, y las obligaciones correlativas consistiesen ambas en sumas de dinero o en cosas productivas de frutos, no habrá lugar a la restitución respectiva de intereses o de frutos sino desde el día de la demanda de nulidad. Los intereses y los frutos percibidos hasta esa época se compensan entre sí (art. 1053 Ver Texto ).

Es obvio que la compensación de que habla esta norma sólo se opera en el caso de que ambos contratantes sean de buena o mala fe (ver nota 3); pero si uno de ellos fuera de buena y otro de mala fe, no cabría compensación alguna, porque ello importaría premiar al contratante deshonesto. Veamos un ejemplo muy ilustrativo. El propietario de un viñedo improductivo obtiene, por medio de informes falsos sobre su rendimiento y por ocultamiento de la enfermedad de las cepas, que otro dueño de un viñedo en plena producción le permute la propiedad. El acto se consuma; pero demandada la nulidad y demostrado el dolo, el acto queda sin efecto y ambas partes deben restituirse los viñedos mutuamente. Si se aplicara a este caso el artículo 1053 Ver Texto , resultaría que la parte

que procedió con dolo se beneficiaría con la producción de la buena viña y la víctima no percibiría fruto alguno (ver nota 4).

En el caso de que ambas partes sean de buena o mala fe, la compensación dispuesta por el artículo 1053 Ver Texto tiene la ventaja práctica de evitar una doble liquidación de frutos, con todas las dificultades que ello suele presentar (ver nota 5). Sin embargo, sería preferible que este artículo no se hubiera escrito y que la adquisición de los frutos se rigiera por las reglas generales de los artículos 2422 Ver Texto y siguientes del Código Civil, pues lo justo es que el poseedor de buena fe adquiera los frutos de la cosa.

1118/1268

1268.— Si de dos objetos que forman la materia del acto bilateral, uno solo de ellos consiste en una suma de dinero, o en una cosa productiva de frutos, la restitución de los intereses o de los frutos debe hacerse desde el día en que la suma de dinero fue pagada, o fue entregada la cosa productiva de frutos (art. 1054 Ver Texto , Cód. Civ.).

También esta solución es francamente objetable. Sin formular ninguna distinción, se obliga al poseedor de buena fe, a restituir los frutos desde el momento de la entrega de la cosa, como si fuera de mala fe (art. 788 Ver Texto , Cód. Civ.). La injusticia de tal disposición es evidente. También en este caso se impone la reforma que remita la solución del caso a los principios generales en materia de adquisición de frutos.

1118/1269

1269.— Aunque los artículos 1053 Ver Texto y 1054 hablan de actos bilaterales, de su contexto resultará evidente que se refieren a los contratos bilaterales. ¿Deben aplicarse estas normas también a los contratos unilaterales? Creemos que no. Ante todo, porque las excepciones a los principios generales deben interpretarse restrictivamente y ya hemos visto que estos artículos son excepciones a los principios que dominan la adquisición de los frutos; en segundo lugar, porque siendo más justa la solución que surge de la aplicación de los principios generales, debe preferírsela, de acuerdo con la regla elemental de hermenéutica, según la cual si una ley permite dos interpretaciones distintas, debe optarse por la que sea más justa (véase núm. 215) (ver nota 6).

1118/1270

1270. PRODUCTOS.— El Código nada dice respecto de ellos en el título de las nulidades; en consecuencia, debe aplicarse la regla del artículo 2444 Ver Texto , según la cual, tanto el

poseedor de mala fe como el poseedor de buena fe deben restituir los productos que hubieren obtenido de la cosa, que no entran en la clase de frutos propiamente dichos. En este último caso, superfluo resulta decirlo, se aplican las reglas relativas a los frutos.

1118/1271

1271. GASTOS Y MEJORAS.— La ausencia de disposiciones especiales en materia de nulidad, permite aplicar los principios generales de los artículos 2427 Ver Texto , y siguientes, Código Civil, relativos a los poseedores de buena y mala fe.

1118/1272

1272. TEORÍA DE LLAMBÍAS.— Sostiene LLAMBÍAS que los artículos 1050 Ver Texto -1055, Código Civil, se refieren exclusivamente a los actos anulables. Los efectos de los nulos no estarían regidos por ellos, sino por los principios generales del Código Civil relativos a la restitución de cosas ajenas y a la adquisición de los frutos. El argumento central de su tesis es el siguiente: si en los actos nulos la invalidez es independiente de la sentencia, no es posible asignar a ésta la fuerza destructora de las consecuencias producidas, sino al acto mismo (ver nota 7). No obstante su rigor lógico, el argumento no nos parece decisivo. Aun tratándose de nulidades dispuestas ab initio por la ley, la sanción no significa privar de todos sus efectos a los actos nulos, pues la misma ley, no la sentencia, les atribuye a veces efectos muy importantes. Y aunque la original interpretación de LLAMBÍAS permitiría una solución más justa del problema de la adquisición de los frutos, no creemos que sea posible apartarse del texto de los artículos 1053 Ver Texto y siguientes, que son muy claros cuando comprenden tanto a los actos nulos como a los anulables.

1118/1273

1273. DAÑOS Y PERJUICIOS.— Además del deber de restituir, estudiado en los números precedentes, el artículo 1056 Ver Texto establece la obligación de indemnizar los perjuicios derivados del acto anulado. Como lo hace notar con acierto MOYANO, no se trata en este caso de un efecto propio de la nulidad; puede ocurrir, incluso, que haya nulidad sin indemnización, porque el fundamento de ésta es la culpa o el dolo. Así, por ejemplo, si la nulidad del acto se funda en un defecto de forma y el responsable de ello es el escribano, ¿cuál de las partes indemniza a la otra? Pero si una de ellas es culpable de la nulidad, comete un hecho ilícito que, como tal, debe ser reparado de acuerdo con los principios generales relativos a esta materia (ver nota 8). Puede también suceder que la declaración de nulidad sea inocua, como ocurrirá siempre que la cosa haya sido transmitida a un tercero a quien la ley le reconozca el derecho de conservarla en su poder. El acto quedará firme y la única sanción efectiva será la indemnización (art. 1057 Ver Texto ).

En suma: nulidad e indemnización de daños y perjuicios son sanciones independientes entre sí. La primera procura dejar sin efecto el acto contrario a la ley; la segunda, reparar los perjuicios ocasionados por el acto ilícito, si los hay.

A esta indemnización se aplican las reglas de los hechos ilícitos (art. 1056 Ver Texto ); lo que significa que la reparación debe ser integral, los responsables de la nulidad son solidariamente responsables (art. 1081 Ver Texto y 1109 Ver Texto ) y el daño moral será siempre indemnizable (art. 1078 Ver Texto ), sin que su procedencia o improcedencia quede librada al criterio judicial, como ocurre en caso de responsabilidad contractual (art. 522 Ver Texto ).

1118/1274

1274. PRIVILEGIO DE LOS INCAPACES.— Establece el artículo 1165 Ver Texto del Código Civil que declarada la nulidad de los contratos, la parte capaz de contratar no tendrá derecho para exigir la restitución de lo que hubiere dado, o el reembolso de lo que hubiere pagado, o gastado, salvo si probase que existe lo que dio, o que redundara en provecho manifiesto de la parte incapaz.

Esta norma, que sanciona una solución tradicional, acogida por todas las legislaciones contemporáneas, se propone proteger a los incapaces contra las posibles maquinaciones de quienes pretendieran medrar aprovechándose de su inferioridad psíquica. Importa una notable excepción al régimen de las nulidades, pues no obstante la declaración judicial de invalidez, la parte capaz no tiene, en principio, derecho a exigir la restitución de lo dado o pagado.

Como es obvio, este precepto se refiere exclusivamente a los incapaces de hecho (ver nota 9), puesto que las incapacidades de derecho, salvo excepciones, se establecen, no en protección del incapaz, sino de la persona en mira a la cual se ha dictado la prohibición legal.

1118/1275

1275.— Las condiciones necesarias para que funcione este privilegio son las siguientes:

a) Es preciso que el acto se haya celebrado entre una persona capaz y una incapaz; así se desprende de los términos inequívocos del artículo 1165 Ver Texto . Por lo tanto, esta norma no funciona en el caso de que ambas partes sean incapaces, puesto que su

fundamento es la posible explotación de la minoridad, demencia, etcétera, por quienes se hallan en plenitud de sus facultades.

b) Es necesario que el acto no se haya originado en el dolo o violencia ejercida por el incapaz sobre la otra parte, pues en tal caso el privilegio sería repugnante a la lógica y a la moral.

c) Finalmente, la parte capaz podría exigir la restitución si probara que existe lo que dio o que hubiera redundado en provecho manifiesto del incapaz. El propósito de la ley ha sido evitar perjuicios a éste, impedir un empobrecimiento como consecuencia del acto anulado, como ocurriría si hubiera dilapidado o gastado irrazonablemente lo que recibió; pero si se ha enriquecido con la cosa o dinero, o lo ha empleado útilmente, como sería en la adquisición de bienes, gastos de subsistencia, de enfermedad, etcétera, entonces el incapaz está obligado a restituir (ver nota 10).

Puede ocurrir que la inversión realizada por el menor, útil y razonable en el momento de hacerla, resulte posteriormente inconveniente e, incluso, que desaparezcan o se pierdan los bienes adquiridos. ¿Está en tal caso obligado a restituir? En otras palabras: ¿el provecho manifiesto de que la ley habla, debe juzgarse en el momento de la inversión o en el de la demanda de restitución? Algunos autores sostienen, con un criterio benevolente para el incapaz, que el provecho debe apreciarse en el instante en que se inicia la litis (ver nota 11). Pero esta solución no nos parece acertada: ante todo, los privilegios son de interpretación restrictiva; en segundo lugar, no se ve cómo puede compaginarse este punto de vista con lo admitido universalmente respecto de los gastos útiles; así, por ejemplo, lo invertido en enfermedades, subsistencia, etcétera, se tiene como provechoso y da derecho a la parte capaz de repetir su importe, no obstante que los bienes hayan desaparecido del patrimonio del incapaz. Para ser congruente con dicha solución, es necesario admitir que la utilidad o provecho debe juzgarse en el momento de la inversión y no en el de la demanda (ver nota 12).

1118/1276

1276.— El privilegio del incapaz no depende de la buena o mala fe de la parte capaz, que muy bien pudo ignorar la minoridad o la demencia de quien contrató con ella. La ley no hace sobre este punto distinción alguna, de acuerdo con la solución clásica en esta materia. La razón que ha inspirado esta falta de discriminación, aparentemente injusta, es la dificultad de la prueba de la mala fe; si ésta fuera condición del funcionamiento del privilegio, rara vez podría aplicarse.

(nota 1) MOYANO, J.A., Las restituciones del art. 1052 Ver Texto , Cód. Civ., no son efecto de la anulación de los actos jurídicos, J.A., t. 43, p. 293. LLAMBÍAS participa de este punto de vista en lo que atañe a los actos nulos, no así en los anulables (obra citada en nota anterior, núms. 23 y 52).

(nota 2) Véase, sin embargo, la crítica formulada a este punto de vista por DASSEN, Efectos de la nulidad, J.A., 1956-III, sec. doct., p. 85.

(nota 3) De acuerdo: C. Com. Cap., 31/5/1957, L.L., t. 94, p. 83; C. Apel. Río Cuarto, 21/4/1975, J.A., diario del 25/9/1975; LLAMBÍAS, Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos, n° 54; MOYANO, Efectos de las nulidades, n° 237 y s.; SEGOVIA, t. 1, nota al art. 1053, p. 300; LLERENA, t. 4, art. 1053, n° 1, p. 116. En contra: SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 2648; MACHADO, t. 3, nota al art. 1053, p. 327; ECHEVERRY BONEO, Parte General, t. 3, n° 445, quienes fundándose en el manido adagio: ubi lex non distinguit... sostienen que la compensación se opera en todo caso, aunque una de las partes sea de buena fe y la otra no lo sea. ZANNONI sostiene que el art. 1053 Ver Texto se aplica sólo al caso de que ambas partes sean poseedoras de buena fe; pero si ambas fueran de mala fe, el caso queda fuera del art. 1053 Ver Texto y exige la aplicación de las normas derivadas de la restitución de frutos por el poseedor: Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos, p. 235.

(nota 4) El ejemplo ha sido tomado de MOYANO, Efectos de las nulidades, p. 129, n° 242.

(nota 5) FREDERKING, O., Nulidad de los actos jurídicos, p. 63, n° 46.

(nota 6) De acuerdo: LLAMBÍAS, Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos, n° 24.

(nota 7) LLAMBÍAS, Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos, n° 24.

(nota 8) MOYANO, Efectos de las nulidades, n° 24; LLAMBÍAS, Derecho Civil, Parte General, t. 2, n° 1710.

(nota 9) LLAMBÍAS, Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos, n° 27; MACHADO, t. 3, p. 462.

(nota 10) LLAMBÍAS, Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos, n° 27; LLERENA, t. 4, ps. 240 y s., art. 1165; MACHADO, t. 3, p. 469, nota.

(nota 11) LLAMBÍAS, Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos, n° 27; AUBRY y RAU, 4ª ed., t. 4, p. 260, texto y nota 6.

(nota 12) De acuerdo: PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, ed. La Habana, t. 6, n° 323.

1118/11080

## B.— EFECTOS RESPECTO DE TERCEROS

1118/1277

1277. EL ARTÍCULO 1051 Y SU REFORMA (ver nota 1).— El artículo 1051 Ver Texto del Código Civil disponía que: todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual. Ahí terminaba el texto legal. El supuesto era el siguiente: una persona vende a otra un inmueble, y el comprador lo vende a su vez a un tercero. Luego aparece un vicio del primer acto; la nulidad de éste entraña la nulidad de la segunda transacción. El tercer adquirente se ve así despojado de su propiedad y ni siquiera podrá recuperar el precio. Si su enajenante resulta insolvente la solución era dura y tanto la jurisprudencia como la doctrina hicieron un esfuerzo para atenuar la injusticia de la norma. El texto del artículo 1051 Ver Texto era claro y ninguna duda podía haber que, por lo menos, era aplicable a los actos nulos. Sobre este punto no había disidencia. Pero según una opinión que aunque controvertida (ver nota 2) podía considerarse predominante, el artículo 1051 Ver Texto no era aplicable a los actos anulables, si el tercer subadquirente lo era de buena fe y a título gratuito (ver nota 3). Hay que reconocer que esta distinción entre actos nulos y anulables era bastante forzada, pero tenía la virtud de atenuar los efectos de una disposición legal injusta.

1118/1278

1278.— El sistema estaba pidiendo una reforma. Y la llevó a cabo la ley 17711 añadiendo al artículo 1051 Ver Texto , que hemos transcripto, un párrafo que dice: salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulable. La salvedad final es tan extensa e importante, que en verdad invierte la regla sentada en la primera parte del artículo. Hoy los subadquirentes por título oneroso y de buena fe, están

cubiertos contra toda sorpresa que pudiera derivarse de la nulidad de cualquiera de los actos de transmisión que constituyen el antecedente de su título. Ellos pueden rechazar cualquier acción de reivindicación.

La ley dispone expresamente que este régimen se aplique, trátese de actos nulos o anulables. Vale decir, se da a ambos el mismo tratamiento legal. Tampoco importa que la nulidad sea absoluta o relativa (ver nota 4), la ley no distingue y es lógico que así sea.

Pero si el tercer subadquirente ha sido de mala fe (es decir, si conocía la causa de nulidad de la anterior transmisión) o si la adquisición del derecho ha sido por título gratuito, la ley no lo ampara y la nulidad del acto anterior deja sin efecto los derechos adquiridos sobre el inmueble, conforme lo disponía el artículo 1051 Ver Texto en su primera parte.

1118/1279

1279.— El artículo 1051 Ver Texto se refiere a los actos nulos o anulables. Pero no a los inexistentes. Debemos admitir, por consiguiente, que en este supuesto el tercero subadquirente no está protegido por el artículo 1051 Ver Texto . El ejemplo más típico en esta materia es el de la falsificación de una escritura de venta. Supongamos que con la complicidad de un escribano, se falsifica la firma del propietario de un inmueble, quien aparece como vendedor. Luego, el comprador enajena a su vez el inmueble, a un tercero de buena fe y por título oneroso. No cabe duda de que el propietario debe ser amparado por la ley (ver nota 5). En primer lugar, la venta no realizada por el dueño y hecha por quien no tiene ningún título debe, en tanto acto de transmisión del dominio, considerarse inexistente; no estamos pues dentro del ámbito del artículo 1051 Ver Texto , que sólo se refiere a los actos nulos o anulables. Además, aplicar, también en este supuesto el artículo 1051 Ver Texto , sería inicuo. No es posible que la ley admita un despojo del verdadero dueño sobre la base de actos pasados entre terceros. Es cierto que el tercero de buena fe se verá defraudado en sus intereses, pero eso ocurre siempre que una persona es víctima de un delito. Y la víctima ha sido él (con quien negoció y contrató el defraudador) y no el verdadero propietario que permaneció ajeno al acto.

1118/1280

1280.— Para que el tercero adquirente de un inmueble pueda reputarse de buena fe, ¿basta con que el inmueble esté inscripto en el Registro de la Propiedad a nombre del vendedor? Por nuestra parte consideramos que la inscripción en el Registro a nombre del vendedor es sólo un indicio, desde luego muy importante, de la buena fe del comprador; pero si el examen de los títulos pone de manifiesto un vicio, el comprador no puede considerarse de buena fe ya que él tiene la obligación legal de examinarlos (ver nota 6). El estudio de los títulos sigue siendo pues, de capital importancia.

1118/1281

1281.— El artículo 1051 Ver Texto no se aplica a la acción de reducción, respecto de la cual sigue vigente el artículo 3955 Ver Texto con sus efectos reipersecutorios. Hemos tratado el tema en otro lugar (Tratado de Derecho Civil, Sucesiones, t. 2, núm. 998).

1118/1282

1282.— Supuesto que la acción de nulidad fuera procedente, la parte interesada puede reclamar del tercero, bien la restitución de la cosa, bien la indemnización del daño provocado por el acto nulo (ver nota 7), siempre que no exceda del valor de aquélla. Naturalmente, esta opción sólo cabe si la nulidad es relativa, pues siendo absoluta, no es posible admitir la sustitución del efecto normal de la nulidad —que es la restitución— pues ello importaría mantener en pie un acto en cuya invalidez está interesado el orden público (ver nota 8). Y si se probara la mala fe del tercero, estará obligado, no sólo a restituir sino también a pagar los daños y perjuicios resultantes del acto (art. 1056 Ver Texto , Cód. Civ.).

1118/1283

1283.— Lo dicho hasta aquí se refiere a los derechos adquiridos sobre inmuebles. En cuanto a los muebles, el adquirente de buena fe y por título oneroso está protegido contra toda acción de reivindicación, salvo que la cosa fuera robada o perdida (arts. 2412 Ver Texto , 2413, 2778 Ver Texto ).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: ALTERINI, El art. 1051, C. Civil y el acto inoponible, J.A., Doctrina, 1971, p. 634; GUASTAVINO, La protección a terceros adquirentes de inmuebles, J.A., Doctrina, 1973, p. 93; CARNEIRO, Régimen de las nulidades en la reforma al Código Civil, Revista del Notariado, nº 702, p. 1406.

(nota 2) La exposición más completa y erudita de este punto de vista se encontrará en el importante trabajo de ALSINA ATIENZA, Retroactividad de la anulación de los actos jurídicos, J.A., 1950-II, sec. doct., p. 3. En el mismo sentido: SALVAT, Parte General, nº 2559, y s.; y su anotador LÓPEZ OLACIREGUI, nº 2262-A; LAFAILLE, Apuntes de Parte General, t. 1, p. 256; BIBILONI, nota al art. 389, del Anteproyecto; ECHEVERRY BONEO, Curso de Parte General, t. 3, nº 439; DE GÁSPERI, Obligaciones, t. 1, ps. 697 y s., nº 722; FREDERKING, Nulidad de los actos jurídicos, ps. 65. y s. Digamos sin embargo

que SALVAT (Reales, t. 2, n° 2084), LAFAILLE (Reales, Ediar, p. 443, n° 2081), BIBILONI, DE GÁSPERI y FREDERKING encuentran injusta la solución del Código aplicada a los terceros de buena fe.

(nota 3) La exposición más completa de este punto de vista se debe a LLAMBÍAS, Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos, especialmente, n° 60 y s.; de acuerdo: MACHADO, t. 3, nota al art. 1046, p. 322; LLERENA, t. 4, p. 115; CASTIGLIONE, Nulidad de los actos jurídicos, n° 72; BUSTAMANTE, F., El título anulable y el sucesor singular de buena fe, Boletín Instituto de Enseñanza Práctica, 1936, ps. 65 y s.; FORNIELES, S., Reivindicación contra el adquirente de buena fe, J.A., 1943-IV, sec. doct., p. 7. La jurisprudencia moderna se inclinaba decididamente por esta solución: C. Civil Cap., Sala A, 9/12/1960, causa 60.918 (inérita); C. Civil Cap., 13/1/1981, Jurisprudencia Civil, vol. 33, t. 1, serie 4ª, p. 5; Juez ARANA, 22/12/1903, Jurisprudencia Civil, t. 162, p. 165; C. Civil 1ª Cap., 9/12/1942, L.L., t. 25, p. 822; C. Civil 2ª Cap., 12/8/1944, J.A., 1945-II, p. 650; íd., 22/6/1945, J.A., 1945-III, p. 932; C. Apel. Rosario, en pleno, 5/6/1942, J.A., 1943-I, p. 771; Sup. Trib. Santa Fe, 4/12/1945, J.A., 1946-III, p. 524. En contra: C. Civil 1ª Cap., 30/7/1917, G.F., t. 9, p. 209; C. Civil 2ª Cap., Jurisprudencia de los tribunales Nacionales, noviembre de 1912, p. 193; íd., 27/8/1943, J.A., t. 47, p. 634.

(nota 4) De acuerdo: ANDORNO, Teoría de la apariencia, E.D., t. 116, p. 930.

(nota 5) En este sentido, C. Civil Cap., Sala A, E.D., t. 106, p. 657; Sala F, 15/11/1978, L.L., 1979-D, p. 114; Sala F, 21/3/1996, E.D., fallo n° 47.951; Sala F, 27/8/1979, L.L., 1980-D, p. 290, con nota aprobatoria de HIGHTON, Y., E.D., t. 87, p. 251; C. Apel. San Martín, 14/9/1978, L.L., 1980-A, p. 103; VILLALBA WELSH, Revista del Notariado, n° 772, p. 877; LEVITAN, Prescripción adquisitiva de dominio, 2ª ed., p. 118; VENINI, El art. 1051, Cód. Civ. y las transmisiones a non domino, J.A., 1982-III, p. 712; C. Apel. Bahía Blanca, 30/11/1976, L.L., 1977-D, p. 141 (implícitamente); PÉREZ LASALA, nota en L.L., t. 148, p. 1128; DEL CARRIL, Nulidad, E.D., t. 61, p. 1009, n° 42; ANDORNO, El art. 1051 y los terceros adquirentes de buena fe; ALTERINI, nota en J.A., Doctrina, 1971, p. 640 (considera que el acto es inoponible al propietario); GUASTAVINO, nota en J.A., Doctrina, 1973, p. 106, n° 17; ANDORNO, nota cit. en nota anterior; CIFUENTES, Negocio jurídico, § 378; declaración de las Quintas Jornadas de Derecho Civil de 1971 (citadas por GUASTAVINO). En contra SPOTA, Curso sobre temas de derecho civil, ps. 24 y 400; ALSINA ATIENZA, Los derechos reales en la reforma del Código Civil, J.A., Doctrina 1969, p. 466, n° 71 (si bien critica la solución que considera legal); STRATTA, Efectos jurídicos de la apariencia, E.D., t. 116, p. 939 (pero haciendo la salvedad de que el tercero sólo puede oponer su derecho si ha recibido la tradición del inmueble).

(nota 6) ALTERINI y GUASTAVINO, trabajos citados en la nota anterior; CARNEIRO, Régimen de las nulidades en la reforma del Código Civil, n° 702, p. 1411, nota 5; MARTÍNEZ RUIZ, La reforma del Código Civil y la seguridad jurídica, Revista del

Notariado, nº 702, p. 1397; VILLALBA WELSH, La reforma del art. 1051, Cód. Civ. y su proyección notarial, Revista del Notariado nº 772, p. 877; ANDORNO, La teoría de la apariencia, E.D., t. 116, p. 930.

(nota 7) C. Civil, 1ª Cap., 25/11/1935, J.A., t. 53, p. 106. De acuerdo: LLAMBÍAS, Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos, nº 34 y s.

(nota 8) De acuerdo: LLAMBÍAS, Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos, nº 26.

1118/11090

#### C.— EFECTOS ESPECIALES DE CIERTOS ACTOS NULOS O ANULABLES

1118/1284

1284.— No obstante la declaración de nulidad, algunos actos, por disposición expresa de la ley, suelen producir ciertos efectos, algunas veces muy importantes. Veamos los principales casos.

1118/1285

1285. ACTOS SOLEMNES.— Los artículos 515 Ver Texto , inciso 3º, y 791, Código Civil, establecen que los actos a los cuales faltan las formalidades que la ley exige dan origen a obligaciones naturales; no obstante la nulidad, una vez cumplido el acto, no hay lugar a repetición.

1118/1286

1286. INSTRUMENTOS PÚBLICOS.— Los instrumentos nulos por falta de forma o por incompetencia del oficial público valen como instrumentos privados si estuviesen firmados por las partes aun cuando no reúnan los requisitos legales de estos últimos (art. 987 Ver Texto , Cód. Civ.). El campo de aplicación de esta norma es muy reducido pues, hallándose firmado por las partes, el único requisito que puede faltar a un instrumento privado es el doble ejemplar, formalidad ésta cuyo interés práctico es bastante limitado (véase núms. 996 y sigs.).

1118/1287

1287. MANDATO.— El nuevo mandato, aunque sea nulo por vicio de forma, revoca al anterior (art. 1973 Ver Texto , Cód. Civ.).

1118/1288

1288. TESTAMENTOS.— El artículo 3838 Ver Texto , Código Civil, establece que: toda enajenación de la cosa legada, sea por título gratuito u oneroso, o con pacto de retroventa, causa la revocación del legado, aunque la enajenación resulte nula y aunque la cosa vuelva al dominio del testador. La enajenación nula revoca, pues, el legado.

En la nota se aclara, sin embargo, que la revocación no tiene lugar cuando la causa de la nulidad ha sido un vicio del consentimiento. Esta solución parece justísima en caso de violencia, puesto que la razón por la cual se priva de efectos al legado de una cosa posteriormente enajenada por el testador, aunque esa enajenación sea nula, es que el acto de disposición prueba su deseo de no hacer efectivo el legado. Pero si el consentimiento por aquel acto se hubiera obtenido por violencia, en realidad no puede hablarse de que la voluntad del testador se ha modificado. Distinto es el caso del dolo. El engaño recae casi siempre sobre las ventajas que la víctima puede sacar de la contraprestación; y aunque engañado sobre este punto, el hecho de enajenar revela que el testador desistía ya del propósito de legar la cosa. Creemos que, en este caso, el legado queda revocado (ver nota 1). Tampoco se revoca si la enajenación hubiere sido forzada por ejecución judicial (art. 3840 Ver Texto , Cód. Civ.).

Por su parte, el artículo 3670 Ver Texto , Código Civil, establece que el testamento cerrado que no pudiese valer como tal por falta de alguna de las solemnidades que debe tener, valdrá como testamento ológrafo, si estuviere todo él escrito y firmado por el testador. Adviértase que el testamento ológrafo debe estar escrito, fechado y firmado por el testador de su puño y letra (art. 3639 Ver Texto , Cód. Civ.), y que, en el caso del artículo 3670 Ver Texto , queda excusada la exigencia de la fecha.

1118/1289

1289. MATRIMONIO PUTATIVO.— El matrimonio nulo, pero contraído de buena fe, produce importantísimas consecuencias. La nulidad en este caso no tiene efectos retroactivos, y el acto producirá todos los efectos del matrimonio válido hasta el día que se

declare la nulidad, no sólo con relación a la persona y bienes de los cónyuges, sino también con respecto a los hijos, que se reputan legítimos.

(nota 1) De acuerdo: GATTI, De las mandas o legados, n° 356, texto y nota 788; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, t. 2, n° 223; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1901; JOSSERAND, t. 3, vol. 3. n° 1651. Compárese la opinión de MOYANO, Efectos de las nulidades de los actos jurídicos, n° 332 y s.

1118/11100

#### D.— MODO DE HACER VALER LA NULIDAD

1289-1. PUEDE Oponerse POR VÍA DE ACCIÓN O DE EXCEPCIÓN.— El interés de la persona que pretende la nulidad de un acto puede consistir en cambiar el status del derecho o en mantenerlo. Supongamos que una persona ha transmitido a otra un inmueble por escritura pública. Su interés es recuperar la cosa y para ello debe accionar por nulidad. Puede ocurrir también la situación opuesta. Una persona ha vendido a otra un inmueble por boleto de compraventa pero todavía no ha escriturado y se niega a hacerlo, aduciendo un vicio de nulidad. Aunque aun en este caso puede accionar para que se declare la nulidad, en realidad a ella le basta con negarse a escriturar. Es el comprador el que tiene interés en demandar y en este juicio, el demandado que pretende que existe un vicio de nulidad, debe oponerla. Se discutía si para hacerlo, el demandado debía reconvenir por nulidad o si podía también oponerla como excepción (ver nota 1). La ley 17711 ha resuelto la cuestión con un texto que elimina toda duda. El nuevo artículo 1058 Ver Texto dispone que la nulidad o anulabilidad, sea absoluta o relativa, puede oponerse por vía de acción o de excepción.

La solución es acertada y tiene importancia desde dos puntos de vista: a) que el demandado que ha opuesto la nulidad no pierde su derecho aunque omitiera reconvenir; b) que al oponer la nulidad como excepción no tiene que pagar el impuesto de justicia que, en cambio, hay que hacer efectivo si se reconviene.

Es necesario puntualizar, sin embargo, que la excepción de nulidad no es oponible en el juicio ejecutivo (ver nota 2), pues no es de las defensas que pueden oponerse en este juicio.

Bien entendido que la excepción de nulidad debe oponerse dentro de los términos de prescripción de la acción. Porque lo que no se puede hacer por vía de acción tampoco puede hacerse por vía de excepción. Y suele ocurrir que la acción de nulidad tiene un plazo de prescripción menor que la de cumplimiento del contrato. Así ocurriría si se alegara dolo

en la firma de un boleto de compraventa. Pasados dos años del hecho, la víctima del dolo tendría prescripta su acción (art. 4030 Ver Texto ), en tanto que seguiría en pleno vigor la acción por cumplimiento de la otra parte. En esa hipótesis, la víctima del dolo no puede limitarse a esperar la demanda por cumplimiento, sino que debe tomar la iniciativa de accionar por nulidad antes del vencimiento de los dos años, so pena de no poder oponer válidamente el dolo como excepción si es demandado luego de vencido aquel término (ver nota 3).

1289-2. CONTRA QUIÉN DEBE INTENTARSE.— La acción de nulidad debe intentarse contra todos los que intervinieron como partes en el acto impugnado (ver nota 4). De lo contrario, no podrá acogerse una nulidad que afectaría a quien no ha sido oído. Y si se trata de una nulidad formal la demanda deberá dirigirse también contra el escribano interviniente (ver nota 5).

(nota 1) La C. Civil Cap., Sala D, había decidido que le era necesario reconvenir: 23/6/1965, E.D., t. 16, p. 343.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala A, 23/12/1970, E.D., t. 37, p. 194; íd., 5/7/1973, E.D., t. 51, p. 692.

(nota 3) De acuerdo en que la excepción de nulidad es prescriptible: MAYO, La prescripción de la excepción de nulidad, E.D., t. 42, p. 897, nota 45 bis; CARRANZA, La acción y la excepción de nulidad, J.A., Doctrina 1974, p. 381, sostiene que la excepción de nulidad es imprescriptible cuando no hubiere principio de ejecución del contrato; prescriptible, si hubiera habido principio de ejecución. Sostienen que la excepción de nulidad es imprescriptible: MOISSET DE ESPANÉS, Régimen de la prescripción en la reforma al Código Civil, t. 1, p. 65; CARRANZA, La nulidad como excepción, en Examen y crítica de la Reforma al Código Civil, Parte General, p. 369; ARGAÑARAZ, La prescripción extintiva, n° 40; ZANNONI, Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos, p. 228.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala C, 13/8/1973, E.D., t. 53, p. 393; 24/10/1968, L.L., t. 135, p. 1145, 21.144-S; íd., 10/4/1969, L.L., t. 135, p. 983; Sala D, 28/7/1977, E.D., t. 75, p. 291.

(nota 5) C. Apel. La Plata, 6/7/1978, J.A., 1979-III, p. 253.

## E.— PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD

1289-3. DISTINTOS PLAZOS.— La acción de nulidad, trátase de actos nulos o anulables prescribe en el plazo común de diez años, salvo que la ley fije plazos menores (art. 4023 Ver Texto , modif. por leyes 17711 y 17940 ) (ver nota 1). Tal ocurre con la acción derivada del dolo, la violencia y la simulación, que prescribe a los dos años (art. 4030 Ver Texto ), con la de nulidad de los actos otorgados por incapaces, que también prescribe a los dos años (art. 4031 Ver Texto ) y con la de nulidad por vicios de lesión, que prescribe a los cinco años (art. 954 Ver Texto ).

Pero la acción derivada de una nulidad absoluta es imprescriptible (véase núm. 1252).

(nota 1) El Código Civil no tenía una disposición expresa sobre el plazo general de la acción de nulidad. Esta disposición fue introducida por la ley 17711 que por evidente error material declaraba aplicable el plazo a la nulidad relativa o absoluta. La ley 17940 corrigió la errata. La solución de la ley 17711 era ya admitida por la jurisprudencia anterior a su sanción: C. Civil Cap., Sala A, 18/4/1961, causa 70.681 (inérita); C. Civil Cap., Sala D, 11/2/1959, J.A., 1959-III, p. 105; C.S.N., 1/4/1936, L.L., t. 4, p. 176.

1118/11120

§ 4.— Confirmación de los actos jurídicos (ver nota 1)

1118/1290

1290. CONCEPTO.— La confirmación es el acto por el cual se sanean o purgan los vicios de otro acto anterior, que estaba sujeto a una acción de nulidad (art. 1059 Ver Texto , Cód. Civ.). Importa la renuncia a ejercer esta acción.

Es necesario distinguirla de la ratificación, que implica asumir y hacer propias las obligaciones contraídas por otra persona que ha actuado sin poder suficiente. La confirmación supone, por el contrario, un acto realmente otorgado por el mismo interesado o por su representante, pero que adolece de un vicio susceptible de provocar su invalidez. Del mismo modo, es preciso no confundirla con el simple reconocimiento que, en sentido estricto, consiste en admitir que han ocurrido ciertos hechos o se han celebrado actos, pero sin perjuicio de negarles validez jurídica.

1118/1291

1291. ACTOS SUSCEPTIBLES DE CONFIRMACIÓN.— Solamente los actos que adolecen de nulidad relativa son susceptibles de confirmación (art. 1058 Ver Texto , Cód. Civ.). En cambio, no lo son los absolutamente nulos (art. 1047 Ver Texto , in fine), ya que, mediando una razón de interés social o general en la invalidez, la voluntad de los contratantes es impotente para convalidarlos (véase núms. 1246 y sigs.).

1118/1292

1292. REQUISITOS.— En el artículo 1060 Ver Texto , Código Civil, se establecen los dos requisitos de la confirmación: a) En primer término, es necesario que haya cesado la incapacidad o vicio de que provenía la nulidad; así, por ejemplo, el menor no puede confirmar, hasta cumplir los 21 años, los actos celebrados durante la minoridad; un contrato celebrado bajo la presión de la violencia, no puede ser confirmado sino después que ésta haya cesado. b) En segundo lugar, que no concurra ninguna causal de nulidad del acto de confirmación.

1118/1293

1293. FORMAS.— La confirmación puede ser expresa o tácita.

a) Es expresa cuando se manifiesta por escrito la voluntad de convalidar el acto viciado. El instrumento público o privado debe contener: 1) la sustancia del acto que se quiere confirmar; no es necesaria la copia textual, bastando un resumen que permita individualizarlo; por excepción, el testamento nulo por defecto de forma debe ser transcrito íntegramente (art. 3829 Ver Texto , Cód. Civ.); 2) el vicio de que adolecía; 3) la manifestación de la intención de repararlo (art. 1061 Ver Texto , Cód. Civ.); 4) la forma debe ser la misma y con las mismas solemnidades que estén exclusivamente establecidas para el acto que se confirma (art. 1062 Ver Texto , Cód. Civ.). Esta última condición se refiere exclusivamente a las formas impuestas ad solemnitatem, puesto que, admitiéndose la confirmación tácita, es obvio que el instrumento de confirmación no tiene por qué ser solemne, salvo este caso especial. Así, por ejemplo, la escritura de compraventa de un inmueble que adoleciera de algún vicio de nulidad, podría ser confirmada por instrumento privado.

1118/1294

1294.— ¿Puede confirmarse verbalmente un acto jurídico? Entendemos que no. La ley habla sólo de instrumentos; y esta solución parece razonable, puesto que si las partes no quieren tomarse la molestia de redactar por escrito un nuevo acto, tienen la vía de la confirmación tácita; pero si optan por hacerlo expresamente, es necesaria la forma escrita que da precisión al objeto concreto del nuevo acto y evita los inconvenientes y la inseguridad de la prueba testimonial.

Pero no es necesario el doble ejemplar; basta con que el instrumento de confirmación esté en manos de la parte contra la cual podría dirigirse la acción de nulidad (ver nota 2).

1118/1295

1295.— b) La confirmación tácita es la que resulta de la ejecución total o parcial del acto (art. 1063 Ver Texto , Cód. Civ.), una vez desaparecido el vicio que lo invalidaba.

La ejecución del acto, para que tenga validez confirmatoria, debe ser la expresión de una voluntad libre y capaz. Por lo tanto, si ha sido forzada por un procedimiento judicial, como el juicio ejecutivo, u obtenida por dolo o violencia, no convalida el acto.

1118/1296

1296.— No sólo la ejecución total o parcial de las obligaciones concretamente impuestas por el acto viciado importa la confirmación. También producen ese efecto ciertos actos que envuelven una voluntad inequívoca de tenerlo por firme (ver nota 3). Tal es el caso de quien ha adquirido un inmueble, engañado por el vendedor, y luego lo enajena a un tercero o realiza otro acto de disposición. En cambio, los de administración no siempre importan una confirmación tácita; es ésta una cuestión de hecho que debe quedar librada en cada caso a la apreciación de los tribunales; pero, en principio, no tienen efectos confirmatorios (ver nota 4).

1118/1297

1297. ES UNILATERAL.— La confirmación, sea expresa o tácita, es unilateral, y no exige el concurso de la parte a cuyo favor se hace (art. 1064 Ver Texto , Cód. Civ.). Es la solución lógica, puesto que la validez del acto viciado depende exclusivamente de la voluntad de la parte en cuyo favor se ha establecido la nulidad.

Puesto que el acto es unilateral, no se requiere aceptación de la contraparte, ni doble ejemplar (ver nota 5).

1118/1298

1298. EFECTOS RETROACTIVOS.— Entre las partes, la confirmación tiene efectos retroactivos al día de la celebración del acto originario, si fuera entre vivos (art. 1065 Ver Texto , Cód. Civ.). Esta retroactividad es de la esencia de la confirmación, que no es sino la renuncia a ejercer la acción de nulidad y el reconocimiento de la plena validez del acto originario.

Agrega el artículo 1065 Ver Texto que, en caso de actos de última voluntad, la confirmación tiene efectos retroactivos al día del fallecimiento del causante. Se trata de un evidente error, puesto que, en este caso, lejos de haber retroactividad, hay postergación de los efectos de la confirmación hasta el momento de la muerte del causante, lo que es propio de todos los actos de última voluntad.

Pero la retroactividad no perjudica a terceros (art. 1065 Ver Texto , in fine). Por consiguiente, si se hubieran transmitido derechos a sucesores singulares antes de la confirmación, esos actos quedan firmes. Ejemplo: un menor vende a otra persona una cosa mueble; luego de llegar a la mayoría de edad, la enajena a un tercero o la grava a su favor con un derecho real de prenda; estos actos no se ven afectados por una posterior confirmación de la venta primitiva.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la indicada en nota 1976, véase GUILLÉN BALLESTEROS, La confirmación, Anuario de Derecho Civil, Madrid, octubre-diciembre 1960, ps. 1195 y s.

(nota 2) En el derecho extranjero prevalece no sin vacilaciones, la tesis de que no es esencial la forma escrita; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, t. 2, n° 866; GUILLÉN, La confirmación, Anuario de Derecho Civil, Madrid, octubre-diciembre, 1960, p. 1213.

(nota 3) De acuerdo: LLAMBÍAS, Derecho Civil, t. 2, n° 2060; C. Civil Cap., Sala B, 12/12/1958, L.L., t. 94, p. 150.

(nota 4) SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 2685; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Obligaciones, t. 3, n° 1990.

(nota 5) SALVAT, Parte General, 6ª ed., nº 2689.