

LIBER AMICORUM

PASCUAL E. ALFERILLO - ALDO GUARINO ARIAS
CHRISTIAN G. SOMMER

COORDINADORES

LIBER AMICORUM

EN HOMENAJE AL
PROF. DR. LUIS
MOISSET DE ESPANÉS

TOMO I

Córdoba
2010

La reproducción de este libro, ya sea total o parcial, en forma idéntica o con modificaciones, escrita a máquina por el sistema Multigraph, mimeógrafo, impreso, etc., que no fuera autorizada por esta Editorial, es violatoria de derechos reservados. Toda utilización debe ser solicitada con anterioridad.

Liber Amicorum : en homenaje al Profesor Dr. Luis Moisset de Espanés / coordinado por Aldo Guarino Arias; Christian Sommer; Pascual Eduardo Alferillo. - 1a ed. - Córdoba : Advocatus, 2010.
v. oc, 0 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-551-176-7

1. Derecho Civil. I. Guarino Arias, Aldo, coord. II. Sommer, Christian, coord. III. Alferillo, Pascual Eduardo, coord. IV. Título
CDD 346

Fecha de catalogación: 3/11/2010

Liber Amicorum : en homenaje al Profesor Dr. Luis Moisset de Espanés / coordinado por Pascual Eduardo Alferillo ; Aldo Guarino Arias ; Christian Sommer. - 1a ed. - Córdoba : Advocatus, 2010.
v. 1, 760 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-551-174-3

1. Derecho Civil. I. Alferillo, Pascual Eduardo, coord. II. Guarino Arias, Aldo, coord. III. Sommer, Christian, coord.
CDD 346

Fecha de catalogación: 3/11/2010

Los artículos publicados en este libro han sido transcriptos literalmente de los originales enviados por sus autores, siendo de ellos la responsabilidad de sus contenidos y redacción

Impreso en:

ADVOCATUS

Obispo Trejo 181 - Córdoba
editorial@advocatus.com.ar

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
Impreso en Argentina



LUIS MOISSET DE ESPANÉS

PALABRAS PRELIMINARES

Los ochenta años de vida de Luis Moisset de Espanés, no son un hito más en el largo sendero del vivir jurídico argentino.

Es un punto de inflexión que se sitúa en el risco saliente y misterioso de la montaña, desde donde se permite ver a quienes miran con los ojos del buen sentir, en las horas del crepúsculo, las leguas transitadas en el pasado y, en el amanecer, las distancias venideras.

A ese sitio convergieron, desde distintas latitudes, muchas personas que transitan el camino de la juridicidad y allí por rara paradoja, todas coincidieron en destacar, cuando recordaban las anécdotas que habían vivido junto a él, otro aspecto sobresaliente de la vida de Luis: la de amigo.

Va de suyo, no fue casualidad, hubo causalidad.

A nadie escapa que de la amistad hizo un culto. El rito sagrado de ser amigo primó en su ser y conjugó, con la habilidad de los grandes, sus pasiones: “Derecho y Amistad”.

Luis Moisset de Espanés siempre ha sabido armonizar la amistad con su faceta de jurista, investigador, profesor y maestro que le ha permitido en estos ochenta años cosechar permanentemente el fruto de la amistad sincera y la admiración que muy pocos logran en su vida pública y privada.

Como publicista, no sólo ha dedicado sus largas horas de estudio y reflexión a brindarnos excelentes obras sobre derecho que han cimentado temas jurídicos estructurales en nuestro país, destacándose su tesis doctoral sobre la lesión a la que a posteriori se sumaran cientos de publicaciones sobre temas del Derecho Civil y Registral, sino que ha sido un inquieto hombre que supo plasmar en letras aquellas ideas y vivencias que siempre rondaron su pensamiento y hoy son obras clásicas. Bajo el seudónimo de Criticón, nos ha brindado textos como “El cazador, casado”, que ha sido reimpresso hace poco, así como “Cuadros de un Congreso y otras Cartas al Cielo”, “Desventuras de Criticón y Cuadros de la

Hostería” y “Cartas Jurídicas”. A ellos corresponde agregar el recientemente aparecido “Nuevas Cartas al Cielo”.

Hasta la fecha nunca ha dejado de escribir y dictar charlas, conferencias y simposios sobre temas de actualidad y profundización del derecho, que seguramente reconfortan el alma del viejo maestro, ya que por sobre todas las funciones y compromisos profesionales que Luis ha asumido, es la función de “Maestro” con la que más comfortable se siente. Sus invitaciones a sumar anualmente a jóvenes abogados y estudiantes inquietos al Instituto de Derecho Comparado de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, es una clara muestra de su inmensa bondad y humildad en recibirlos y brindarles su apoyo.

Sus antecedentes, son incontables y a fin de no tornar a estas breves palabras en un enumerativo de todos los pergaminos alcanzados a lo largo de estos ochenta años, más los que seguramente se sumarán, es que éstos se encuentran anexos a la presente obra.

Su prolífera obra jurídica, desde Córdoba, se ha irradiado por el mundo, donde en diversos países de Latinoamérica y en la península Ibérica, han sabido reconocer su sapiencia, en especial su humanidad en la transmisión del derecho. De ello, seguramente España y Perú representan sus segundos hogares, donde ha cosechado innumerables amigos y admiradores.

Ahora bien, merece en esta oportunidad una mención especial, aquella mujer que lo acompañó en el derrotero de la vida personal y profesional y con la cual siempre se propiciaron un eterno amor. Azucena, su compañera de la vida y estudio, como el propio Luis suele señalar, era con quien compartía sus observaciones y críticas de obras ajenas pero también de las propias; la que como perspicaz abogada, siempre le aportaba sus oportunas y agudas reflexiones. Estas observaciones son claves, para los escritores de obras jurídicas por cuanto ese ojo amigo de un tercero colabora y encuentra esos errores o erratas que son comunes de producirse. Hoy sus queridos hijos Gabriel y Marcela, seguramente continúan con ese apoyo familiar que reconforta su alma.

Como auténtico maestro, de vocación ineludible, siempre se ha preocupado y ocupado de la difusión del Derecho y por la formación de nuevos juristas, más allá de las fronteras de su Córdoba natal.

Así, es dable recordar su protagonismo central en la realización de memorables encuentros jurídicos científicos, como fueron: las “Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil” (San Rafael - Mendoza, 1969, 1971,

1973, 1976, 1978), las “Jornadas Australes de Derecho” (Comodoro Rivadavia - Chubut, 1980) y en las “Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil” (San Juan, 1982, 1984, 1986 y 1989).

En su calidad de Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, impulsó, entre otras, la idea, inspirada en un federalismo cierto, para que la Institución se expandiera a otras regiones del país, por fuera de la provincia de Córdoba. Fruto de ello en la actualidad se encuentran creados y en funcionamiento Institutos Regionales de la Academia en casi todo el territorio nacional, posibilitando que cientos de profesionales del derecho cuenten con un espacio académico de excelencia en donde volcar sus inquietudes y aportes.

Frente a esta realidad, el regalo cotidiano y común no era la mejor opción para conmemorar su onomástico y se coincidió en proyectar un “*liber amicorum*” donde cada uno de los que han compartido con Luis ese sentimiento profundo llamado amistad que muchas veces el poder de la palabra no puede conceptualizar en su inmensidad, pudieren expresarlo cada cual a su modo, en una obra compartida.

Los tiempos actuales donde el análisis económico precede al romanticismo de las ideas sumó un nuevo ingrediente al desafío que fue superado con un esfuerzo extra para concretar la idea.

Ello definió una primera edición limitada en su número que permitirá decir a quienes han participado de ella o adquirido un ejemplar que lo hicieron porque son amigos de Luis.

Este es el humilde presente para testimoniar la admiración y el respeto en la celebración de los ochenta años de vida del querido amigo y maestro de vida.

Pascual E. Alferillo

Aldo Guarino Arias

Christian G. Sommer

LUIS MOISSET DE ESPANÉS

- Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba, diciembre de 1964).
- Laureado por la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires (Premio 1967).
- Cruz al mérito jurídico San Raymundo de Peñafort (condecoración del gobierno español - 1980).
- Vicepresidente de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba (períodos 1989-1992 y 1992-1995).
- Presidente de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba (período 1995-1998, 1998-2001 y 2007-2010).
- Presidente honorario de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, desde 2001.
- Académico honorario de la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación (1982).
- Académico honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada (noviembre 1994).
- Académico correspondiente de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación (1994).
- Presidente honorario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Honduras (1996).
- Académico honorario de la Academia Peruana de Derecho (1997).
- Académico correspondiente de la Academia Asturiana de Jurisprudencia (1998).
- Académico correspondiente de la Academia Brasileira de Letras Jurídicas (1998).
- Académico correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia (septiembre 2000).

- Académico honorario de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación (noviembre 2000).
- Académico correspondiente de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación (febrero 2003).
- Académico honorario de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas de Bolivia (mayo 2007).
- Vicepresidente de la Mesa Permanente de Academias de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de Iberoamérica (1994-2007).
- Presidente de la Mesa Permanente de Academias de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de Iberoamérica (2007-2010).
- Miembro titular del Instituto de Derecho Civil de Córdoba “Henocho D. Aguiar”, desde noviembre de 1960 a la fecha.
- Miembro Honorario del Instituto de Estudios Legislativos de la F.A.C.A. (Federación Argentina de Colegios de Abogados).
- Miembro Honorario del Instituto de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Nordeste (noviembre 1992).
- Miembro del Comité Académico de la Asociación de Magistrados y Funcionarios Judiciales de la Provincia de Córdoba (febrero 1994).
- Profesor Principal Honorario de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa (abril 1995).
- Profesor Honorario de la Universidad Católica de Santa María (Arequipa, Perú) (abril 1995).
- Profesor Visitante de la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga (junio 1997).
- Profesor Honorario de la Universidad de Lima (Perú), (septiembre 1997).
- Profesor Invitado de la Universidad Sergio Arboleda (Bogotá, Colombia, septiembre 2000).
- Profesor Invitado de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia, septiembre 2000).
- Profesor Extraordinario en calidad de Honorario de UNIFE (Universidad Femenina del Sagrado Corazón), Lima (octubre 2000).
- Profesor visitante Cursos de Posgrado, Universidad San Martín de Porres, Lima (abril 2007).
- Profesor Honorario de la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo, Cajamarca (octubre 2006).
- Miembro Honorario del Colegio de Abogados de Arequipa (abril 1995).

- Miembro Honorario del Colegio de Abogados de Ayacucho (junio 1997).
- Miembro Honorario del Colegio de Abogados de Cusco (abril 2005).
- Miembro Honorario de la Fundación “Miguel Lillo” (mayo 1996).
- Distinción al Mérito Konex 1996 (Derecho Civil).
- Distinción “Jerónimo Luis de Cabrera”, Municipalidad de Córdoba, 1999.
- Ex Vocal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (1992-1997).
- Ex - conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de la Cámara Federal de Córdoba y del Superior Tribunal de Justicia de Córdoba.
- Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba (1996).
- Profesor de la Universidad Notarial Argentina.
- Ex - profesor de la Universidad Católica de Córdoba.
- Ex - Director del Centro de Investig. de Der. Comparado (Universidad Nacional de Córdoba).
- Ex - Director del Instituto de Derecho Civil (Universidad . Católica de Córdoba).
- Ex - Director de la Sala de Derecho Civil del Colegio de Abogados de Córdoba.
- Miembro de numerosos institutos científicos del país y del extranjero.

Libros:

- La lesión en los actos jurídicos (publicada por Univ. Nac. de Córdoba, 1965 - reeditada por Zavalía, Buenos Aires, 1979).
- La lesión y el nuevo art. 954 (1976).
- La irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3.
- Interrupción de la prescripción por demanda (1968).
- Dominio de Automotores y Publicidad registral (1981).
- Estudios (Parte General - Obligaciones y Reales).
- Inflación y actualización monetaria (en colaboración con Vallespinos y Pizarro) (1981).
- Responsabilidad Civil en materia de accidentes de automotores (con la colaboración de Mosset Iturraspe, Roitman, Trigo Represas y Zannoni) (1985).
- Responsabilidad - Jornadas Australes de Derecho (publicada bajo su dirección y coordinación).

- Convertibilidad del Austral - Cuatro series (publicadas bajo su coordinación) (1991).
- Estudios de Derecho civil - Cartas y polémicas.
- El cazador, casado (1991).
- Publicidad registral (1992, 1997, 2003).
- Sistema Registral Inmobiliario. Argentina-Paraguay (en colaboración con Horacio Vaccarelli) (1994).
- Publicidad registral (edición peruana, Lima, 2004).
- Automotores y motovehículos (septiembre de 1992).
- Curso de Obligaciones (2 tomos; t. I, 489 ps.; t. II, 553 ps., 1993).
- Derecho Comparado y Codificación Civil (1994).
- Algunos problemas vinculados con la investigación en las ciencias jurídicas (1994) (2ª edición, actualizada, Lima, 2006) (3ª edición actualizada, Bogotá, 2008).
- Obligaciones naturales y deberes morales (1998).
- Desventuras de Criticón (2001 y 2010).
- Cartas jurídicas (2001).
- Cartas al cielo (2001 y 2010).
- Prólogos (2004).
- Prescripción (2005); 2ª edición, abril 2006.
- La Mora en el Derecho peruano, argentino y Comparado, Trujillo (2006).
- La Mora en las obligaciones, Buenos Aires, Zavalía (2006).
- Reparación del daño y responsabilidad civil (tomo 1 en coautoría con José F. Márquez) (t. 2 en coautoría con Manuel Cornet y Benjamín Moisés) (2009).
- Publicación de centenares de artículos, comentarios a fallos, reseñas en las principales revistas jurídicas argentinas y también en revistas extranjeras (España, Italia, Perú, Paraguay).
 - Conferencias dictadas en todas las provincias del país, a invitación de los Superiores Tribunales de Justicia, colegios profesionales de abogados y escribanos y universidades).
 - Conferencias dictadas en el extranjero (España, Francia, Italia, Portugal, Perú, Chile, Paraguay, Costa Rica, Honduras, Colombia).
 - Participación en Congresos y Jornadas científicas, como miembro, presidente de comisiones, relator, o presidente del evento, tanto en el país como en el extranjero.

INDICE

Palabras preliminares	9
Luis Moisset de Espanés	13

PRIMERA PARTE

LA PERSONALIDAD DE LUIS (EL AMIGO SEGÚN SUS AMIGOS)

Luis Moisset de Espanés o el culto de la amistad auténtica, un testimonio <i>Carlos Cárdenas Quirós</i>	23
El Maestro Luis Moisset de Espanés y su proyección en España <i>José María Castán Vázquez</i>	43
Una breve semblanza del Dr. Luis Moisset de Espanés como juez <i>Julio Isidro Altamira Gigena</i>	51

SEGUNDA PARTE

APORTES DESDE EL DERECHO CIVIL

Capítulo Primero

Parte General

Las fuentes de las normas sobre interpretación de las leyes contenidas en el “Código Civil” de la República Argentina (1869) <i>Alejandro Guzmán Brito</i>	69
La analogía en la aplicación del derecho <i>Jaime Lluís y Navas</i>	81

La ignorancia de la ley en los social y culturalmente débiles (Comentarios sobre la legislación argentina y mexicana)	
<i>Christian G. Sommer</i>	103
Sur la distinction civiliste des personnes et des choses. Vers la reconnaissance d'un fondement réel	
<i>Jean-Marc Trigeaud</i>	143
Herramienta preciosa para jueces y abogados. "Principio de la especialidad y la determinación de los elementos de la relación jurídica"	
<i>Luis Bernardo Cima</i>	163
Fronteras actuales del hecho ilícito y relectura de los digestos	
<i>Sandro Schipani</i>	173
Cláusulas abusivas. Una lesión presumida por la ley 24.240	
<i>María Laura Estigarribia Bieber</i>	193
Cláusulas abusivas: régimen actual y soluciones de derecho comparado	
<i>Agustín Álvarez y Victoria Cornet Oliva</i>	207

Capítulo Segundo

Aportes desde el derecho de las obligaciones

Sobre la fuentes de las obligaciones	
<i>Juan Espinoza Espinoza</i>	251
Obligaciones <i>propter rem</i>	
<i>Néstor Jorge Musto</i>	283
Los efectos de las obligaciones	
<i>Santos E. Cifuentes</i>	307
Excepción de incumplimiento	
<i>Juan Manuel Aparicio</i>	325
El tercero indicado para recibir el pago (el llamado <i>adjectus solutionis gratia</i>)	
<i>Ignacio Colombres Garmendia</i>	345
Astreintes	
<i>Guillermo P. Tinti y Julio C. Sánchez Torres</i>	367

La renuncia a la solidaridad pasiva <i>Federico Alejandro Ossola</i>	377
Reflexiones sobre la transacción en el Código Civil argentino con una glosa de las notas de Vélez <i>Luis Díez-Picazo</i>	415
La prescripción liberatoria (un régimen complejo que necesita ser reformado) <i>Alejandro Borda</i>	427

Capítulo Tercero

Aportes desde el derecho de los contratos

Fundamentos de la autonomía privada negocial <i>Gustavo Ordoqui Castilla</i>	449
La integración del contrato. Perspectivas. Tendencias <i>Fernando López de Zavalía</i>	471
La conexidad contractual desde una matriz sígnico discursiva para analizar nuevas maneras de contratación. Causa, finalidad supranegocial y objeto en negocios jurídicos coligados <i>Arturo Caumont</i>	499
El efecto de los contratos respecto de terceros y la cesión de créditos en concursos <i>Efraín Hugo Richard</i>	515
Acerca de las nuevas tendencias en el derecho contractual <i>Noemí Lidia Nicolau</i>	553
Mandato, apoderamiento y poder de representación <i>Mario Antonio Zinny</i>	569
La relevancia del equilibrio en los contratos predispuestos y de consumo: cláusulas abusivas e interpretación a la luz de la doctrina judicial <i>Carlos A. Hernández</i>	583

Capítulo Cuarto

Aportes desde el derecho real y registral

Los derechos reales en el siglo XXI: algunas reformas y actualizaciones necesarias <i>Nelson G. A. Cossari</i>	603
Derechos y obligaciones del poseedor de inmuebles <i>Gabriel B. Ventura</i>	649
De las “ <i>especies</i> ” de prescripción adquisitiva en materia inmobiliaria <i>Gabriel Aníbal Fuster</i>	665
Manifestaciones actuales del derecho de servidumbre, ¿ventaja real? <i>Alicia Puerta de Chacón</i>	679
Algunas consideraciones acerca de la indemnización expropiatoria <i>Liliana N. Villafañe</i>	701
El registro inmobiliario: su inserción en el sistema constitucional. Las facultades nacionales y provinciales. Recursos contra las decisiones del registrador <i>Aída Kemelmajer de Carlucci</i>	711
Cuestiones acerca de la publicidad registral y la oponibilidad (o sobre el desasosiego del usuario registral) <i>Daniel E. Ahumada</i>	729

PRIMERA PARTE
LA PERSONALIDAD
DE LUIS (EL AMIGO
SEGÚN SUS AMIGOS)

LUIS MOISSET DE ESPANÉS O EL CULTO DE LA AMISTAD AUTÉNTICA, UN TESTIMONIO

CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS¹

“Para los estoicos la amistad es el tipo ideal de toda afección por cuanto es voluntaria. Se trata, pues, de un concepto relativo que nos lleva a la conclusión de que la verdadera amistad existe sólo cuando hay reciprocidad, desinterés, lealtad, fidelidad y permanencia. Por eso no es grande el número de amigos verdaderos. Pero en cambio, los verdaderos amigos, al menos para mí, siguen siéndolo cuando ya rindieron tributo a la muerte, porque permanecen vivos en el recuerdo y en la veneración de su memoria”.

Estas reflexiones pertenecen a don Ramón Serrano Suñer, ilustre jurista y político español y entrañable amigo mío de muchos años que falleció en 2003 y cuyo recuerdo evoco afectuosamente, y las traigo a colación porque tienen la virtud de poner de relieve las condiciones necesarias para que una amistad pueda considerarse verdadera, auténtica.

Pensando en la amistad verdadera, aquella que corresponde profesar con terca constancia, me ha parecido que, tratándose precisamente este de un *liber amicorum* que se le ofrece merecidamente al querido y admirado maestro y amigo Luis Moisset de Espanés con motivo de su 80º aniversario, antes que dedicarle un estudio jurídico frío y despersonalizado,

¹ Catedrático de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima. Académico de Número de la Academia Peruana de Derecho. Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Académico Correspondiente de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina). Socio Extranjero de la Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavia (Italia).

resulta más grato hacer el recuerdo de experiencias compartidas a lo largo de los años -que son ya bastantes- y dar así testimonio de nuestra amistad -de la que me enorgullezco-. Es un privilegio poder contar con la amistad de Luis, amistad verdadera, y que ella, siendo un gozo para el espíritu, es también exigencia y responsabilidad.

Supe de Luis Moisset de Espanés durante los años de mis estudios en la Facultad de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú. En el segundo semestre académico del año 1977, el ilustre maestro Manuel de la Puente y Lavalle fue mi profesor en el curso de Contratos - Parte General y con motivo del desarrollo de los diversos temas que lo componen accedí al texto de Moisset de Espanés titulado “*La lesión y el nuevo artículo 954 del Código Civil*” publicado en 1976.

El libro en cuestión no lo consulté en la biblioteca, pero no recuerdo ahora cómo llegó a mis manos. Lo cierto es que lo leí con avidez, impresionándome vivamente la versación de la que hacía gala el autor, la amplitud de las fuentes utilizadas, el acopio de legislación comparada, pero particularmente la agudeza del análisis, la originalidad de sus planteamientos y su capacidad de persuasión.

Pude comprobar que no se trataba de un autor común, de aquellos que se limitaban a seguir irreflexivamente a otros o a copiarlos sin más descaradamente, sino que se preocupaba de dejar claramente establecida su propia posición, acompañada de los fundamentos correspondientes que la apoyaban, y ofrecer soluciones imaginativas a las peculiares complejidades de la figura de la lesión del modo como había quedado configurada con la modificación del artículo 954 del Código civil argentino con la reforma de la ley N° 17711.

Mi conocimiento inicial de Luis Moisset de Espanés fue, por tanto, de corte “libresco” y se produjo exclusivamente a propósito de la materia a la que se contraía el texto que había podido leer de su autoría. No sabía cómo era físicamente, tampoco conocía muchos detalles de su biografía, con excepción de los datos que aparecen en el libro en el magnífico prólogo del maestro Jorge A. Carranza. Por lo demás, la información adicional que por mi cuenta pude encontrar fue escasa, si bien en el curso de los años inmediatamente siguientes a mi salida de la Facultad conseguí algu-

nos otros libros suyos, particularmente gracias a un viaje que hice a Buenos Aires en el otoño de 1982.

Fue sólo en 1988 cuando pude conocerlo personalmente. Tenía yo en ese entonces 31 años. Luis vino invitado a Lima para participar como ponente en el Congreso Internacional “*Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano*”, que se realizó del 5 al 7 de septiembre de ese año en el auditorio del Colegio de Abogados de Lima.

Luis presentó en el Congreso dos ponencias, ambas referidas precisamente al tema de la lesión. La primera, titulada “*La lesión y el artículo 671 del nuevo Código del Paraguay*”, y la segunda, “*Lesión e imprevisión (Su reflejo en las legislaciones americanas contemporáneas)*”.

Si no recuerdo mal, fue durante el primer intermedio de las jornadas correspondientes al primer día del congreso que me acerqué a Luis, me presenté y sostuvimos una animada conversación que se prolongó hasta la reanudación de las labores ordinarias del evento y que retomamos en un nuevo intermedio.

Cuán agradecido quedé con él por la atenta y afectuosa disposición que manifestó hacia mí. En todo momento se mostró especialmente cercano. No fue el suyo el comportamiento de aquellos que sintiéndose superiores a otros marcan de inmediato una distancia no sólo física. Yo era consciente, por lo demás, de que conversaba con quien ya era en ese entonces y lo es más ahora un referente notable del mundo del Derecho Civil no sólo en Hispanoamérica sino también en Europa. Por todo ello me sentí muy halagado. Pude comprobar de esta manera y desde un principio que se trataba de un auténtico maestro de acendrada vocación.

El tema de la lesión salió a colación en esas conversaciones y me permití anticiparle que, si lo tenía a bien, con ocasión del almuerzo que tendríamos al día siguiente, le llevaría su libro al que me he referido antes para que tuviera la bondad de *infungibilizarlo* poniendo una dedicatoria en él.

Y así fue. El almuerzo se realizó en los salones del comedor del Lima Golf Club de San Isidro y tuve la suerte de compartir su mesa. Lo que no estaba previsto es que, conversando de la filosofía inspiradora de los códigos civiles del siglo XIX y del siglo XX y de los autores de ellos, en algún momento se me ocurriera atribuirle un corte “individua-

lista” al legislador argentino, el eminente don Dalmacio Vélez Sársfield, dando lugar a que Luis -casi en tono de reprimenda- dedicara el resto del almuerzo a expresar detalladamente sus razones para desestimar rotundamente ese calificativo.

Después de esta “escaramuza”, concluido el almuerzo, debía producirse la dedicatoria del libro y no puedo negar que estuve tentado de inhibirme de pedírselo, pero fue él quien me ahorró bondadosamente el trámite, pues con la memoria prodigiosa que tiene recordó que se lo iba a llevar para ese propósito. Me preguntó si lo había traído. Le respondí que sí, le entregué el libro y con su bolígrafo de tinta azul colocó la siguiente dedicatoria, precedida, como es su costumbre, de su firma:

“Al colega y amigo Carlos Cárdenas Quirós, estas palabras como resultado de la discusión que provocó sobre el ‘individualismo’ de Vélez, en una amable sobremesa limeña. Lima, 6/9/88”.

De este modo, a partir de una corriente de simpatía que surgió espontáneamente entre nosotros y que pronto se convirtió en empatía, se inició una amistad que se ha extendido por más de veinte años y que felizmente ha crecido con el tiempo, consolidándose, ensanchándose. La diferencia de edades nunca fue -nunca ha sido- un obstáculo para ello.

Durante todo este tiempo han sido múltiples las ocasiones que han permitido estar juntos para cultivar eficazmente esa amistad. He tenido la fortuna de coincidir con él en numerosos congresos y en jornadas realizadas aquí en el Perú, en la República Argentina y en España, donde por cierto hemos contado siempre con la compañía inigualable de nuestro queridísimo amigo, el ilustre maestro y académico José María Castán Vázquez.

He disfrutado de sus atenciones como dedicado y delicado anfitrión cuando he tenido la oportunidad de visitar Córdoba, su ciudad natal. Y he gozado -y gozo- también con nuestras charlas que las más de las veces se refieren a temas distintos y distantes del propiamente jurídico y que tienen que ver con la música, la historia, la literatura, los toros, los viajes y tantos otros temas que compartimos.

En octubre de 2005 me produjo una especial satisfacción poder viajar a Córdoba y participar en el III Congreso Iberoamericano de Derecho

Civil y I Congreso Internacional de Derecho Privado realizados en homenaje a los profesores Moisset de Espanés y Trigo Represas y en tributo a la memoria del profesor Fernando López de Zavalía.

Y mayor satisfacción aún experimenté, cuando lo acompañé en abril del año 2007 en el acto de investidura como Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba cuando fue reelegido para el período 2007-2010.

Pero de todas esas visitas, todas estimulantes y provechosas, la última de las cuales -a la fecha que escribo estas líneas- se produjo en diciembre de 2009, guardo un recuerdo especialmente entrañable de mi primera visita a Córdoba en abril de 1989. Tuve el privilegio de poder hacer en su compañía un recorrido de los numerosos atractivos históricos y culturales de la ciudad, de todos los cuales me dio información pormenorizada: la Iglesia de la Compañía de Jesús, la Capilla Doméstica, el Colegio Nacional de Montserrat -donde estudió-, la casa de Trejo, sede de la Universidad Nacional de Córdoba -donde visitamos el templete de Vélez Sársfield-, el Cabildo, la Catedral, la Plaza San Martín, la Casa del Virrey Sobremonte y el Palacio de Justicia, entre otros.

Una tarde acudí en su compañía a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, pues me había invitado a dictar una clase a sus alumnos del curso de Derechos Reales. El aula estaba completamente llena, con alumnos sentados en cuanto espacio libre había, incluido el suelo. No pocos alumnos se encontraban fuera del aula preparados a seguir la clase a través de los enormes ventanales abiertos.

Luis me presentó con palabras afectuosas y di inicio a la clase. Pero no había terminado de formular las primeras ideas cuando intervino para hacer una apostilla luego de lo cual continué. Siguió un par de nuevas apostillas suyas después de igual número de intervenciones mías ante lo cual le propuse a Luis -recordando el magnífico y original discurso que hicieron al alimón Pablo Neruda y Federico García Lorca en homenaje a Rubén Darío en Buenos Aires el 20 de noviembre de 1933- hacer la clase precisamente “al alimón”.

Como se sabe, en el arte de la tauromaquia, el toreo “al alimón” se produce cuando dos lidiadores cogen de los extremos el mismo capote, y citando al toro lo burlan y le pasan el capote por encima de la cabeza.

Siguiendo esa pauta, o yo expresaba alguna idea y a continuación él un comentario o a la inversa. Resultó así algo no sólo inusual sino diverti-

do que mantuvo vivo el interés de los alumnos quienes coronaron nuestras intervenciones con sonoros aplausos. Por supuesto entendí que me beneficié de los dedicados merecidamente a él. Yo aún tenía un largo trecho por recorrer. Era un profesor joven y la experiencia fue en verdad estimulante.

Un valor especial tuvo la visita a su ranchito en la sierra de Córdoba, cerca de Agua de Oro, que me permitió conocer algunas de sus aficiones. La primera de todas, el jardín, con sus árboles, flores y plantas, de los que conoce todo, con un conocimiento que excede largamente al de un puro aficionado. Llegamos a recoger inclusive algunas nueces del corpulento nogal que tiene allí, de lo que dejó constancia en la dedicatoria que me hizo a su libro *“Dominio de automotores y publicidad registral”*. A esa afición se agrega la del armado de enormes y multicolores rompecabezas, que una vez completados enmarca. Pude apreciar varios de ellos que se encontraban colgados en las paredes de la casa.

Fue en este viaje que pude conocer a Azucena, su esposa, de quien me impresionó su distinguida elegancia, su dulzura y su bondad. También en esa oportunidad conocí a Marcela, su hija. A Gabriel, su hijo mayor, lo conocí en un viaje posterior. A quien lamenté no conocer fue a su mamá, quien falleció a edad bastante avanzada hace algunos años. Luis, como hijo ejemplar, le prestó siempre las mayores atenciones, especialmente cuando su salud empezó a deteriorarse.

El recuerdo de la muy querida Azucena permanece imborrable en mí. Su muerte me apenó profundamente. Días antes de ocurrir, Luis estuvo en Lima cumpliendo un compromiso académico que no quiso desatender a pesar de mi consejo en contrario. Azucena ya se encontraba internada sometida a incómodos tratamientos que soportó con estoica conformidad. Nada hacía presagiar el triste desenlace. Producido éste, ese gesto de extrema responsabilidad de Luis que le restó días de compañía a su amada Azucena, hizo que me viniera a la mente el gesto, también de extrema responsabilidad, de Mr. Chips, el inolvidable personaje de la novela de James Hilton, que en el cine protagonizó de manera extraordinaria Peter O’Toole.

Me enteré de lo sucedido cuando llamé a su casa para preguntar cómo seguía Azucena. La persona que me atendió me dio la mala noticia. Luis no se encontraba allí. Después de varios intentos pude hablar finalmente con él. Lo encontré devastado, como es natural. Conversamos brevemente y le anuncié que saldría en el primer avión que hubiera dis-

ponible a Córdoba para acompañarlo. Me pidió afectuosamente no hacerlo porque no llegaría a tiempo al funeral debido a las inevitables conexiones de vuelos que tendría que hacer y le mortificaba la idea de no poder atenderme. Muy a mi pesar debí seguir su indicación. Hasta el día de hoy, no estoy convencido para nada de haber acertado al proceder así. Pero tampoco quería crearle una incomodidad.

Años después, cuando mi papá falleció el 8 de mayo de 2008, Luis fue de los primeros a quienes llamé para enterar de lo ocurrido y después de darme sus condolencias me dijo que pocos días después llegaría a Lima para acompañarnos a mi mamá y a mí.

Así lo hizo. Estuvo muy pocos días en Lima y los dedicó a nosotros. Fuimos juntos al cementerio, donde rezó y depositó flores en la tumba de mi papá, a quien había conocido tiempo atrás.

Luis había seguido con especial preocupación la evolución de la enfermedad de mi papá que estaba afectado por una insuficiencia renal muy severa que le fue diagnosticada a mediados de agosto de 2007. En los días inmediatamente anteriores al fallecimiento, el apoyo de Luis fue enorme. Siempre le estaré muy agradecido por eso. Su consejo fue especialmente importante ante el estado de coma en el que se encontraba después de sufrir dos derrames cerebrales hacia finales de abril y las eventuales derivaciones que podían suscitarse si se mantenía en esa condición indefinidamente.

Ha sido esta, seguramente, la única vez en que vino a Lima excluyendo todo tipo de compromiso académico. No aceptó ninguno. De hecho descartó uno que se le propuso ya encontrándose en Lima, indicando que otro muy especial, distinto y exclusivo era el propósito de su viaje. Por cierto que tampoco en esta ocasión olvidó traerle a mi mamá, como ya es costumbre -cosa que ella agradece en grado sumo pues le encantan-, los deliciosos alfajores artesanales de La Costanera, una reconocida empresa cordobesa fundada en 1927 especializada en la fabricación de esos y otros dulces, como masas y caramelos.

En otro ámbito muy distinto su apoyo fue también fundamental durante los años en que desempeñé el cargo de Superintendente Nacional de los Registros Públicos (SUNARP), entre noviembre de 1994 y no-

viembre de 1998. Luis brindó su concurso generoso y su inestimable contribución en el desarrollo del proceso de capacitación, especialización y actualización de los nuevos registradores públicos que se habían incorporado a las distintas oficinas registrales del país como consecuencia del proceso de reorganización al que hubo que someter a la institución. Juntos hicimos muchos viajes al interior del país: Tacna, Arequipa, Ayacucho, entre otras ciudades.

Con motivo de celebrarse el centenario del registro de la propiedad inmueble de Huamanga visitamos Ayacucho en junio de 1997. Allí se había organizado un ciclo de conferencias por las tardes. Fuimos distinguidos como miembros honorarios del Colegio de Abogados de Ayacucho y participamos en un acto solemne en la Corte Superior de Justicia de Ayacucho. Al día siguiente por la mañana organicé un corto viaje a Huanta, donde estuve muchas veces de niño pues allí vivía mi abuela paterna. Hacía mucho tiempo que no iba allí. Mi abuela ya había muerto después de dejar Huanta y vivir varios años en Lima.

Luis dejó constancia de sus recuerdos de ese viaje a Huanta en el discurso de presentación en el acto de mi incorporación como Académico Correspondiente de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba realizado el 29 de agosto de 2000:

“Concluyo, emocionado, con un recuerdo inolvidable.

Yo lo he visto retornar a la casa solariega que hacía un cuarto de siglo que no visitaba. En Huanta, en la zona de Ayacucho que, como todos saben, estuvo mucho tiempo aislada por la acción de Sendero Luminoso, han vivido los antepasados de Cárdenas. El primer alcalde de Ayacucho, que entonces se llamaba Huamanga, fue uno de ellos.

Recuerdo que llegamos a Ayacucho con motivo del primer centenario de la creación y funcionamiento de su Oficina Registral, y nos lanzamos a la aventura de visitar Huanta, que se encuentra a 40 kilómetros de distancia. Salimos solos, diríamos que casi fuimos ‘perseguidos’ por el Ejército, que deseaba brindarnos escolta, porque en ese momento todavía se temía el accionar de algún grupo minúsculo, denominado Sendero Rojo; el coche de custodia nos alcanzó cuando ya habíamos recorrido las dos terceras partes del camino.

Llegamos a Huanta, quedé en la plaza central, acompañado de otro abogado, también registralista, tomando fotografías, mientras Carlos se perdió por las callejuelas, sin decirnos palabra. Deseaba ver la casa de su abuela, que estaba ahora en manos extrañas y que no había visitado des-

de hacía veinticinco años. Cuando reapareció traía sus ojos nublados de nostalgia y apenas musitó en voz baja: ‘Todo está igual’.

No pude resistir la tentación de recitarle unos versos de Olegario Andrade, que reflejaban de manera muy fiel el estado de ánimo que sus ojos traslucían:

*‘Todo está como entonces:
La casa, la calle, el río,
Los árboles con sus hojas
¡Y las ramas con sus nidos!’*

Todo está, nada ha cambiado...”.

Hasta aquí el relato de Luis. Tiempo después, como le había manifestado mi vivo interés en conocer el texto completo del poema “*La vuelta al hogar*” al que pertenecen esos versos y la obra poética de Olegario V. Andrade, y ante la ausencia de textos en librería, Luis me hizo entrega de una fotocopia de una antología del autor titulada “*Grandes poemas*” que había obtenido, si no recuerdo mal, de la biblioteca central de la Universidad Nacional de Córdoba. En la fotocopia, había agregado de puño y letra esta nota firmada y fechada en Córdoba el 21 de agosto de 1997: “Confieso haber cometido el delito de fotocopiar esta obra, violando los derechos de autor. ¿Me condenarán por ello?”.

Durante esa visita a Ayacucho fuimos invitados a la Pampa de la Quinoa donde se desarrolló la batalla de Ayacucho el 9 de diciembre de 1824 que selló la independencia del Perú. Existe allí un monumento que data de 1974 cuando se celebró el sesquicentenario de la batalla. Se había organizado en el lugar una ceremonia que se inició con la interpretación del himno nacional del Perú y continuó con el izamiento de las banderas argentina y peruana invitándonos a Luis y a mí a hacerlo. Después me correspondió pronunciar un breve discurso que tuve que improvisar y para el que me sirvió de eficaz inspiración la famosa arenga del General Antonio José de Sucre con la que alentó a sus tropas antes de tan decisiva batalla: “De los esfuerzos de hoy, depende la suerte de la América del Sur. Otro día de gloria va a coronar vuestra admirable constancia”.

Y acto seguido se desarrolló un desfile singular: el de los integrantes de las rondas campesinas, por ello llamados “ronderos”, que tuvieron un papel vital en la lucha antisubversiva. Fue emocionante ver pasar a esos

hombres armados con fusiles, acompañados de sus mujeres, con rostros severos curtidos por el sol y el aire frío del campo que, organizados por propia iniciativa, se enfrentaron exitosamente al terrorismo.

Nos trasladamos después al pueblo de Quinoa donde visitamos el pequeño museo de la batalla y fuimos recibidos por el alcalde Susano Mendoza, disfrutando en el mismo lugar de un copioso almuerzo.

Ya de regreso en Ayacucho, al terminar la tarde, Luis dictó la conferencia que tenía preparada y al concluir debió capear interrogantes de todo calibre, no necesariamente referidos sólo a la materia acerca de la cual había versado su disertación. Recuerdo especialmente alguna pregunta formulada en duros términos que ponían en entredicho la herencia hispánica, que fue apropiada y razonadamente respondida por Luis. La verdad es que hizo gala de una admirable paciencia franciscana para absolver todas y cada una de las inquietudes que le fueron planteadas.

Concluida la sesión del ciclo de conferencias correspondiente a ese día, fue impresionante el asedio al que Luis se vio sometido y no precisamente -como le ha ocurrido en algunas ocasiones- por haber sido confundido con el actor italiano Marcello Mastroianni, como le sucedió alguna vez en la misma Roma, lo que ya es decir bastante. No puedo precisar la cantidad de personas que se le acercaron y terminaron rodeándolo pidiéndole que pusiera su firma en códigos, cuadernos, hojas sueltas, programas y aun en libros no escritos por él. A todos atendió solícitamente por más de media hora.

Luis Moisset de Espanés es un ejemplo de exigencia que no sólo impone a los demás, sino principalmente a sí mismo. Sus más allegados saben, por ejemplo, de su rigor en la revisión de textos, habiéndose acuñado la calificación de “lapicera asesina” para referirse a él.

Y es conocido que si preside una mesa en un congreso o jornada académica no estarán ausentes el “timer” (“el dichoso timer” para los no afectados) -para controlar de manera inclemente el uso del tiempo por el expositor- y el sonido intermitente de la alarma (pip, pip, pip) anunciando que el tiempo adjudicado se ha vencido, ante lo cual cualquier excusa será vana para pretender lograr una extensión de tiempo.

Allí está también su “*alter ego*”, Criticón, “geniecillo diabólico que anida en la mente de tu amigo, y lo impulsa a cometer pequeñas maldades” como se retrata gráficamente a sí mismo en uno de sus libros -que precisamente recoge las crónicas de Criticón- titulado “Cuadros de un Congreso y otras Cartas al cielo” sobre el que volveré más adelante.

Esa exigencia explica el rigor que se manifiesta en todas sus intervenciones orales y escritas. Y ella, además, explica también su apertura a otras ideas sin condicionamientos previos. Una de sus grandes virtudes es saber escuchar y otra, precisamente por eso, es no tener el menor inconveniente en admitir un error, perfectamente consciente como es de que no somos depositarios de la verdad absoluta. Son esos, rasgos distintivos de su condición de Maestro.

A este respecto, en febrero de 1989, la Facultad de Derecho de la Universidad Católica organizó un seminario de Derecho Civil Patrimonial que se realizó en el auditorio del Colegio de Abogados de Lima. Los profesores invitados fueron Aída Kemelmajer de Carlucci y Luis Moisset de Espanés. En ese entonces yo tenía mi estudio en la calle Germán Schreiber N° 212 en el distrito de San Isidro. Luis me pidió poder hacer uso de mi despacho durante las mañanas previas a cada exposición para terminar de preparar las exposiciones que serían un total de cuatro. En estas jornadas, que se realizaban por las tardes, participé como panelista.

Recuerdo que la mañana del segundo día del seminario le planteé a Luis una duda acerca de una cuestión a la que se había referido en su exposición de la tarde anterior, la que por cierto no había sido materia de mi intervención en el panel. Conversamos largamente sobre el tema, le dí mis razones en contra de lo que había sostenido y después de una extensa reflexión me dijo sin más: “Tienes toda la razón. Me he equivocado”.

Esa tarde, la segunda del seminario, Luis iniciaba las exposiciones y lo primero que refirió al empezar su intervención fue nuestra conversación de la mañana. Y manifestó que como resultado de ella podía concluir que al hacer determinada afirmación el día anterior se había equivocado y que me agradecía especialmente por compartir con él mis reflexiones. Lo dijo con toda naturalidad, sin utilizar subterfugio alguno o intentar una excusa.

En mis años de alumno en la universidad y después, durante todos estos años, no he visto a nadie proceder como lo hizo Luis esa tarde. El episodio me permitió comprobar su autenticidad y su rigor, pero por encima de todo, la admirable grandeza de un verdadero Maestro.

En una de sus visitas a Lima en 1997, tuve la satisfacción de acompañar a Luis en el acto de ingreso como Académico honorario de la Academia Peruana de Derecho.

Años después, Luis me brindó la satisfacción de impulsar mi incorporación como Académico correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba que se concretó el 18 de abril de 2000.

El acto formal, como ya lo mencioné, se realizó el 29 de agosto de ese mismo año y Luis, en ese entonces Presidente de la Academia cordobesa, tuvo la bondad de pronunciar el discurso de presentación cuyos términos cargados de afecto he de agradecerse eternamente. De ese hermoso discurso no deseo dejar de rescatar especialmente el siguiente párrafo:

“¿Qué más puedo decirles de Carlos Cárdenas? Que es un buen amigo y eso quizá es lo más importante”.

Mi ingreso a la academia cordobesa se anticipó en algunos años al de mi acceso a la Academia Peruana de Derecho. El acto de incorporación a ésta se produjo el 15 de marzo de 2004 y Luis Moisset de Espanés encontró motivo suficiente para venir a Lima y acompañarme. Sólo un verdadero amigo hace eso. En las palabras iniciales de mi discurso le dediqué este párrafo:

“*Y last but not least*, quiero expresar mi mayor gratitud al Profesor Luis Moisset de Espanés, ex Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, a la que me honro en pertenecer como Académico Correspondiente, por su presencia aquí esta noche, expresión genuina y afectuosa de la amistad que nos une, que por cierto ya no es reciente”.

Sus visitas a Lima han sido felizmente frecuentes. En los últimos años, han sido ocasión para consolidar un rito que cumplimos religiosamente: la visita al restaurante chino (“*chifa*” como se denomina en el Perú) Fung Kuan Garden en la avenida Conquistadores N° 802 en San Isidro, donde nos recibe siempre su dueño, don Miguel. Allí acudimos mi

mamá, Luis y yo para degustar diversos platos, pero uno en particular que es de la predilección de Luis: la sopa (o más bien “la sopita”, como le gusta llamarla) wantan.

Su última visita, en noviembre de 2009, permitió que incorporáramos al rito a dos queridos amigos, quienes se encontraban con él participando en un Congreso de Derecho Civil en el Colegio de Abogados de Lima con motivo de cumplirse veinticinco años de vigencia del Código Civil del Perú de 1984: Guillermo Pedro Tinti y José Eduardo González, mejor conocido como “el Colorado”. Conservo en lugar privilegiado una simpática fotografía que nos hizo uno de los mozos del chifa con la cámara del Colorado.

En septiembre de 1997, Luis participó como ponente en el Congreso Internacional sobre Derecho Civil y Derecho Procesal Civil que organizó la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

En este congreso me permití hacerle una travesura a Luis. Yo había presidido la Comisión Organizadora de las jornadas académicas y en mi condición de tal debía poner fin a las deliberaciones y clausurar el congreso. La noche anterior, Luis me entregó unas hojas de papel escritas a mano que no eran otra cosa que la crónica que *Criticón* -su *alter ego*- había preparado sobre el congreso y que había titulado “*Tarde de toros en Lima*” y que tiene su origen en la exposición que hizo el profesor español Fernando Pantaleón Prieto a propósito de la responsabilidad contractual por incumplimiento.

Después de disfrutar del contenido de la hilarante crónica digna del más acabado comentarista taurino, me decidí a leerla como parte de mi discurso, citando por supuesto la fuente, pero sin anticiparle a Luis mi propósito.

En el momento de la clausura hice lo que tenía pensado y el público festejó ruidosamente el contenido de la crónica de *Criticón*, pero eso no excluyó que al acercarme a Luis una vez concluido el acto, me diera una afectuosa reprimenda por no haberle anticipado que leería su texto.

Pero la verdad es que su enojo ya había quedado compensado con un hecho que fue motivo de inmensa satisfacción para mí y que le brindó a Luis una enorme alegría: la de su incorporación como Profesor Honora-

rio de la Universidad de Lima Ya en oportunidades similares anteriores, la Universidad había honrado a varios eminentes profesores foráneos con tal designación. No obstante, Luis no la había recibido aún.

En ese entonces, era el Director del Centro de Investigación en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho y en mi condición de tal sometí esa posibilidad a las autoridades competentes de la Universidad que felizmente respondieron favorablemente a la propuesta, acordándose que la entrega de la respectiva medalla se realizaría durante el desarrollo del congreso.

En el acto en el que la Rectora de la Universidad, doctora Ilse Wisotzki Loli, le impuso la medalla correspondiente, me cupo el inmenso privilegio de presentar al maestro cordobés. Incluyo como anexo el texto del discurso que leí en esa oportunidad, debiendo tenerse en cuenta que corresponde al año 1997 y que en los años siguientes, Luis ha recibido numerosas distinciones más y escrito un número apreciable de libros, ensayos y estudios.

Y es que, como decía en las palabras liminares que escribí para la edición peruana de su libro *“La publicidad registral”*, “a Moisset de Espanés bien puede aplicársele las palabras del viejo romance que recordaba Gregorio Marañón en un discurso que pronunció en Lima en agosto de 1939:

*‘Sus arreos son los libros.
Su descanso, trabajar’”*

Termino estos recuerdos reproduciendo la dedicatoria que puso en el referido texto, pues es un reflejo de esta amistad auténtica de la que he querido dar afectuoso testimonio:

“A Carlos Cárdenas, amigo entrañable, a quien torturé solicitándole el prólogo y que, estoicamente supo soportar, sin reflejar en él dolor, y en cambio, prodigándome su afecto. Lima, 16 de marzo de 2004”.

Y agrega la siguiente post data:

“Prólogo concluido el día de mi cumpleaños y presentación efectuada en otro cumpleaños, sólo que en las cifras de las edades de los ‘cumpleañeros’ se produce una ‘inversión’ (74 en el primero y 47 en el segundo)”.

Lima, 26 de abril de 2010.

Anexo

Palabras de presentación del Profesor Carlos Cárdenas Quirós en el acto de incorporación del Profesor Luis Moisset de Espanés como Profesor Honorario de la Universidad de Lima. Lima, 3 de septiembre de 1997.

Me enfrento esta tarde con satisfacción a una tarea singularmente honrosa, pero especialmente difícil: la de compendiar los merecimientos del Profesor Luis Moisset de Espanés, que explican y justifican su incorporación como Profesor Honorario de nuestra casa de estudios.

Debo anticipar que mis palabras no pueden estar desligadas del vínculo de amistad que me une con el maestro cordobés desde hace muchos años. La amistad y el amor al prójimo que la inspira, ha escrito Moisset de Espanés, dan calidez y sentido a las relaciones humanas.

En ocasiones como la presente se acostumbra hacer un detalle minucioso de las distinciones recibidas por el profesor a quien se incorpora, de los cargos desempeñados en la judicatura, las instituciones a las que pertenece, las universidades a las que se encuentra vinculado, los títulos universitarios que ostenta, los numerosos congresos nacionales e internacionales en los que ha participado, las conferencias y lecciones que ha dictado en su país y en el extranjero.

Baste indicar que el profesor Luis Moisset de Espanés hizo sus estudios de Derecho en la Universidad Nacional de Córdoba, la más antigua de la República Argentina y una de las primeras del continente, pues fue fundada en 1619, donde se recibió de abogado.

Es doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la misma Universidad, Académico de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Presidente de dicha Corporación desde abril de 1995; Académico honorario de la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación, de la Academia Peruana de Derecho y de las de Granada y México; así como Presidente Honorario de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Honduras. Ha sido integrante de la más alta instancia jurisdiccional de la Provincia de Córdoba, el Tribunal Superior de Justicia, y Presidente de la Sala Civil. Está vinculado a la docencia por más de cuarenta años y desde 1957 a la docencia propiamente universitaria. Es diplomado en Derecho Comparado y ha realizado estudios

en la Universidad de Madrid y en Estrasburgo y Coimbra. Ha sido laureado por la Academia Nacional De Ciencias de Buenos Aires y recibido la cruz distinguida de primera clase de la Orden de San Raymundo de Peñafort, condecoración otorgada por el gobierno español al mérito jurídico.

También parece propio de un acto como este, enumerar detalladamente sus obras. Lamento no encontrarme en condiciones de hacerlo como correspondería, en razón de su considerable número.

En el corto tiempo del que dispongo no es factible hacer una relación completa de todas sus publicaciones que incluyen prólogos, colaboraciones en libros de homenaje, estudios publicados en su país y en el extranjero en revistas especializadas, reseñas y comentarios bibliográficos, traducciones, ponencias y despachos, que suman varios centenares. Entre sus libros pueden ser mencionados los siguientes: *Obligaciones naturales y deberes morales*, *La lesión en los actos jurídicos*, *La interrupción de la prescripción por demanda*, *Irretroactividad de la ley (y el nuevo artículo 3 del Código Civil)*, *La lesión y el nuevo artículo 954 del Código Civil*, *Contratación inmobiliaria*, *Estudios - Parte General*, *Obligaciones y reales*, *Dominio de automotores y publicidad registral*, *Inflación y actualización monetaria*, *Estudios de derecho civil*. *Cartas y polémicas*, *Accidentes de automotores*, *El desagio*, *Daño moral*, *Responsabilidad civil*, *Curso de obligaciones*, *Codificación civil y derecho comparado*, *Algunos problemas vinculados con la investigación en las ciencias jurídicas*, *Sistemas registrales inmobiliarios: Argentina, Paraguay y publicidad registral*.

Todos ellos tienen en común lo que en palabras de Alcott cabe exigir de un buen libro: se abren con expectación y se cierran con provecho. Son además una manifestación patente de honestidad intelectual y guardan perfecta coherencia con la convicción de Moisset de Espanés de que “la controversia científica, llevada con altura, no debe originar resquemores ni distanciamientos; por el contrario, los argumentos que en ella se vierten contribuyen a iluminar el siempre difícil camino que unos y otros recorren en búsqueda de la verdad. Es menester defender lo que uno cree con ardor, pero sin zaherir al interlocutor; al mismo tiempo hay que dejar de lado el amor propio, y estar dispuesto, llegado el caso, a reconocer nuestros errores y rectificarlos”.

Pero entre todos sus libros, no puedo sustraerme a la tentación de hacer mención especial a uno que deliberadamente no he citado antes y por el que tengo particular afecto. Lleva por título “El cazador, casado” y

constituye una recopilación de diversos artículos publicados por Luis Moisset de Espanés bajo el expresivo seudónimo de Criticón. Se trata de comentarios críticos escritos, como dice él con un tono jocoso. El título del libro no es casual. Como se destaca en la contracarátula de la obra, “el hombre diseña constituciones, redacta códigos, sanciona leyes, acumula digestos, construye cárceles, sin pensar, obviamente, que tanta previsión puede volverse un día contra él mismo. La esencia de la vida es, justamente, su cualidad de imprevisible. Así, el cazador puede resultar cazado (o, lo que a veces resulta peor, casado). Así el hombre prudente jamás dice “de esta agua no he de beber”. Por las mismas razones, claro. Pero hay en este libro un manantial de talento jurídico y vital en el cual resultará agradable y útil abreviar. El cazador de conocimientos no resultará cazado por la intrascendencia; si, en cambio, casado con la sabiduría”.

Recomiendo vivamente la lectura de este libro no sólo a los abogados sino también a quienes no lo son. En él se encontrarán crónicas que llevan títulos tan sugerentes como *Los anacronismos*, *Claveles disciplinados*, *Cómo no debe jugarse al ajedrez*, *La barragana y el barragán*, *Patología de maestros y discípulos*, *Canicidio, cave-canen, cinofobia y cinofilia y el premio de la Reina Victoria*, entre otros.

La contribución de Luis Moisset de Espanés a la tarea de difundir conocimientos es enorme y notable. De este modo ha hecho honor con creces al lema que rodea al águila con las alas desplegadas del escudo de la Casa de Trejo, sede de la bicentenaria Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, donde estudió: “*Ut portet nomen meum coram gentibus*” (“Para que difundan mi nombre entre las gentes”).

Son dos los ámbitos en los que ello se ha puesto notoriamente de manifiesto: como maestro y como investigador.

Ha escrito Ward que “el profesor mediocre, dice. El buen profesor, explica. El profesor superior, demuestra. El gran profesor, inspira.” Luis Moisset de Espanés pertenece, a no dudarlo, a esta última y privilegiada categoría. El suyo ha sido efectivamente un magisterio inspirador, de entrega generosa, desinteresada, que no ha buscado convertir a los discípulos -como lo dice él mismo- en un mero reflejo de sus propias ideas, sino que los ha estimulado desde el primer momento a seguir sus propios derroteros y ha aceptado las discrepancias de opiniones como algo natural.

Un muy querido amigo común, el ilustre jurista español Profesor José María Castán Vázquez, acierta al sostener que Moisset ha cimentado

una “escuela”, porque para serlo “ha reunido los elementos capitales: un Maestro fiel a la vocación y establemente consagrado a la investigación y a la docencia; un equipo de discípulos con inquietud científica y con un común aprecio intelectual y personal hacia su Maestro; y la labor cuidadosamente programada y rigurosamente dirigida; y un estilo en el modo de trabajar e incluso en el momento de ser”.

Todo esto explica que Moisset pueda hoy exhibir con orgullo un valiosísimo, selecto y numeroso grupo de discípulos del más alto nivel académico que brilla notoriamente con luz propia y que tiene en común con el maestro una cualidad estimable: la de ser buenas personas.

Para Moisset de Espanés, “quienes ejercemos la docencia debemos recordar que no somos depositarios de todo el saber: que es preciso mantener el espíritu joven, para actualizar nuestros conocimientos; y al reconocer con humildad nuestras limitaciones, extraer de ellas mismas un fruto positivo, procurando que la mejor de las lecciones que enseñemos a nuestros alumnos sea la de compartir con ellos la inquietud por el estudio. (...) no basta con dialogar, cuando la pregunta del profesor presupone de antemano una respuesta obligada, que debe ajustarse al pensamiento catedrático. Debe incitarse al alumno a discurrir y ¿por qué no ...? A disentir con el maestro, pues este tipo de gimnasia intelectual es el más útil para la formación de un universitario”.

En un libro citado por Criticón en una de sus crónicas titulado “Diccionario Contrera”, elaborado por el periodista y abogado paraguayo Helio Vera, que reúne una serie de definiciones ácido-humorísticas, destaca esta: “plagio: copia, en todo o en parte, de un texto ajeno sin mencionar la fuente. Si la copia es de varios textos debe ser llamada investigación”.

No es precisamente infrecuente encontrarse con mamotretos cuyos perpetradores se han limitado a copiar sin el menor escrúpulo ideas, frases, párrafos y aun textos enteros de otros, sin omitir los “aportes” originales, fácilmente detectables. Como diría Moisset de Espanés, de tales “obras” cabría comentar: “En el libro hay cosas buenas y cosas propias; pero lo bueno no es propio y lo propio no es bueno”.

La investigación requiere de una vocación acendrada, de espíritu científico. En el campo del Derecho, la investigación significa aprovechar, creadora, imaginativamente, las reflexiones anteriores de otros para avanzar. Mediante la investigación se logra el progreso. Constituye un proceso de aplicación del sentido común, construido sobre un sustento fundamental, indispensable una base rigurosa de conocimientos.

Moisset de Espanés ha afrontado su labor como investigador como corresponde: con autonomía, con seriedad, con rigor y autenticidad y de ello son testimonio categórico sus obras, donde hace gala de imaginación, creatividad y profundidad.

Dice él que “el progreso de la humanidad se apoya en un proceso de acumulación de conocimientos. Cada generación emprende su búsqueda utilizando los aportes de las generaciones anteriores. No puede dudarse de todo, y comenzar cada experiencia como si nadie nos hubiese precedido en el esfuerzo, pues de esa manera jamás se lograrían adelantos positivos. Es cierto que muchos de los conocimientos que consideramos adquiridos tienen fundamentos erróneos, y, por ello, con frecuencia es necesario replantearse los problemas en que surgen dudas; pero el científico, el investigador, antes de iniciar sus búsquedas, efectúa una selección crítica de problemas, dedicando su esfuerzo a indagar solamente en terreno desconocido, o en aquel en que han surgido controversias”.

Comparto plenamente la opinión del maestro argentino, dejando constancia de mi convicción de que sólo a través de la investigación, que a mi juicio está íntimamente unida a la docencia, es posible llegar a perfilar adecuadamente los conceptos, tomar posición definida sobre temas neurálgicos y crear nuevos caminos de reflexión.

Debo terminar. Y lo hago recordando una anécdota que me contó hace algún tiempo el profesor José María Castán Vázquez. En cierta ocasión don Miguel de Unamuno después de ser distinguido con una condecoración pidió audiencia con el Rey Alfonso XIII para expresarle su agradecimiento. Cuando se celebró la reunión le manifestó su gratitud por la condecoración recibida agregando que la merecía. Sorprendido, el monarca le contestó que lo usual era que quienes recibían una condecoración semejante dejaran siempre constancia de no ser merecedores de ella, a lo que contestó Unamuno: “y es cierto”.

Es seguro que muy lejos está del ánimo del maestro Moisset de Espanés, con su modestia, la pretensión de emular la respuesta de Unamuno y me parece muy propio. Pero no puede negar que otros encuentren justificación y satisfacción para reconocer sus méritos académicos y profesionales que lo hacen justo depositario de la distinción que hoy se le entrega. Saludo por ello la decisión de la más alta instancia de la Universidad de Lima de incorporar como Profesor Honorario a quien ha hecho de su vida servicio, al eminente académico a quien cabe aplicar perfectamente aquello de que “quien sabe lo que dice, dice lo que sabe y hace lo que puede, ha cumplido con su deber”.

EL MAESTRO LUIS MOISSET DE ESPANÉS Y SU PROYECCIÓN EN ESPAÑA

JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁSQUEZ *

Sumario: I. Propósito y delimitación de estas notas. II. España en la vida y en la obra de Moisset de Espanés. III. Moisset de Espanés en la vida jurídica española: su proyección como Maestro.

I. Propósito y delimitación de estas notas

Los “libros - homenaje” a figuras prestigiosas responden, ciertamente, al noble propósito de ofrecer un testimonio de admiración y gratitud a un contemporáneo merecedor de esos sentimientos. Normalmente, el libro que se genera lo recibe su destinatario en vida, aunque ya no joven, y constituye no sólo una oportunidad de reunir un buen número de estudios (en miscelánea o con una temática común) de colegas, sino también una ocasión de evocar algunos recuerdos de la vida del homenajeado y ofrecer algunas reflexiones sobre su obra. Es entonces cuando, lejos ya de su juventud, al homenajeado se le podría aplicar lo que Jorge Luis Borges dice “A quien no es joven” en un bello y profundo poema:

*“Ya puedes ver el mágico escenario
y cada cosa en el lugar debido”*

Pero esa visión, por suerte, no es necesariamente melancólica e inquietante, pues puede resultar grata cuando la vida del homenajeado está resultando rica y fecunda.

* Profesor Emérito de la Universidad CEU-San Pablo (Madrid). Numerario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (Madrid). Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba (Argentina).

Ese es el caso del Dr. Luis Moisset de Espanés, que llega a una edad -los ochenta años- que se considera un tanto emblemática y que excede a la que Cicerón tenía cuando escribió, calificándolo de “pequeño libro”, su magistral “Diálogo sobre la vejez”, cuyo permanente interés ha señalado recientemente el romanista español Juan Manuel Blanch.

Merecido es el homenaje a Moisset de Espanés y se explica que la convocatoria realizada por los coordinadores haya obtenido amplia respuesta. Las presentes notas aspiran solamente a evocar algunos de los aspectos de la vida de Moisset de Espanés relacionados con España y se apoyan en recuerdos renovados por una vieja amistad. Amistad que seguramente comparten todos los colaboradores del libro y es natural en una obra que, como ha observado el profesor Cárdenas Quirós, constituye un “*liber amicorum*”.

La amistad es, por otra parte, un sentimiento vivido e incluso estudiado por Moisset de Espanés desde su juventud. Supone un tema cuya obvia importancia han señalado figuras de todos los tiempos, desde Platón hasta un contemporáneo nuestro como Sándor Márai. En la España del siglo XX consagraron a ella ensayos Laín Entralgo y Legaz Lacambra. En la República Argentina el profesor Moisset de Espanés afrontó joven el tema, exponiéndolo en el marco histórico de las Siete Partidas, que lo incorporaron a su articulado. Las extensas leyes referentes a la amistad que contiene la Partida 4 fueron analizadas por él, que destacó el concepto que Alfonso el Sabio tenía de la amistad como “cosa que une la voluntad de los hombres”.

La relación de Moisset de Espanés con España puede ser expuesta, muy resumida, en dos vertientes: lo que España representa para él y lo que él representa en España. Veamos a través de estas notas unos datos que confirman la relación.

II. España en la vida y en la obra de Moisset de Espanés

Sus primeros contactos con España los tuvo Moisset de Espanés en los años en que, terminada su formación como jurista en la Universidad de Córdoba, quiso ampliarla en Madrid y lo hizo a lo largo de dos fecundos cursos en la Complutense que le permitieron conocer el ordenamiento español e integraron en la cultura española.

Uno de los Centros frecuentados por Moisset de Espanés fue el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, donde bajo la dirección del profesor Federico de Castro funcionaba un Seminario de Derecho Civil a cuyas reuniones de los días miércoles asistió puntualmente y en el que pudo conocer a civilistas consagrados (Rafael Núñez Lagos, Juan Vallet de Goytisolo, Manuel de la Cámara, Francisco Lucas...) y a juristas entonces jóvenes y que hoy son también figuras (Luis Diez Picazo, Manuel Amorós Guardiola, Antonio Manuel Morales, Manuel Peña Bernaldo de Quirós, Alberto Ballarín, Luis Sancho Mendizábal...) todos ellos convertidos pronto en amigos del joven doctor argentino.

Otro Centro a cuyos cursos se incorporó Moisset de Espanés fue el Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Madrid, que reanudaba a la sazón, bajo la dirección del profesor Alfonso García Gallo, tareas iniciadas en el siglo anterior. Registró en él taquigráficamente dos conferencias de Luis Recasens Siches, y su versión se publicó en la Revista de la Facultad de Derecho que dirigía entonces el profesor Antonio Fernández Galiano; esa actividad le permitió que comenzara a ser conocido en la Facultad de Derecho.

Frecuentó también el Ministerio de Justicia, la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el Colegio Notarial, el de Registradores, el Instituto de Cultura Hispánica (donde juristas como Federico Puig Peña, Fernando Murillo y José María Nin de Cardona promovían la colaboración con los juristas de América desde la “Revista de Derecho Español y Americano”, en la que se publicó uno de los trabajos de Moisset), y también frecuentó las librerías jurídicas, entre ellas la histórica de Reus y la muy conocida de Marcial Pons (cuyo fundador, con la colaboración del especialista Hipólito Maeso, difundía eficazmente la doctrina jurídica iberoamericana).

Asimismo frecuentó Moisset de Espanés la tertulia de juristas que en una “tasca” madrileña lideraba el inolvidable hipotecarista José María Chico Ortiz (a quien, tras su fallecimiento, ha dirigido las entrañables “Cartas al Cielo” incorporadas ya a algunos de sus libros). Y en Madrid conoció también otros aspectos de la cultura española a través de los museos de pintura y de los teatros de zarzuela. Y en España fue donde cimentó su noviazgo con la que más tarde sería su esposa, Azucena, jurista y argentina.

Su visión de España no la adquirió solamente, empero, en la capital madrileña: recorrió el país en todas sus regiones, donde fue descubriendo

lugares históricos y emblemáticos. Caminó por Castilla la Vieja (donde siguió las huellas del Arcipreste de Hita) por tierras de Segovia: Pedraza, monumental e histórica, y Sotosalbos, con su pequeña iglesia, preciosa joya del románico, que lo cautivó. Peregrinó a Compostela y visitó universidades (Salamanca, Barcelona, Zaragoza, Valladolid...). Con especial interés se detuvo en la Córdoba española, que le recuerda a su querida Córdoba argentina y en cuya catedral se encuentra el sepulcro del Inca Garcilaso, primer mestizo de la Hispanidad. E hizo varios periplos por las islas Canarias, una de las cuales, Lanzarote, constituye para él un lugar de grato descanso.

De la primera juventud de Moisset de Espanés procede su vocación a los estudios comparativos y su atención hacia los vínculos jurídicos existentes entre España e Iberoamérica. Fruto de esa atención fue su estudio sobre las relaciones entre los ordenamientos de ambas y sus recíprocas influencias, tema que expuso por primera vez en la Cátedra de Don Diego Espín en Salamanca, y es uno de los trabajos pioneros en esa línea investigadora. Dicho trabajo fue publicado en Madrid en la “Revista de Derecho Privado” y en él no sólo trató la proyección del Derecho civil español en América, sino la -menos conocida- influencia de la legislación americana en España. Aquel estudio es hoy un título de referencia dentro de la bibliografía creciente sobre el sistema jurídico iberoamericano. Como prestigioso representante de ese sistema, Moisset de Espanés ha trabajado después en la línea de investigación seguida por los ilustres profesores italianos Pierangelo Catalano y Sandro Schipani, con quienes participó en varios Congresos, entre ellos el celebrado en Roma como Homenaje a uno de los grandes codificadores americanos, don Dalmacio Vélez Sársfield.

Aspecto en el que siempre se ha manifestado el interés de Moisset de Espanés por lo español es el literario. Conoce nuestras Letras -desde el Poema del Cid hasta los poetas de hoy- y le preocupa la pureza del lenguaje. Uno de los escritores que en él han influido es el aragonés Baltasar Gracián, descendiente de juristas e infanzones, cuyo famoso libro “El Criticón” tuvo en el siglo XVII tanta importancia. En nuestro tiempo Moisset de Espanés quiso, al dar a luz sus impresiones como jurista humanista actual, presentarlas bajo el mismo nombre adoptado por Gracián y fue un nuevo Criticón en la modernidad que, en conocido libro, ofreció desde el léxico numerosas críticas jurídicas, nunca acervas y siempre razonadas. En esa línea ha denunciado, para corregirlos, diversos errores

que empobrecen el lenguaje jurídico de hoy en España e Iberoamérica. Su manejo del Diccionario y su deseo de actualizarlo le lleva incluso a veces a remitir a la Real Academia Española -a través del profesor García de Enterría, numerario de aquella y de la Real de Jurisprudencia y Legislación- notas con observaciones sobre voces americanas o términos jurídicos. Al hacerlo se sitúa en la línea del que fue ilustre escritor peruano, Ricardo Palma, cuyas espontáneas aportaciones al Diccionario de la Española fueron notables en el siglo XIX.

III. Moisset de Espanés en la vida jurídica española: su proyección como maestro

Los lazos entre España y la República Argentina en el plano jurídico son, como es bien sabido, antiguos e importantes. Las mutuas influencias entre los ordenamientos de ambos países, que Moisset de Espanés ha estudiado profundamente, han tenido diversas manifestaciones. Una de ellas es la difusión en España de la doctrina argentina de Derecho Civil. Las obras de sus grandes figuras, desde la de Lafaille hasta la de Borda, han sido conocidas y apreciadas. Junto a ellas fue divulgándose en España la producción de civilistas que la han frecuentado, como los profesores Atilio Alterini, Alberto Bueres y Roberto López Cabana (los dos últimos de ascendencia asturiana, tema del que se ocupó Moisset de Espanés en Oviedo, en el Instituto de Asturias, al tratar de descendientes de asturianos que se han destacado en Argentina), así como de doctorandos que completaron su formación en nuestras Universidades (como Eduardo Zannoni y Delia Ferreira) y de otros autores prestigiosos de hoy. A Moisset de Espanés había de situarlo España, y lo ha hecho, en la primera línea de los juristas que, sin ser de nacionalidad española, son tenidos como propios y gozan de extenso prestigio.

Varias son las pruebas de esa alta consideración. Una oficial fue la distinción concedida por nuestro ministro de Justicia a Moisset de Espanés con ocasión del homenaje que en Córdoba se le tributó cuando celebró sus Bodas de Plata con la enseñanza. El ministro a la sazón, don Iñigo Cavero Lataillade, le nombró miembro de la Orden de San Raimundo de Peñafort y fue un grato honor para el autor de estas notas asistir, en unión del ilustre profesor español Diego Espín, al acto celebrado en la Córdoba argentina e imponer en él la Cruz al homenajeado.

Un reconocimiento expresivo a la obra de Moisset de Espanés ha sido dado en España por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. El Pleno de esta Corporación lo eligió académico de honor en sesión del 13 de diciembre de 1982. Presidente de la Academia a la sazón era don Antonio Hernández Gil y Secretario General don Juan Vallet de Goytisolo, civilistas eminentes ambos. Hoy es Moisset de Espanés el más antiguo de los académicos de honor argentinos (entre los cuales figura también, por cierto, la Dra. Aída Kemelmajer, primera mujer incorporada como académica de honor a la Corporación).

La participación de Moisset de Espanés en las tareas académicas es frecuente y eficaz. Presencia relevante tuvo en el Congreso de Academias Jurídicas de España e Iberoamérica que, organizado por la nuestra, se celebró en Madrid en 1996, donde fue uno de los coordinadores generales y dirigió el Foro sobre “Afección de patrimonios a un fin”, y luego le tocó presidir en su Córdoba natal el Tercer Congreso de las Academias Iberoamericanas, al que concurrieron representantes de todas las academias españolas de jurisprudencia. Más recientemente asistió al Congreso de Academias convocado por la Aragonesa, celebrado en Zaragoza en 2005, y luego el 2008 en el Congreso realizado en Bogotá fue elegido Presidente de la Mesa Permanente de la Conferencia de Academias Iberoamericanas, cargo que había desempeñado hasta entonces el insigne catedrático de Granada, Dn. Eduardo Roca Roca; en esa ocasión fue designado como uno de los vicepresidentes de la Mesa el Excmo. señor Dn. Rafael Navarro Valls, Secretario General de la Academia de Madrid, hoy presidida por don Landelino Lavilla. Cabe destacar que Moisset de Espanés mantiene eficaz colaboración con nuestra Corporación.

Todas estas actividades no interrumpen su producción editorial porque, como ha escrito uno de sus biógrafos, el civilista peruano Carlos Cárdenas Quirós, Luis Moisset de Espanés es un ejemplo de exigencia, que no sólo impone a los demás, sino principalmente a sí mismo.

Tocan a su fin las presentes notas que, aunque limitadas en su objeto e incompletas en su desarrollo, han procurado ofrecer el perfil de Moisset de Espanés como un maestro apreciado en España. Su condición de “maestro”, con toda la noble significación de ese término, la tiene bien acreditada. A él, que tanto ama los diccionarios, cabe recordarle uno de los conceptos que le es aplicable entre los varios que de la voz “maestro” expresó en el siglo XVII el Diccionario de Autoridades de la Real Academia Española, el cual, tras observar que aquella voz procede de la latina

magister definió al Maestro como “el que sabe o enseña cualquier Arte o Ciencia”, y citó como autoridad una frase de Cristóbal Suárez de Figueroa, quien afirmaba que “han de ser los buenos Maestros, como lucientes espejos de crianza, gravedad y buenas costumbres, para que sean el blanco donde los Estudiantes tengan de continuo puesta la vista”.

UNA BREVE SEMBLANZA DEL DR. LUIS MOISSET DE ESPANÉS COMO JUEZ

JULIO ISIDRO ALTAMIRA GIGENA

Es para mí un placer y un honor participar de este libro homenaje al Dr. Luis Moisset de Espanés, quien desde la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba promovió desde la década del 60 del siglo XX la actividad científica y de investigación contribuyendo a consolidar el prestigio de la “Escuela Jurídica de Córdoba”.

La actividad ejecutada por el Dr. Moisset de Espanés durante sus 80 años de vida es múltiple, y sobradamente conocida es su excelsa figura, indiscutible Maestro del Derecho, por lo que sólo me voy a referir a una pequeña parte de la realizada como juez.

Fue vocal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba desde el 15 de mayo de 1992 hasta el 31 de marzo de 1997.

Durante ese período presidió la Sala Civil, e integró excepcionalmente la Sala Contencioso Administrativa. He realizado una investigación sobre su actuación en esta Sala y me he percatado del empeño que puso en cumplir acabadamente con la difícil misión del juez: “dar a cada uno lo suyo”.

I. En sus votos demuestra -entre otras cosas- un cabal conocimiento del expediente que tiene que resolver, pues realiza un exhaustivo análisis de la prueba y, por lo tanto, efectúa un tratamiento adecuado del asunto de acuerdo a las pruebas producidas, lo que constituye una garantía para las partes.

En efecto: A modo de ejemplo mencionaré los autos caratulados: “Bernett de Imwinkelried, Dora Graciela c/ Provincia de Córdoba - Contencioso administrativo de plena jurisdicción - Recurso de apelación” (Expte. B-12-1993), en el que dijo con relación a la procedencia del re-

curso de apelación interpuesto por la parte actora: “Considero que las razones dadas por el Señor Vocal Doctor Rodolfo Berardo deciden correctamente la primera cuestión planteada, y para evitar inútiles repeticiones, compartiendo sus fundamentos y conclusiones, voto en igual forma. Sin perjuicio de ello, quiero señalar que si bien el recurrente afirma que la calificación está viciada de nulidad porque, en el cuaderno de actuación profesional correspondiente a su legajo, no se ha dejado constancia alguna, faltando las anotaciones pertinentes sobre su actuación, lo que funda en el hecho de haber acreditado en oportunidad del recurso de reconsideración y jerárquico en subsidio en contra del acto cuestionado (fs. 3/5 del expte. administrativo 0136-043713/91), la realización de nueve cursos, tales antecedentes fueron tenidos en cuenta al efectuarse el ‘concepto profesional’ de que se trata. Ello surge indudable de la sola lectura del expediente mencionado (fs. 6/7 vta.).

En efecto, allí se señalan los ocho acápites a considerar en el rubro ‘Títulos y antecedentes’, encontrándose en el último la mención de todos los cursos. Por lo demás, en ninguno de los restantes acápites (Títulos, Estudios realizados, etc.) hay constancia alguna de actuaciones relevantes que pudieran hacerla acreedora de una calificación sobresaliente.

En definitiva, la Administración, al calificar, no careció de esos antecedentes; es más, los tuvo muy en cuenta. Si no concedió una calificación superior es porque los mismos, si bien demostraban un grado de esfuerzo, no alcanzaban para sobresalir...”.

II. El deseo de cumplir con el cometido estatal de “*afianzar la justicia*” lo encontramos en todas las causas en que intervino en esta Sala Contencioso Administrativa e incursiona sobre los elementos esenciales del acto administrativo y sus vicios declarando, en su caso, su nulidad y condenando a la Administración a restablecer el derecho subjetivo de carácter administrativo vulnerado de conformidad a lo que dispone el art. 38 del Código Contencioso administrativo.

A modo de ejemplo cito los autos: “Linares, Patricio y otros c/ Municipalidad de Córdoba - Contencioso administrativo - Recurso directo, hoy casación” (Expte. L-1-1993), en el que con relación a la primera cuestión: ¿Se ha inobservado o erróneamente aplicado la ley sustantiva?, dijo:

“1. Considero que las razones dadas por el Señor Vocal Dr. Hugo Alfredo Lafranconi deciden correctamente la primera cuestión planteada

y para evitar inútiles repeticiones, compartiendo sus fundamentos y conclusiones voto en igual forma, con las siguientes consideraciones en orden a la Resolución 397-F-84 de fecha 15-10-84 (fs. 134/135) dictada por el Secretario General.

2. La sanción impuesta al actor mediante dicho acto administrativo, invocó como circunstancias fácticas determinantes de la medida disciplinaria a las previstas en los arts. 44 incs. a) y d) y 52 inc. e) de la Ordenanza 7244.

Pero es del caso que la orden de transferencia impartida por Resolución Nro. 389-F-84, tal como ha expuesto el Señor Vocal que me precedió en el pronunciamiento, a través de argumentos que comparto, *emanó de autoridad incompetente*, circunstancia ésta que determina que no se configure el supuesto fáctico previsto en los preceptos legales en función de los cuales se ejerció la potestad sancionatoria. Por consiguiente, *deviene nulo el acto administrativo al encontrarse viciado en su causa o motivo* (lo destacado me pertenece).

La solución propuesta se impone en el sub lite, ello sin perjuicio de las consecuencias que pudieren derivarse en las hipótesis en que la orden no acatada hubiere emanado de un superior jerárquico con atribuciones y competencia para darla, y que tenga por objeto la realización de actos de servicios compatibles con la función del agente (conf. art. 44 inc. d de la Ord. 7244).

En mérito a lo expuesto, estimo que corresponde hacer lugar al recurso en este aspecto y, por tanto, casar el pronunciamiento del a quo en lo referido a la Resolución 397-F-84 dictada por el Secretario General de la Municipalidad demandada, haciendo lugar parcialmente a la demanda, declarando su nulidad y la de sus confirmatorios (Resol. 594/85 del Sec. Gral. y Dec. 833/85 del Dpto. Ejecutivo), como asimismo el derecho del actor a percibir los salarios caídos por el término que duró la suspensión.

La condena al pago de los haberes caídos por el término que duró la suspensión, resulta procedente atento que la no prestación del servicio por parte del actor, encontrándose aun vigente la relación de empleo público, se debió exclusivamente al obrar de la Administración cuya ilegitimidad se declara en la presente, debiéndose efectuar la operación pertinente con la metodología propuesta por quien me precedió en el voto...”.

III. En el estudio que he efectuado en los distintos expedientes en los que le ha tocado intervenir advierto que ha sido un magistrado in-

dependiente y ha expresado su opinión con total prescindencia de la de sus pares.

Así por ejemplos, en los autos: “Sánchez, Héctor c/ Provincia de Córdoba y otra - Acción de inconstitucionalidad” (Expte. S-07-1996), criticó lo normado con relación a la excusación de los miembros del Tribunal Superior de Justicia y dijo: “Previo a considerar la admisibilidad formal de la pretensión principal, su ampliación y de la cautelar solicitada, creo necesario destacar que oportunamente me excusé de entender en estos obrados invocando el supuesto del art. 1085 inc. 3^o del anterior C. de P.C. , lo que no fue aceptado por el Tribunal ad-hoc llamado para resolver las inhibiciones planteadas.

Devueltas las actuaciones a este Tribunal Superior de Justicia e integrado el mismo con nuevos miembros, me veo en la necesidad de manifestar mi acatamiento a lo decidido (arg. arts. 30 y 887 nuevo C.P.C.) no sin dejar de hacer notar la incorrecta regulación legal en torno a la cuestión.

En efecto, deducida la excusación de un vocal de un Tribunal Colegiado (que se rige por normas análogas a la recusación art. 32 nuevo C.P.C.), debe convocarse a otro u otros magistrados, en su caso, para que decidan si aceptan o no los motivos de apartamiento. Pero he aquí que esos mismos Jueces son los que, de acoger la excusación, quedarán avocados para el conocimiento del fondo del asunto. Es decir, ese nuevo Juez tiene potestad indirectamente, para decidir si se avoca al conocimiento de lo sustancial.

Tal esquema legal es, a todas luces, incoherente con el sistema de un Juez imparcial, pues el llamado para decidir el apartamiento tiene interés en la decisión de la cuestión incidental, que va a influir en su posterior intervención en la materia principal.

De allí que sean preferibles los sistemas en los cuales el conocimiento y decisión de las recusaciones o excusaciones corresponde no a quien eventualmente va a tener que continuar interviniendo, sino a un tercero imparcial, generalmente el superior jerárquico de aquellos.

Sin embargo, como en el caso del Tribunal Superior de Justicia está dispuesto que de las excusaciones de sus miembros conozcan y decidan los Vocales de Cámaras convocados a tal efecto, y no hay otro superior jerárquico, me veo en la necesidad -reitero- de continuar interviniendo en la causa...”.

IV. Cuando tuvo que pronunciarse sobre si es posible el dictado de una medida cautelar cuando se impugna de inconstitucional una Ley de Emergencia declarada de “orden público”, la decisión fue favorable.

En efecto: en los autos precedentemente mencionados sostuvo: “... III) El art. 70 de la Ley 8472, modificado por el art. 16 de la Ley 8482 dispone que “La presente Ley es de orden público. Cualquier decisión judicial provisional, cautelar o definitiva, que recaiga sobre puntos regulados por la presente ley y que se refiera al logro de los objetivos económicos-financieros que en ella se persiguen, no podrá ser ejecutada sino después de ciento ochenta (180) días de haber pasado en autoridad de cosa juzgada”.

La prescripción legal ha sido acusada de inconstitucional por el interesado “... más allá de la constelación de normas constitucionales de orden federal y local, que acabo de exponer y denotando conciencia de la lesa gravedad que ello representa, la Ley de Emergencia... en una modalidad desacostumbrada, y con el evidente propósito de autodefensa y a modo de “última ratio” ensaya una especie de pasaporte a la inconstitucionalidad, sabida pero no declarada... En su afán de anticiparse al brazo de la Justicia... pretende... inmovilizar al Poder Judicial... o al menos congelar en el tiempo las medidas judiciales expresamente autorizadas por la Constitución Nacional (art. 43) y Constitución Provincial (art. 48);... nada queda de naturaleza superior a la Ley de Emergencia...”

De tal modo *lo que la ley impide es la ejecución inmediata de una orden cautelar mas no el dictado de la misma* por lo que resulta prioritario establecer si la medida incoada es procedente...” (lo destacado me pertenece).

V. En otras causas analizó el fin de las medidas cautelares: asegurar la operatividad de la sentencia que se dicte, ya que durante el tiempo que dure el juicio existe la posibilidad que sobrevenga cualquier circunstancia que haga imposible ejecutar la sentencia por haberse destruido el bien, disminuido la responsabilidad patrimonial del deudor, o se haya convertido la cuestión en abstracta.

Puedo citar a modo de ejemplo los autos: “Sánchez, Héctor...” en los que se detuvo a examinar si se cumplían los requisitos establecidos para la procedencia de la medida cautelar solicitada:

“ ... IV) Con relación a la medida cautelar incoada destaque que el actor, a la fecha de promoción de la pretensión (28-08-95) solicitó se

disponga "... como medida de no innovar, el libramiento de oficio al Señor Presidente de la Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba, para que por la vía que corresponda, se abstenga de efectuar descuento alguno en los haberes jubilatorios del recurrente los que deberán ser liquidados como hasta el presente..." (fs. 4).

Por ello la cautelar era de no innovar en la situación del agente, manteniéndolo en la percepción de sus haberes jubilatorios como antes del dictado de las normas cuestionadas. El transcurso del tiempo ocasionado por los trámites impuestos legalmente para dejar integrado este Tribunal ocasionó que se practicaran algunas liquidaciones con aplicación del régimen impugnado.

Sin embargo, subsiste el interés en el despacho de la cautelar respecto de los meses futuros.

V) Los recaudos tradicionalmente exigidos para la procedencia de las medidas cautelares (verosimilitud del derecho invocado, peligro en la demora y contracautela suficiente) no se encuentran plenamente configurados en la especie. En particular, respecto al primero, cuadra destacar que si bien el análisis de la cuestión planteada que el Tribunal debe realizar para ordenar su despacho, no es exhaustivo, atento su carácter provisorio, no por ello deben soslayarse las particulares circunstancias de la causa en relación al derecho en que se asienta la pretensión principal.

Así pues, la medida solicitada en los presentes autos importa una decisión de carácter excepcional que alteraría el Estado de derecho existente a este tiempo y, por tanto configuraría "... un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión..." (cfr. Fallo C.S.J.N.: "Bulacio Malmerca, Juan C. y otros c/ Banco de la Nación Argentina", 24-VIII-93, L.L. 1994-B-131 y ss.).

La presunción de legitimidad de que gozan las leyes y el carácter de orden público que se ha atribuido a sí misma la regulación legal (art. 16 citado), impone un mayor debate de la cuestión planteada, propio del trámite principal de la causa, que excede la reducida órbita de conocimiento de la precautoria incoada, por lo que la misma no resulta procedente..."

Este criterio lo reiteró el 5/12/1996 en los autos caratulados: "Tassile, Carlos Alberto y otros c/ Municipalidad de Río Cuarto - Acción declarativa de inconstitucionalidad" (Expte.: T-19-1996), Auto Interlocutorio N° 533.

VI. También ha tenido oportunidad de opinar acerca de la introducción tempestiva de la cuestión constitucional, ya que esta importante cuestión debe ser planteada inmediatamente en el proceso, ni bien surja la lesión para el litigante.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde comienzo del siglo XX ¹ dijo que: "... al no introducir el litigante la cuestión dentro de los plazos y oportunidades legales a efectos que el juez repare el vicio, la Corte no podrá posteriormente considerarla..."

En esa misma dirección Podetti ² enseña: "*... si en la substanciación de la causa surge la cuestión constitucional, por ejemplo, a raíz de una decisión del juez, de un cambio de los fundamentos jurídicos o de hechos nuevos, la cuestión constitucional debe ser introducida en oportunidad de que el juez de la causa pueda decidirla, v.gr. en el alegato. Si la cuestión surge de la sentencia de primera instancia, debe plantearse en la expresión de agravios, a fin de que el superior tribunal de la causa la pueda considerar y decidir y solamente cuando ella resultase de la sentencia de este tribunal y no haya podido ser prevista, procedería el recurso extraordinario sin introducir la cuestión constitucional...*".

Sobre esta cuestión, nuestro homenajeado el 17/5/1994 en los autos: "Luraschi, Rogelio Juan c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba - Contencioso administrativo de plena jurisdicción - Recurso de Inconstitucionalidad" (Expte.: L-3-1992), Sentencia N° 1, se pronunció acerca de la oportunidad para plantear la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma y a tal fin dijo: "... Comparto los conceptos vertidos en los puntos, 1, 2, 3 y 4 del primer voto. En relación al punto 5 quiero resaltar que dado el tenor del art. 82 de la Ley Nro. 8024, cuya entrada en vigencia se produjo con posterioridad a la notificación de la fecha de lectura de la sentencia (se señala en el punto 4), *el planteo efectuado por la parte actora acerca de su constitucionalidad era oportuno.*

En tal supuesto, y en ausencia de notificación del decreto de fs. 126 (cfr. Punto 4), el Tribunal a quo debió pronunciarse sobre la cuestión

¹ Fallos: t. 23, p. 249, entre otros.

² J. Ramiro PODETTI, *Tratado de los recursos*, Buenos Aires, Ediar, 1958, p. 340.

constitucional articulada. Por su parte el recurrente si bien pudo tener razón en relación a su planteo, tampoco solicitó aclaratoria de la sentencia ni impugnó el decisorio fundado en la omisión de pronunciamiento sobre una cuestión oportunamente planteada.

Siendo ello así, comparto plenamente el párrafo final del punto 5, como también el punto 6. ..." (lo destacado me pertenece).

VII. Con relación a los conflictos de leyes en el tiempo, nuestro homenajeado es un experto³ y, por lo tanto, y aplicando sus conocimientos y experiencias ha opinado en numerosas causas. A modo de ejemplo sólo transcribiré lo que dijo en los autos caratulados: "Hanel de Pello, Edith Nelly c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba - Contencioso administrativo, Plena jurisdicción - Recursos de casación e inconstitucionalidad" (Expte.: H-I-1992): "... Comparto plenamente las razones y conclusiones a que arriba el Dr. Rodolfo Berardo, aunque estimo atinado efectuar ciertas consideraciones en relación a la ley aplicable, tal como lo señalé en la causa: "U.O.M. c/ Cor-Acero S.A. - Aportes, Recurso de revisión - Recurso directo", Sentencia N° Cuarenta del 30/04/1993, que suscribiera por la Sala Laboral de este Tribunal.

En efecto, los honorarios de los letrados actuantes en juicio reconocen como causa, el cumplimiento de las tareas por los profesionales aludidos y su apreciación y valoración por el tribunal interviniente. En general, estas tareas se prolongan en el tiempo y la situación jurídica no queda constituida mientras no se hayan integrado todos sus elementos, de modo tal que deben ser juzgadas de acuerdo a la ley vigente en el momento en que se complete el proceso de gestación (cfr. mi obra "Irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3 del Código Civil", pág. 23).

Se trata estrictamente del llamado "efecto inmediato" de las nuevas leyes, que atrapan a todas las situaciones jurídica en curso de constitución, sin que ello vulnere en manera alguna el principio de irretroactividad

³ Basta leer: "La irretroactividad de la ley (art. 3 del Código Civil) y los beneficios de la indemnización por muerte del trabajador", L.L. 1979-B-45; "La irretroactividad de la ley y el efecto diferido", J.A., Sección Doctrina, 1972-817; "La irretroactividad de la ley y el efecto inmediato" en J.A. Sección Doctrina, 1972-814 y "El daño moral (arts. 522 y 1078) y la irretroactividad de la ley (art. 3)", J.A. 13-1972-352.

que solamente veda aplicar la nueva ley a situaciones jurídicas definitivamente constituidas.

En particular, en lo que hace a estos honorarios, la valoración judicial de los trabajos cumplidos constituye un elemento integrativo de la situación jurídica, de modo tal que sólo puede hablarse de consolidación jurídica de esta última, cuando el juez amerite los respectivos trabajos de acuerdo con las pautas cualitativas y cuantitativas que el ordenamiento arancelario le marca, lo que debe hacerse aplicando la ley vigente al tiempo de practicar la regulación de honorarios, independientemente de que algunos elementos de esa situación jurídica se hayan originado durante la vigencia del anterior ordenamiento arancelario.

Estos conceptos se adecuan al régimen contenido en el art. 120 de la ley 8226, en tanto dispone la aplicación del mismo desde su entrada en vigencia a todas las causas y actuaciones profesionales en trámite, o pendientes de regulación y a las terminadas donde no se hubiere practicado la misma.

En virtud de lo expuesto, coincido con el Dr. Berardo respecto a que en el sub examen, dado la inadmisibilidad que se declara, no corresponde regular honorarios al letrado interviniente por la labor desempeñada en esta sede a tenor de lo establecido en los arts. 44 y 120 de la ley 8226...”.

VIII. Tuvo ocasión de pronunciarse acerca del control judicial de la “zona de reserva de la Administración”, que como bien enseña Coviello ⁴ “... *No quiere decir que zona de reserva de la Administración signifique exención del control jurisdiccional. Antes bien, el control siempre existirá aunque se trate de la denominada por Bianchi ‘zona interna’, porque tanto ésta como aquella no dejan de ser objeto del control judicial cuando las esferas de su competencia (entendida en su sentido amplio: atribución legal y juridicidad en la actuación) se han exorbitado...*”.

⁴ Pedro José Jorge COVIELLO, “La denominada ‘zona de reserva de la Administración’ y el principio de la legalidad administrativa”, en *Derecho administrativo*, obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 221.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 20/05/1995, dijo: “... 7º Que, en consecuencia, la pretendida discordancia que pudiere existir cuando, como en el caso, se trata de una ley y un decreto, no impone de por sí la descalificación de este último por violatorio del art. 31 de la Ley Fundamental, pues resultaba indiscutible la competencia del Poder Ejecutivo nacional para disponer la modificación de los índices preexistentes (se refiere a la diferencia que debe existir en la remuneración del maestro de grado con la del profesor de enseñanza media). Ello es así ya que tales criterios ingresan dentro de una materia en la cual, excepción hecha de las hipótesis de arbitrariedad o irrazonabilidad manifiesta, procede respetar las opciones valorativas y el margen de discrecionalidad indispensable de las autoridades administrativas, cuando actúan válidamente en la esfera de sus potestades constitucionales...”⁵.

En efecto y siguiendo esta línea de pensamiento en los autos: “Ramírez, Domingo Antonio c/ Provincia de Córdoba - Contencioso administrativo de plena jurisdicción - Recurso de apelación” (Expte.: R-1-1992) dijo:

“... La normativa específica, marco legal de la situación que en el presente llama nuestra atención, viene dada por la Ley 6702 en su art. 115 inc. “a” y su decreto reglamentario N° 6051/85, art. 1º inc. “d” y constituye una facultad de organización, no una disciplinaria.

Dicho contexto jurídico contempla tanto un aspecto objetivo cuando establece a los efectos del pase a retiro obligatorio un mínimo de quince años de servicio activo para cualquier jerarquía y grado del personal, cuanto uno subjetivo, discrecional, añadiendo las denominadas razones de servicio para completarla.

Las razones de servicio se encuentran dentro de las facultades discrecionales de la Administración, corolario de la denominada “zona de reserva”, en principio exenta de control jurisdiccional.

Ello así, por cuanto *mientras se obre dentro de los límites impuestos por la norma vigente, y no se incurra en arbitrariedad manifiesta*, el sistema republicano de separación de poderes no autoriza el control

⁵ “Pazos, Eliana Beatriz c/ Consejo Nacional de Educación Técnica s/ Juicio de conocimiento”.

judicial sobre la ponderación, oportunidad y conveniencia del dictado del acto. (lo destacado me pertenece).

Lo antedicho, dado que conforme reiterada jurisprudencia de esta Sala (cfr. entre otras: “Gómez, J. H. c/ Provincia de Córdoba”, Sentencia Nro. 26/89; “Cuello, Víctor c/ Provincia de Córdoba”, Sentencia N° 10/92), el pase a retiro obligatorio se compadece con la naturaleza y el fin de la institución policial, milicia armada estructurada piramidalmente, cuya función es el mantenimiento del orden público y asegurar la paz social.

Desconocer dicha prerrogativa significaría negarle al órgano administrador el ejercicio del poder, privando a la actividad administrativa de la dinámica para su desarrollo en forma eficaz.

En el sub lite tanto el decreto 8304/86 (pase a retiro obligatorio del actor, entre otros, en razón de encontrarse comprendido en lo establecido en el art. 1ro. inc. “d” del Decreto 6051, reglamentario del art. 115 inc. “a” de la ley 6702/82, fs. 27 del legajo personal, expte. administrativo), como el decreto 3132/87 (fs. 10/11 vta. de autos) traído como ampliación de demanda (fs. 12), encuentran su fundamento en el art. 112 de la Ley 6702, el que determina: “El personal policial podrá pasar a retiro, a su solicitud (retiro voluntario) o por imposición de la ley (retiro obligatorio...)”.

De lo expuesto se deduce que la Administración no ha obrado arbitrariamente, sino que se ha sometido a los principios de legalidad que le impone la norma.

Como lo señalara *supra*, la norma marco contiene un elemento objetivo que nos viene dado por el requisito de la antigüedad y un factor subjetivo o discrecional constituido por las “razones de servicio”. La necesidad de satisfacer el interés general y la propia estructura de la institución imponen como ocurre en autos, la renovación necesaria de los cuadros siempre dentro de los límites de la razonabilidad y la legitimidad.

8) Dicho extremo, por lo demás debe ser acreditado por quien lo invoca, lo que no ha ocurrido en el caso. Ello atento que las invocadas calificaciones obtenidas en los años 1984/1986 (fs. 57 de autos) fueron efectuadas por su superior de conformidad con lo establecido en el art. 40 de la ley 6702, calificaciones que sólo constituyen un ítem en los rubros a considerar por la Junta de Promociones y Retiros, al efectuar las pertinentes calificaciones (arts. 46, 55 y 56 ib. y decr. reglamentario). En relación a estas últimas -calificaciones de la Junta- las constancias de autos demuestran que en el año 1986 en momento alguno la Junta de

Promociones y Retiros lo consideró ya sea para permanecer o ascender (fs. 68/72), antes bien, aconsejó su pase a retiro obligatorio (fs. 57).

Lo reseñado, aunado a la naturaleza de la facultad ejercida, evidencia que el agravio aducido no ha sido debidamente fundado....”.

IX. En lo que respecta a la atribución que tienen los jueces y el deber en que se hallan de examinar las leyes y decretos en los casos concretos que se ponen a su decisión, comparándolos con el texto de la Constitución Nacional para averiguar si guardan o no conformidad con ella y abstenerse de aplicarlos si los encuentran en oposición a fin de evitar posible abusos de los poderes públicos, también el Dr. Moisset de Espanés ha tenido ocasión de investigar y pronunciarse.

En los autos anteriormente citados (“Ramírez, Domingo Antonio...”) sostuvo:

“9) En relación a la supuesta interpretación inconstitucional del decreto 6051/85, art. 1º inc. “d” en la que se violaría el derecho a la estabilidad del empleado público protegida por el art. 14 de la Constitución Nacional, entiendo que ello es inconsistente por cuanto como lo tiene dicho el máximo Tribunal de la Nación, los derechos tutelados por la Constitución no son absolutos y se gozan conforme a las normas que lo reglamentan. En el caso, la especial estructura de la institución de la que hablo y en relación a la consecución de sus fines, impone establecer reglas respecto a idoneidad, ingreso, funciones, derechos, deberes, retiros, etc., prevaleciendo el interés general de asegurar el orden y seguridad públicas (art. 1º ley 6701) sobre el particular de resguardo de la estabilidad. El derecho a la estabilidad se encuentra asegurado por cuanto dicho personal policial si bien deja de pertenecer al servicio activo, conserva estado policial, significando ello que ante una situación de emergencia puede ser llamado nuevamente a servicio.

Conforme lo señalado precedentemente, el agravio traído por el apelante queda sin sustento, debiendo ser rechazado en consecuencia...”.

X. Esta breve colaboración es fruto de la investigación que he realizado en la Sala Contencioso Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba y me he limitado a transcribir sus votos por la claridad de la exposición. Lo que demuestra -una vez más- su vocación docente.

La profunda labor realizada como juez es otra prueba de su deseo de ser útil a la comunidad.

Interprétese este modesto trabajo como una cooperación a tan merecido homenaje a un hombre público cuyas relevantes condiciones gravitan dentro y fuera del país. Además, su definida personalidad constituye un permanente ejemplo de rectitud, de valentía y desinterés puestos al servicio de la Nación.

SEGUNDA PARTE
APORTES DESDE EL
DERECHO CIVIL

CAPÍTULO PRIMERO

PARTE GENERAL

LAS FUENTES DE LAS NORMAS SOBRE INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES CONTENIDAS EN EL “CÓDIGO CIVIL” DE LA REPÚBLICA ARGENTINA” (1869)

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO *

1. La codificación civil en la Argentina recibió un impulso decisivo ¹ cuando su labor fue encomendada al jurisconsulto Dalmacio Vélez Sársfield (1800-1875) ². Después de cinco años de labor, aquél pudo presentar un proyecto completo de código al gobierno, quien lo promulgó en 1869 ³. El *Código de Vélez*, de voluminoso contenido, pues se extiende a lo largo de 4.051 artículos, recibió variadas influencias y no puede adscribirse a un modelo único. El codificador consultó una im-

* Catedrático de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Navarra, España; Profesor titular de Derecho romano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección postal: Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Avenida Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: aguzman@ucv.cl

¹ Para el movimiento argentino general de la codificación es fundamental Víctor TAU ANZOÁTEGUI, *La codificación en la Argentina. 1810-1870. Mentalidad social e ideas jurídicas*, 2ª ed., Buenos Aires, Librería-Editorial Histórica Emilio J. Perrot, 2008, 403 + cinco ps.

² Sobre este codificador, últimamente: Abelardo LEVAGGI, *Dalmacio Vélez Sársfield, jurisconsulto*, Córdoba, Ciencia Derecho y Sociedad, 2005, 376 ps., con extensa literatura.

³ Acerca de la codificación en la Argentina, véase: A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000, § 49, ps. 441-457; EL MISMO, *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Cizur Menor [Pamplona], Thomson-Aranzadi, 2006, § 38, ps. 265-275 [2ª edición de *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, cit., con apéndices añadidos]. En ambos textos va citada la literatura especializada, especialmente, como es natural, de origen argentino. Añadase: A. LEVAGGI, *Dalmacio Vélez*, cit. (n. 2), ps. 169-260.

ponente cantidad de obras doctrinales y todos los códigos civiles disponibles hacia su época; y del conjunto de ese material dejó constancia en notas adosadas al articulado (que hasta hoy se consideran parte del cuerpo mismo y tienen, pues, valor legal).

Pero en materia hermenéutica, su opción fue por el concerniente modelo austríaco. El art. 16, sito en el *Título preliminar: De las leyes*, expresa: “*Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del Derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso*”. En la nota a este artículo, Vélez escribió: “*Conforme al art. 7 del Cód. de Austria*”, con lo cual se refiere al *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, de 1811; y el cotejo textual lo confirma en general; pero ese mismo cotejo sugiere que el esquema austríaco fue tomado, no del original alemán, sino del *Código sardo*, también llamado “Código Albertino”, pero en su versión francesa (y no, por ende, en su versión italiana), promulgado en 1837 y entrado en vigor al año siguiente, el cual había recibido sus normas de la traducción al italiano del ABGB. como *Codice civile universale pel Regno Lombardo-Veneto*, promulgado en 1815.

En este trabajo, con que me hago parte del justo homenaje que se rinde al gran jurista argentino Luis Moisset de Espanés y a quien, pues, se lo dedico en señal de aprecio personal, me propongo examinar las fuentes del artículo 16.

2. La derivación del artículo 16 argentino a partir del Código sardo en su versión francesa se ve a través del siguiente cotejo:

CC.Cerd., art. 15 (versión francesa)	CC.Arg., art. 16
“Si une question ne peut être résolue	“Si una cuestión civil no puede resolverse,
ni par le texte	ni por las palabras,
ni par l’esprit de la loi,	ni por el espíritu de la ley,
on aura égard	se atenderá
aux cas semblables que les lois auraient spécialement prévus,	
et aux principes qui servent de fondement à les lois analogues;	a los principios de leyes análogas;

CC.Cerd., art. 15 (versión francesa)	CC.Arg., art. 16
si néanmoins la question est encore douteuse,	y si aún la cuestión fuere dudosa,
on aura recours aux principes généraux du Droit,	se resolverá por los principios generales del Derecho,
en prenant en considération toutes les circonstances du fait” ⁴ .	tomando en consideración todas las circunstancias del caso” ⁵ .
Traducción	
“Si una cuestión no puede ser resuelta ni por el texto, ni por el espíritu de la ley, se mirará a los casos semejantes que las leyes hayan previsto especialmente, y a los principios que sirven de fundamento a las leyes análogas; si, sin embargo, la cuestión es aún dudosa, se recurrirá a los principios generales de Derecho, tomando en consideración todas las circunstancias del hecho”.	

Tal derivación queda revelada sobretudo por el uso común de la expresión “ni por el espíritu de la ley” (“*ni par l’esprit de la loi*”) en los textos sardo y argentino, que no comparece en la versión italiana del mismo Código sardo ni en el original ABGB. ni en su traducción lombardo-véneta de 1815 ⁶. En estos cuerpos, la expresión presente es “*natürliche*

⁴ *Code Civil pour les Etats de S.M. le Roi de Sardaigne*, en *Code Civil du Royaume de Sardaigne précédé d’un travail comparatif avec la législation Française*, par M. le comte Portalis, Paris, chez Joubet, 1844.

⁵ *Código Civil de la República Argentina*, Nueva York, Imprenta de Hallet y Breen, 1870.

⁶ Con todo, debe tenerse presente que la comparación de códigos europeos y americanos existentes a su época con el francés de Anthoine DE SAINT JOSEPH, *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Napoléon*, 2ª ed., París, Cotillon, Libraire du Conseil d’État, 1856, traducida al castellana por Verlanga, F. y Muñoz, J., como *Concordancia entre el Código Civil francés y los códigos civiles extranjeros*, Madrid, Imprenta de Yenes, 1843, muy recurrida por los codificadores de América, usa la versión francesa del Código sardo, puesto que su artículo 15 ofrecen las expresiones en comentario. No queda descartado que Vélez haya consultado el libro de Saint-Joseph en francés o de su

Sinne eines Gesetzes” y “*senso naturale della legge*” (“sentido natural de una/ la ley”). A menos de suponer que Vélez operó la sustitución por su cuenta, sin haber tenido en consideración la versión francesa que ya la había ejecutado –lo que es muy improbable– debemos suponer, pues, que aquél miró este último texto; pero prefirió citar la fuente última en su nota al artículo 16, o sea, el ABGB., que no un mero derivado como el Código sardo, pese a haber sido éste el utilizado.

3. Conviene hacer notar que la derivación del artículo 15 sardo con respecto al § 7 austríaco no fue directa, a su vez, sino a través del *Codice civile universale pel Regno Lombardo-Veneto*, una traducción del ABGB. al italiano, promulgada en 1815 para el territorio italiano indicado en su título, que el congreso de Viena hizo parte del Imperio de los Habsburgo. He aquí el cotejo entre ambos cuerpos:

ABGB., § 7	CC.univ. R.L.-V., § 7
<p>“Läßt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden, so muß auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden. Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft, so muß solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden”</p>	<p>“Qualora un caso non si possa decidere nè secondo le parole, nè secondo il senso naturale della legge, si avrà riguardo ai casi consimili precisamente dalle leggi decisi ed ai motivi di altre leggi analoghe. Rimanendo nondimeno dubbioso il caso, dovrà decidersi secondo i principi del Diritto naturale, avuto riguardo alle circostanze raccolte con diligenza e maturamente ponderate”⁸.</p>

traducción al castellano; pero eso no impide que haya visto la edición francesa del mismo código.

⁷ *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutscher Erbländer der österreichischen Monarchie*, § 7, Wien, k[aiserlich]-k[önigliche] Hof- und Staatsdruckerey, 1811.

⁸ *Codice Civile universale pel Regno Lombardo Veneto*, Milano, Cesarea Regia Stamperia, 1815.

ABGB., § 7	CC.univ. R.L.-V., § 7
Traducción	Traducción
<p>“Si un caso de Derecho no se puede decidir ni por las palabras ni por el sentido natural de una ley, tienen que ser tomados en consideración los casos similares decididos determinadamente en las leyes y los fundamentos de otras leyes conectadas con él. Si el caso de Derecho aun permanece dudoso, tiene que ser decidido según los principios naturales del Derecho con atención a las circunstancias cuidadosamente reunidas y maduramente ponderadas”.</p>	<p>“Cuando un caso no se pueda decidir ni según la palabra, ni según el sentido natural de la ley, se mirará a los casos (con)similares precisamente decididos por las leyes y a los motivos de otras leyes análogas. Permaneciendo, sin embargo, dudoso el caso, deberá decidirse según los principios del Derecho natural, habida consideración a las circunstancias recogidas con diligencia y maduramente sopesadas”.</p>

El cotejo entre el § 7 del CC.univ.R.L.-V. y el art. 15 sardo muestra lo que sigue:

CC.univ. R.L.-V., § 7	CC.Cerd., § 15 (versión italiana)
Traducción	Traducción
<p>“Qualora un caso non si possa decidere nè secondo le parole, nè secondo il senso naturale della legge, si avrà riguardo ai casi consimili precisamente dalle leggi decisi ed ai motivi di altre leggi analoghe. Rimanendo nondimeno dubbioso il caso, dovrà decidersi secondo i principi del Diritto naturale, avuto riguardo alle circostanze raccolte con diligenza e maturamente ponderate”.</p>	<p>“Qualora una controversia non si possa decidere nè dalla parola, nè dal senso naturale della legge, si avrà riguardo ai casi consimili precisamente dalle leggi decisi, ed ai fondamenti di altre leggi analoghe; rimanendo nondimeno in caso dubbioso, dovrà decidersi secondo i principi generali di Diritto, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso”⁹.</p>
<p>“Cuando un caso no se pueda decidir ni según la palabra, ni según el sentido natural de la ley, se mirará a los casos (con)similares precisamente decididos por las leyes y a los motivos de otras leyes análogas. Permaneciendo, sin embargo, dudoso el caso, deberá decidirse</p>	<p>“Cuando una controversia no se pueda decidir ni por la palabra, ni por el sentido natural de la ley, se mirará a los casos (con)similares precisamente decididos por las leyes, y a los fundamentos de otras leyes análogas; permaneciendo, sin embargo, dudoso el caso,</p>

⁹ *Codice Civile per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna, en Collezione completa dei Moderni Codici Civili degli Stati d’Italia secondo l’ordine cronologico della loro pubblicazione, Torino, Libreria della Minerva Subalpina, 1845.*

CC.univ. R.L.-V., § 7	CC.Cerd., § 15 (versión italiana)
según los principios del Derecho natural, habida consideración a las circunstancias recogidas con diligencia y maduramente sopesadas”.	-dirse según los principios generales de Derecho, habida consideración a todas las circunstancias del caso”.

Nos resta ahora confrontar la versión italiana y la francesa del art. 15 sardo:

CC.Cerd., art. 15 (versión italiana)	CC.Cerd., art. 15 (versión francesa)
“Qualora una controversia non si possa decidere nè dalla parola, nè dal senso naturale della legge, si avrà riguardo ai casi consimili precisamente dalle leggi decisi, ed ai fondamenti di altre leggi analoghe; rimanendo nondimeno in caso dubbioso, dovrà decidersi secondo i principi generali di Diritto, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso”.	“Si une question ne peut être résolue ni par le texte ni par l’esprit de la loi, on aura égard aux cas semblables que les lois auraient spécialement prévus, et aux principes qui servent de fondement à les lois analogues; si néanmoins la question est encore douteuse, on aura recours aux principes généraux du Droit, en prenant en considération toutes les circonstances du fait”.
Traducción	Traducción
“Cuando una controversia no se pueda decidir ni por la palabra, ni por el sentido natural de la ley, se mirará a los casos (con)similares precisamente decididos por las leyes, y a los fundamentos de otras leyes análogas; permaneciendo, sin embargo, dudoso el caso, deberá decidirse según los principios generales de Derecho, habida consideración a todas las circunstancias del caso”.	“Si una cuestión no puede ser resuelta ni por el texto ni por el espíritu de la ley, se mirará a los casos semejantes que las leyes hayan previsto especialmente, y a los principios que sirven de fundamento a las leyes análogas; si, sin embargo, la cuestión es dudosa aún, se recurrirá a los principios generales del Derecho, tomando en consideración todas las circunstancias de hecho”.

Al principiar vimos cómo el art. 16 argentino se adecua a la versión francesa del art. 15 sardo.

De esta manera, terminamos de presentar todos los eslabones de la cadena que une al § 7 ABGB. con el art. 16 argentino, la cual, como se ve, no es simple ni directa.

Examinemos brevemente algunos contenidos histórico-dogmáticos del precepto argentino, en relación con sus fuentes.

4. Se observará que el art. 16 argentino contiene una regla, que no aparece enunciada directamente en el cuerpo legal, más que bajo forma supuesta. Cuando dice: “*Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley*”, queda supuesto, en efecto, que las cuestiones civiles deben ser resueltas primeramente por las palabras o por el espíritu de la ley; y que sólo cuando la operación fracasa es que puede recurrirse a los criterios enunciados en el artículo 16 (principios de leyes análogas, etcétera).

Algo así estaba expresamente dicho en el Código sardo, cuyo art. 14, en las versiones francesa e italiana expresa:

CC.Cerd., art. 14 (versión francesa)	CC.Cerd., art. 14 [= CC.univ.RL-V., § 6]
“Il n’est pas permis, en appliquant la loi, de lui attribuer un autre sens que celui qui résulte de la signification propre des termes, de leur combinaison et de l’intention du législateur”.	“Nell’ applicare la legge non è lecito d’attribuirle altro senso che quello che si manifesta dal proprio significato delle parole, secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore”.
<u>Traducción</u>	<u>Traducción</u>
“Al aplicar la ley, no está permitido atribuirle otro sentido que aquel que resulta de la significación propia de los términos, de su combinación y de la intención del legislador”.	“Al aplicar la ley, no es lícito atribuirle otro sentido que aquel que se manifiesta desde el significado propio de las palabras, según la conexión de éstas, y de la intención del legislador”.

La fuente última, o sea, el § 6 ABGB. dice:

ABGB., § 6	Traducción
“Einem Gesetze darf in der Anwendung kein anderer Verstand beigelegt werden, als welcher aus der eigentümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet”.	“En la aplicación, ningún otro entendimiento debe ser atribuido a una ley mas que aquel que reluce a partir de la significación propia de las palabras en su contexto y de la clara intención del legislador”.

La versión italiana del *Código* sardo es más fiel al original alemán. Por lo demás, en ambos textos está claro que el entendimiento o sentido que debe atribuirse a la ley ha de provenir: *i*) de la significación propia de las palabras en su contexto o combinación; y *ii*) de la intención del legislador. En la versión francesa, en cambio, ese sentido tiene que provenir: *i*) de la significación propia de los términos; *ii*) de su combinación; y *iii*) de la intención del legislador. Esta versión reemplazó el criterio literal original, consistente en atender unitariamente al sentido propia de las palabras en su contexto, por el de atender separadamente a la significación propia de los términos y a la combinación de estos.

Todavía dentro de los textos europeos, se observará la incongruencia o inconexión entre los §§ 6 y 7 austríacos (14 y 15 sardos): el § 7 ABGB. se sitúa en la hipótesis de que un caso no se pueda decidir ni por las palabras ni por sentido natural de la ley (*“Läßt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden”*), mientras que el § 6 ABGB. había ordenado atribuir a la ley no otro sentido más que aquel emanado de la significación propia de las palabras en su contexto y de la intención del legislador. Queremos recalcar, pues, que este § 6 no emplea el concepto de “sentido natural de la ley” que sí aparecerá en el siguiente § 7; y que este último emplea el concepto de “intención del legislador” que no había aparecido en el precedente § 6. En la versión italiana del Código sardo se presenta la misma anomalía e igualmente en la francesa, sólo que ahora sin respecto a la expresión “sentido natural” que fue sustituida ahí por “espíritu de la ley”.

El Código argentino, puesto que prescindió del artículo 14 sardo, no ofrece la anomalía antes descrita. Así que es lícito al intérprete deducir sin más lo antes dicho, en orden a que su artículo 16 supone que las cuestiones civiles primeramente deben ser resueltas por las palabras y por el espíritu de la ley, porque esa norma parte de la base de una cuestión que no pudo resolverse con ninguno de ambos criterios.

5. Pero cabe entonces preguntarse cómo se conjugan ambos criterios entre sí.

En las fuentes austríaca (§ 6) y sarda (artículo 14), se ordena atribuir a la ley el sentido que emana de la significación de las palabras (en su contexto) y de la intención del legislador, vale decir, la aplicación de ambos cánones es copulativa; pero el supuesto sobre el que descansa la norma complementaria que sigue (el § 7 austríaco y el artículo 15 sardo):

si un caso no se puede resolver ni por las palabras de la ley ni por el sentido natural de la ley (espíritu de la ley en la versión francesa), supone su aplicación alternativa, porque la construcción exclusiva copulativa “ni ... ni” de criterios implica haber sido suficiente que el caso haya podido ser resuelto o por uno u otro de los criterios en alternatividad para que la exclusión supuesta en el § 7 austríaco y en el artículo 15 sardo tenga lugar; así que nuevamente hallamos una incongruencia en el encaje de estas disposiciones. Pero otra vez ella no se presenta en el Código argentino, porque falta ahí un artículo correspondiente al § 6 austríaco (artículo 14 sardo); pero sigue en pie el argumento derivado de la construcción “*ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley*”, que implica no proceder la aplicación del artículo 16 si la cuestión civil pudo ser resuelta o por las palabras o por espíritu de la ley en alternativa. Esta es, pues, la primera regla de interpretación, no expresada, pero sí supuesta.

6. La alternativa “palabras” - “espíritu de la ley”, obtenida por Vélez Sársfield de la versión francesa del artículo 15 sardo, no aparece, como vimos, ni en los §§ 6 y 7 austríacos ni en los artículos 15 y 16 de la versión italiana del Código sardo. El concepto ahí es “sentido natural de la ley”; y por alguna razón el autor de la versión francesa prefirió “espíritu de la ley”. Pero erró. En el contexto de esas disposiciones, el concepto correcto es el de sentido. La pareja de opuestos es, en efecto “palabras de la ley” y “sentido de la ley”. Así era en el Derecho romano ¹⁰ y en el común ¹¹.

¹⁰ Sobre el punto, véase: Alejandro GUZMÁN-BRITO, *Historia de las normas sobre interpretación de las leyes en el Derecho romano*, Santiago de Chile, Instituto Juan de Solórzano Pereira, 2000, ps. 163-206 [se prepara una segunda edición en México, por la Corte Suprema de México].

¹¹ Al respecto, Alejandro GUZMÁN-BRITO, “La historia dogmática de las normas sobre interpretación recibidas por el Código Civil de Chile”, en VV.AA., *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1992, ps. 48-49 [= en EL MISMO, *Estudios de historia dogmática y sistemática sobre el Código Civil chileno-colombiano*, Bogotá, Pontificia Universidad Xaveriana, 2009, ps. 161-164]. He tornado sobre esta materia en el § 3, números I y II de mi libro en prensa (Madrid, Iustel): *Codificación del Derecho civil e interpretación de las leyes. Las normas sobre interpretación de las leyes en los principales códigos civiles europeo-occidentales y americanos emitidos hasta fines del siglo XX*.

En seguida se presenta la noción de “razón de la ley” o fin objetivo de sus normas. Los conceptos de razón y sentido no se confunden, pero la razón es el principal instrumento para fijar el sentido¹². Ahora bien, Jean Domat introdujo la palabra “esprit” en sustitución de “raison”¹³; y atendido que la primera hizo parte del título del celeberrimo libro de Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1748), su uso se difundió rápida y masivamente. Una muestra de esa difusión la vemos en la versión francesa del artículo 15 sardo y en su repercusión en el artículo 16 argentino.

7. En el modelo sardo, pero ya en su antecedente, el Código lombardo-veneto y desde luego en la fuente última, el Código austríaco, se incurría en una duplicación algo incomprensible. El artículo 15 sardo, en su versión francesa, dice que si una cuestión no puede ser resuelta ni por el texto ni por el espíritu de la ley, debe atenderse: *i*) a los casos semejantes que las leyes hayan previsto especialmente (“*aux cas semblables que les lois auraient spécialement prévus*”); y *ii*) a los principios que sirven de fundamento a las leyes análogas (“*aux principes qui servent de fondement à les lois analogues*”). La diferencia entre ambos criterios es, en el mejor de los casos, sutilísima y ella apenas permite ocultar que, en final de cuentas, ambas frases mientan lo mismo, vale decir, la analogía. Con criterio certero, Vélez eliminó esta duplicidad innecesaria y mantuvo el segundo de aquellos dos conceptos (“principios que sirven de fundamento a las leyes análogas”), bajo la forma más compacta de “*principios de leyes análogas*”. Con todo como la analogía es una operación hermenéutica que se basa en la idea de identidad de razón, consistente en que la razón conocida de la ley que expresa y decide un caso vale la misma (*eadem*) para que un caso no expresado ni decidido por ninguna ley sea decidido como aquel. La analogía, pues, pertenece al instrumentario de recursos fundados en la *ratio legis*, o “espíritu de la ley”, en la terminología domaciana. El artículo 16 no habla de “razón” ni de “espíritu” en

¹² Para estas afirmaciones, véase la misma literatura citada en las dos notas anteriores.

¹³ Acerca del punto: Alejandro GUZMÁN-BRITO, “La doctrina de Jean Domat sobre la interpretación de las leyes”, en *Revista Chilena de Derecho*, 31, Santiago de Chile, enero-abril de 2004, 1, ps. 49-50.

materia de analogía, sino de “*principios de leyes análogas*”. Pero es claro que la palabra “principios”, por lo demás obtenida de los modelos, reemplaza a aquella dos: o, si se quiere, la razón o espíritu que funda la analogía se hace consistir en principios (lo cual, por otro lado, no es siempre verdadero). Y entonces queda por explicar la doble mención del “espíritu” en el artículo 16: expresa, a su comienzo y oculta bajo la voz “principios” después.

8. Vélez conservó como último criterio, el recurso a los “principios generales del Derecho”, que no aparece en la tradición austriaca, en donde la noción empleada por el § 7 ABGB. era la de “*natürliche Rechtsgrundsätze*” (“principios naturales del Derecho”), ni en la lombardo-veneta, que tradujo (o, mejor, convirtió) aquella en “*principi del Diritto naturale*” (“principios del Derecho natural”) ¹⁴. El artículo 16 sardo reemplazó esta última por la de “principios generales del Derecho”, y ahí la encontró Vélez.

9. Para completar esta visión histórica acerca de las fuentes de la normativa sobre interpretación presente en el Código argentino, recordemos que en éste se encuentra un artículo 15 que declara: “*Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes*”. La nota de Vélez dice: “*L. 233, Del Estilo.- Cód. Francés, art. 4*”.

El artículo 4 del Código francés ofrece el siguiente tenor: “*Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*”. Como se puede apreciar, Vélez cambió la redacción

¹⁴ Sobre la formación de esta noción en el proceso de la codificación sarda, véase: Gian Savino PENE VIDARI, “Nota sull’“analogía iuris”. L’art. 15 del Tit. Prel. C.C. Albertino e la sua formazione”, en *Revista di Storia del Diritto Italiano*, 50, 1977, ps. 342-355. Confr. Sandro SCHIPANI, *La codificazione del Diritto romano comune*, Torino, Giappichelli, s.d. [pero 1996], ps. 90-95, quien hace su propio resumen. Véase también: SCIMUMÉ, Alberto, *Principi generali del Diritto. Itinerari storici di una formola*, Torino, Giappichelli, s.d. [pero 1998], ps. 43-58; EL MISMO, *I principî generali del Diritto nell’ordine giuridico contemporaneo (1837-1942)*, Torino, Giappichelli, s.d. [pero 2002], ps. 67-105.

original, de tipo penal, por otra que contiene una prohibición directa de evitar juzgar bajo los pretextos que se señalan. Con todo, la derivación -por lo demás declarada en la nota resulta evidente.

La cita de la ley 233 del Estilo ¹⁵ no debe ser interpretada más que como un recurso del codificador para enlazar una norma nueva, como la del artículo 15, en realidad proveniente del Código francés, con la tradición castellana del país, de modo de evitar que se la considerare como algo extraño a tal tradición. La rúbrica de la dicha ley es: “*De los plazos que han los arbitrios para librar los Pleytos*”. Y su texto es el siguiente: “*Otrosí como quier que los arbitros en tres años es estabescido por derecho hasta que libren los Pleytos que son puestos en su poder. Pero si las Partes se avenieren y les dieren poder que en todo tiempo hayan ellos poder de librar los Pleytos que pusieron en su poder estonce puedenlo librar después de los tres años*”. En su primer segmento, el precepto recuerda que un árbitro dispone de tres años para fallar la causa que le fue sometida. En el segmento siguiente autoriza a las partes para convenir que su árbitro pueda fallar sin sometimiento a plazo, de modo de ser lícito a éste sentenciar después de los tres años. Como se ve, solo con muy buena voluntad puede verse aquí una manifestación del principio de inexcusabilidad introducido por el artículo 4 del Código francés.

¹⁵ Las llamadas “Leyes del Estilo” no eran propiamente leyes o textos normativos emanados por un legislador, sino una colección de doctrina judicial (o jurisprudencial, como decimos ahora) extraída de sentencias en que recibía aplicación el *Fuero Real* o *Fuero de las Leyes*, este sí una ley formada en tiempos de Alfonso X el Sabio de Castilla, a mediados del siglo XIII. En general, en América solió recurrirse a esta fuente. Para Chile al menos, véase: Rodrigo GIL LJUBETIC, “Las Leyes del Estilo en Chile antes de la entrada en vigencia del Código Civil”, en *Revista de Historia del Derecho Privado*, 1, Santiago de Chile, 1998, ps. 189-218.

LA ANALOGÍA EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO

JAIME LLUIS Y NAVAS

Sumario: Indicación previa. I. Teoría general. 1. Concepto. 2. Figuras afines. 3. Naturaleza. 4. Fundamento y causa. 5. Sistemas comparados. 6. Clases. II. La aplicación de la analogía. 1. El método analógico. 2. Requisitos de aplicación. 3. Exclusiones. 4. La regulación de la aplicación de la analogía. Bibliografía.

Indicación previa

Para facilitar al lector argentino la lectura de este trabajo, nos permitimos formular las siguientes indicaciones previas:

1°. El Código civil español figura entre los que contienen un Título Preliminar destinado a formular la ley de leyes. Este título fue objeto de una nueva redacción en 1974.

2°. El art. 1 del Título Preliminar fija el siguiente escalado de fuentes: 1° la ley (en sentido material); 2° la costumbre; 3° los principios generales del Derecho. Y añade que “*la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico*”. Por ello figuramos entre los que consideran que la jurisprudencia constituye la cuarta fuente, ya que lo complementante se integra en lo complementado.

3°. Rige en España el sistema del ordenamiento jurídico pleno en virtud del cual todo problema que se plantee al Juez competente ha de ser resuelto por el juzgador.

4°. El art. 4 del Código dispone literalmente:

“Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”.

“Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos, ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”.

5°. Este sistema supone que los Principios Generales ejercen una triple función: 1° encierran el fundamento doctrinal de las disposiciones positivas (función filosófica); 2° constituyen el elemento interpretativo de la legislación (función interpretativa); 3° operan como norma subsidiaria (función normativa).

6°. La jurisprudencia también ejerce una función múltiple: 1° interpreta el derecho; 2° proclama los principios y, en su caso, declara la procedencia del recurso a la analogía; 3° constituye fuente directa, aunque subsidiaria del sistema legal, lo que le acerca relativamente (sólo acerca y relativamente) al sistema anglosajón.

I. Teoría general

1. Concepto

A) *Concepción académica.* El Código Civil no define la analogía, y el Diccionario de la R. Academia la considera “*relación de semejanza entre casos distintos*” (acepción primera y general). En sentido estrictamente jurídico la conceptúa “*método por el que una regla de ley o de derecho se extiende, por semejanza, a casos no comprendidos en ella*” (acepción tercera). María Moliner especifica que la voz “análogo” “*se aplica respecto de una cosa a otra cosa que, en algún aspecto o parte, es igual que ella*”. Por tanto, viene a relacionar la idea de analogía con la de identidad parcial.

B) *Distinción conceptual.* Para evitar confusiones en las que en ocasiones han incurrido algunos autores, creemos preciso hacer las siguientes distinciones:

a) Entendemos por analogía en sí misma *la semejanza por identidad parcial entre dos elementos (cosas, hechos)*. Las indicaciones entre paréntesis no forman propiamente parte de la conceptualización, pero precisan su significado. En este sentido la analogía **es una situación comparativa y, por tanto, un hecho**; y concuerda con la acepción primera de la R. Academia.

b) Consideramos *método (jurídico)* analógico, *la extensión a un vacío normativo de la norma dictada para otro supuesto y por razones de semejanza fáctica*. En este sentido se corresponde a la acepción tercera de la Academia. Insistimos en que estamos ante un método, pues esta condición no ha sido siempre reconocida por los tratadistas.

c) Como *principio jurídico*, podríamos formularlo así: “*un vacío jurídico se resuelve aplicándole la regla dictada para otro supuesto semejante, a condición de que exista identidad de razón normativa*”. Es, por lo tanto, una consecuencia del principio clásico, “*donde existe una misma razón, idéntica debe ser la regla aplicable*”.

Normalmente nos referiremos a la analogía, sea como hecho, sea como método de aplicación de la ley. Si consideramos que del texto resulta claro el sentido en que lo utilizamos, no haremos más precisiones. De creer que es precisa alguna aclaración la consignaremos.

2. Figuras afines

A) *Analogía y extensión normativa*. En ocasiones los textos legales extienden normas fijadas para una institución u otra. Así, el Código alemán (art. 480) y también el español (art. 1541) aplican a la permuta ciertas normas relativas a la compraventa. La extensión de norma se diferencia de la analogía en que no se dirige a cubrir un vacío de la legislación, sino que constituye una *decisión del legislador de aplicar la misma regla a dos supuestos*; o sea, son dos figuras reguladas del mismo modo. Como señala Yzquierdo, en el caso de la extensión no existe laguna, estamos ante un procedimiento legislativo en que, por economía de redacción, se formula una remisión en vez de reiterar una misma disposición.

B) *Interpretación extensiva*. Federico de Castro y un sector de la doctrina española sustentan que entre aplicación por analogía e interpretación extensiva sólo hay una diferencia de grado. Los efectos pueden ser en efecto muy parecidos; pero ambas figuras son esencialmente distintas. En la interpretación extensiva se analiza el alcance que de suyo la legislación atribuye a la norma. En la analogía se cubre un vacío aplicando la norma más allá del alcance para el que fue promulgada. Toda interpretación se dirige a *superar la oscuridad de la ley*, no a modificar su

ámbito de aplicación. La analogía opera ante una clara ausencia de ley, no se dirige a superar la oscuridad legislativa, sino a *llenar un vacío*. La interpretación extensiva fija el alcance de una ley; la analogía cubre un vacío del ordenamiento legal. Como destaca Lete, siguiendo a Coviello, la interpretación supone norma (cuyo sentido se investiga), la analogía implica carencia de disposición. Por eso la interpretación es una actividad ordinaria, la analogía un recurso extraordinario. Recurrimos a la interpretación ante la oscuridad de la ley y para superarla; y a la analogía ante el vacío de la ley para llenarlo.

C) *Analogía y Principios Generales*. Un importante sector de la jurisprudencia (sentencias del T. Supremo de 3 de febrero de 1911, 5 de diciembre de 1925 y 28 de marzo de 1944) y de la doctrina española, sobre todo antes de la reforma de 1974, tendió a identificar la analogía y los Principios del Derecho. Todavía después de la reforma, algunos autores sustentan esta identificación respecto de la analogía de derecho. Creemos que la identificación ni es ni era posible por las siguientes razones:

a) Conceptualmente no cabe la identificación: *un principio es una idea* (con efectos jurídicos) y *la analogía una situación* (un estado de similitud).

b) Tampoco existe identidad de contenido ya que los principios contienen formulaciones que nada tienen que ver con la analogía (por ejemplo el de derecho internacional privado de exclusión de la aplicación de la norma extranjera que atenta al orden público nacional). Es decir, incluso si cupiera integrar la analogía de derecho en los principios no cabría la confusión, pues éstos tienen un contenido más amplio.

c) Lo que sí es la analogía es un método o instrumento de fijación de los Principios del Derecho (lo señala incluso la sentencia del T. Supremo de 12 de septiembre de 2005). Pero no cabe confundir un *método de trabajo* jurídico (en este caso la investigación de similitudes) con el *resultado del estudio* (que sería el Principio elaborado mediante el estudio de similitudes). Y en tal caso, *lo que aplicaría el Juez no sería la analogía en sí misma, sino el Principio elaborado por vía de exégesis analógico* (si se nos permite la expresión).

d) Ciertamente en el Derecho español cabe señalar un Principio de analogía, como hemos enunciado más arriba. Pero una cosa es el Principio en sí mismo (*idea* normativa); otra el *contenido* de la idea (contemplación de la existencia de dos hechos semejantes) y otra la *aplicación* del principio (método de resolución judicial recurriendo a la analogía).

3. Naturaleza

Lo indicado respecto de las figuras afines justifica concluir que la relación de analogía de suyo es un hecho consistente en una relación de similitud entre dos situaciones; y un *hecho que interesa al Derecho* (en cuanto que se puede considerar al solucionar problemas legales). La aplicación de la analogía a su vez es un **método jurídico** (consistente en llenar las lagunas legales mediante lo dispuesto para casos similares). Este procedimiento se fundamenta en el principio de similitud, en virtud del cual situaciones semejantes han de recibir la misma solución legal. Es decir, el recurso a la analogía constituye un *comportamiento jurídico*, o sea un modo de aplicar el conjunto del ordenamiento legal.

4. Fundamento y causa

Indicación previa. Conceptualmente la causa (elemento generador) y el fundamento (criterio justificante) no se confunden. No obstante, en la aplicación de las normas, ambas figuras tienden a coincidir, pues el estudio del fundamento de toda disposición supone fijar la facultad de promulgarla y la conveniencia de hacerlo. La primera cuestión se relaciona con la causa eficiente, la segunda con la causa final.

A) *Causa eficiente.* La causa eficiente y la facultad de establecer el recurso a la analogía para solucionar los vacíos de la legislación radica en el poder soberano (con independencia del problema de quién es su titular). El poder soberano es por definición la máxima autoridad humana, y por tanto su voluntad, manifestada en las normas jurídicas, es la que puede **establecer** el recurso a la analogía. Por eso mismo es la causa eficiente de dicha solución legal.

Por otra parte, la analogía la aplica el Juzgador al resolver los litigios y éste operará como causa próxima eficiente de la **aplicación** de la analogía en el correspondiente caso concreto.

B) *Causa final.* La justificación y causa final del recurso a la analogía obedece al siguiente escalado de razones:

Es evidente que una función básica del poder público consiste en impartir justicia (por un imperativo moral y por una exigencia social, vistos los desórdenes que resultan de la injusticia).

a) La administración de justicia, en caso de vacío legislativo, pide aplicar una de estas soluciones: 1º) acudir a consulta al legislador (solución frecuente en el Derecho histórico, que recogían las Partidas, el Código de Bello, etc.); 2º) atribuir funciones legislativas al Juez (medida del Código civil suizo); 3º) establecer un sistema de fuentes subsidiarias (solución del Código argentino y del Título Preliminar del Código civil español); 4º) aplicar subsidiariamente otro ordenamiento (arbitrio del Derecho histórico de la Región catalana que acudía a los derechos canónico y romano); 5º) recurrir a la analogía.

b) Los dos primeros sistemas encierran el inconveniente de la inseguridad propia de todas las soluciones “a posteriori”; además, el recurso al legislador tiene el de la lentitud de las actuaciones. Las normas subsidiarias encierran a su vez los de sus eventuales vacíos; y, tratándose de otros ordenamientos, el de la posible inadecuación de sus normas; y a veces se soluciona mediante un subrepticio recurso a la analogía en nombre de los principios generales. De ahí la conveniencia de acudir a la analogía cuando concurre la identidad de razón entre la situación regulada y la vacía de normativa.

c) En la fundamentación de la analogía concurre el principio a tenor del cual situaciones similares piden soluciones idénticas (a condición de que concurra la identidad de razón). Es un principio de igualdad. Adviértase que la idea de igualdad de trato, en tanto no concurren circunstancias que piden marcar diferencias, es un imperativo inherente a la naturaleza de la Justicia y admitido por todas las ideologías. Las divergencias aparecen cuando se trata de fijar los elementos diferenciales que piden variaciones en el trato.

d) Como señaló Federico de Castro, el recurso a la analogía es propio de los sistemas, entre ellos el español, que dan preferencia al derecho equitativo sobre el derecho estricto. Con todo, no significa que renunciar a la analogía habría de implicar necesariamente optar por el derecho estricto, pues caben otras soluciones, más o menos perfectas según hemos visto.

5. *Sistemas comparados*

Es para mí motivo de especial satisfacción redactar este apartado recordando que el Dr. Moisset y yo iniciamos nuestra amistad estudiando Derecho Comparado en Estrasburgo.

En atención a la relación de la analogía con el conjunto de fuentes jurídicas de cada país, podemos señalar las siguientes variantes:

A) *Ordenamientos que integran la analogía en el sistema principal de fuentes.* Se hallan en este caso los Derechos inglés, americano, australiano y demás ordenamientos que aplican el “common law”. Propiamente este sistema se basa en el precedente jurisprudencial. No obstante, la aplicación de las soluciones precedentes a supuestos posteriores precisa de una relación de analogía entre ambas situaciones, ya que la identidad absoluta raramente existe. Por esta razón, la analogía pasa a ser un elemento concurrente y esencial en dicho sistema.

B) *Ordenamientos en que la analogía complementa al sistema principal de fuentes.* Este grupo de sistemas se caracteriza por cuanto la analogía no forma parte integrante de la fuente principal, pero la complementa. Dentro de este grupo cabe hacer subdistingos, pues la complementariedad opera de muy diversas maneras:

En varios ordenamientos de este grupo la analogía ejerce la función de *suplir lagunas* del Derecho. Es la solución de la ley brasileña de introducción de 1942 (art. 4) y el caso español desde la reforma del Título Preliminar del Código civil (art. 4), elaborada en el período 1972-74. Pero también es la solución seguida por otros muy diversos conjuntos legislativos, como el islámico.

En el Derecho islámico el escalado de fuentes es el siguiente: en primer lugar rige el *Corán* (que recoge la predicación de Mahoma y tiene verdaderas reglas legales, por ejemplo en materia de sucesiones); le siguen, por este orden, la *Sunna* (tradición de la conducta del Profeta Mahoma conocida a través de los “hadizes”), el *Ishma* (consenso de la comunidad islámica) y finalmente el *Quiyas* (la analogía). Con una técnica occidental, el quiyas debería ser calificado de método de aplicación del Derecho; pero con la técnica islámica constituye una de las raíces del sistema legal (*usul al fiq*).

También hemos de incluir en este grupo el sistema soviético, pues, tras la desaparición de Stalin, en el período 1958-1961 se fijaron los Principios fundamentales del Derecho Soviético y al regular los Principios del Procedimiento civil se dispuso que, a falta de ley directamente aplicable a la cuestión litigiosa “el Tribunal aplica la ley reguladora de relaciones análogas; en defecto de tal ley el Tribunal se inspira en los principios generales y en el espíritu de la legislación socialista”.

El Código Sardo de 1838 (art. 15) estatuyó que en primer lugar procedía estar al texto y al espíritu de la ley. Si aún así no se pudiese fallar “*se habrá de atender a lo que en casos parecidos dispongan otras leyes y a los principios que sirvan de fundamento a leyes análogas*”. Si a pesar de ellos no se podía resolver el litigio procedía estar a los principios generales del Derecho.

Por otra parte, el Código austríaco de 1810 (art. 7), disponía que, en defecto de ley aplicable “*el Juez tomará en consideración las razones análogas y los motivos y, en su defecto, los principios del derecho natural y las circunstancias*”.

Los ejemplos acabados de recoger podrían agruparse en dos subsistemas: 1º aquellos para los cuales la analogía es el *último recurso* (sistema islámico y con las reservas que indicaremos es también el sistema español de 1974) y 2º aquellos para los cuales la analogía es el *primer medio* de llenar lagunas legales, seguida en último término de los principios (sistema austríaco de 1810, sardo y soviético y también del antiguo derecho del cantón suizo de Argovia, si bien en defecto de analogía se remitía al derecho natural).

b) Ordenamientos para los cuales la analogía es un *medio de interpretación* de la legislación. El Código bávaro de Baron Kreittmeyer (art. 10) fundó la interpretación de las leyes en la jurisprudencia y en la analogía. El recurso a la analogía como medio general de interpretación lo sancionó también el Derecho italiano. A raíz de la publicación del Código Grandi- Mussolini de 1942, se promulgaron las “disposiciones sobre la ley en general”, constitutivas de una verdadera ley de leyes. El art. 12 ostenta la rúbrica “de la interpretación de la ley”. Se inicia dicho precepto enumerando criterios estrictamente interpretativos (sentido de las palabras, intención del legislador) y añade que, si un litigio no puede resolverse con una disposición precisa, ha de recurrirse “*alle disposizioni che regolano casi simili o materia analoghe*”. Por lo tanto, construye la analogía como medio de interpretación, pero da pie a su aplicación extensiva al sistema legal.

C) Ordenamientos que prescinden de la analogía al construir el sistema general de fuentes. Entre los sistemas carentes de una regla general de remisión a la analogía, podemos hacer un importante subdistingo:

a) Un importante conjunto de legislaciones *carece de reglas* para solucionar las lagunas del ordenamiento legal y, por lo tanto, silencia un

eventual recurso a la analogía. Estaba en este caso el Código Napoleón. Siguiendo al francés han adoptado esta solución varios Códigos del siglo XIX, entre ellos el de Dos Sicilias, el de Holanda de 1838, y también el del cantón suizo de Berna y el de Haití de 1825/26. Modernamente ha sido el sistema de la Ley de introducción del Código alemán de 1900 y el del ordenamiento inicial de la Unión Europea.

b) Otro grupo de Códigos *fijó un sistema general* de solución de las lagunas y oscuridades de la ley; pero en el mismo no incluyó la analogía. En este caso están el Código sueco de 1734 (que a falta de ley remitía a la costumbre), y formalmente el Código español en su versión primitiva de 1889 (que como normas supletorias de la ley fijaba la costumbre y los Principios generales del Derecho e indirectamente reconocía la jurisprudencia).

D) *Ordenamientos que aplican la analogía por vías indirectas.* La exclusión de la analogía en la sistematización general de las fuentes no excluye totalmente la posibilidad de su aplicación, sea en virtud de medidas generales, sea a través de soluciones interpretativas, principalmente al amparo de la invocación de principios legales.

De ahí que debamos señalar un grupo muy especial que no incluye directamente la referencia a la analogía; pero contiene *reglas que dan pie a su aplicación*. Así el antiguo código del cantón suizo de Friburgo (art. 8) disponía que los casos que no encuentren solución ni en el texto ni en el espíritu “*ni en el sistema de este cantón*” se resolverían conforme a las reglas de la equidad. Y el moderno Código helvético de 1907 (art. 1) prescribió que la ley “*rige en todas las materias a las cuales se refieren la letra o el espíritu de algunas de sus disposiciones*”. Por la vía del espíritu del conjunto de las disposiciones o de la equidad se puede llegar a la analogía.

Antes de la reforma de 1974, un sector de la doctrina y de la jurisprudencia españolas sustentaba que la analogía era aplicable en España por cuanto la Disposición Transitoria 13ª del Código dispuso que “*los casos no comprendidos directamente en las disposiciones anteriores se resolverán aplicando los principios que les sirven de fundamento*”. Pero propiamente esta disposición no consagra la admisión de la analogía, sino la aplicación extensiva de los Principios Generales del Derecho, que no es lo mismo.

En este subgrupo creemos deber incluir el Código Vélez, puesto que admite los “*principios de leyes análogas*” (art. 16); y en cierto sentido el peruano de 1984, que en el art. VIII del Título Preliminar no incluye la analogía como solución supletoria, pero en el art. IV veda la extensión analógica de las leyes restrictivas, lo que “a sensu contrario” parece admitirla cuando son normas favorables.

6. Clases

A) *En atención a la función ejercida.* Hemos de diferenciar entre analogía *interpretativa* (que se dirige a precisar el sentido de la disposición interpretada) y *normativa* (que tiene por objeto un supuesto no contemplado por el legislador). Los tratadistas no acostumbran a formular esta distinción, pero lo indicado en el apartado sobre el Derecho comparado la justifica plenamente. Lo confirma la sentencia del T. Supremo de 12 de junio de 1990, que admitió la analogía para superar oscuridades que impliquen insuficiencia de una ley. Salvo cuando resulte lo contrario del texto, en este trabajo nos centramos en la analogía normativa.

B) *En atención a la composición.* Es clásica la distinción, formulada por Wachter, entre *analogía de ley* (*analogia legis; Gesetzanalogie*) y *analogía de derecho* (*analogia juris; Rechtsanalogie*). Podríamos denominarlas analogía simple o directa (pues se basa en una sola norma y opera en su caso directamente para llenar un vacío) y analogía conjunta (pues deriva de un conjunto normativo). La primera se funda en una disposición concreta, la segunda en un conjunto de reglas jurídicas.

La analogía de Derecho supone una operación de abstracción más compleja. Desde un punto de vista práctico la doctrina diverge sobre su *naturaleza y alcance*. Un sector de la doctrina española, sobre todo *antes de la reforma de 1974* pretendió, por razones prácticas, que la analogía de derecho constituye un principio y que era aplicable con los principios del derecho (antes de la reforma de 1974 el Código no contemplaba la analogía y se trató de introducirla por esta vía). *Tras la reforma de 1974*, Gullón e Yzquierdo, entre otros, pretenden que el art. 4 del Código se refiere sólo a la analogía de ley y que la de Derecho sólo puede aplicarse a través de los Principios del Derecho. Pero es evidente que ni del texto legal (reproducido al iniciar este trabajo) ni de su razón de ser la

analogía normativa se reduce a la de ley y, por tanto, ambas están incluidas en el texto del art. 4, pues dispone que “*procederá la aplicación analógica de las normas cuando...*”; sin diferenciar entre analogía resultante de una o de varias normas; y donde la ley no distingue no caben las distinciones, según reza un principio clásico.

C) *En atención a las lagunas legales.* En base a las observaciones que Lete hace sobre la doctrina de Zitelmann, podemos diferenciar entre **analogía absoluta** (que cubre lagunas absolutas, es decir, situaciones en que no cabe otra respuesta en el ordenamiento vigente) y **analogía relativa** (en que la laguna se podría llenar por otras vías, menos aconsejables en el caso concreto). En un sistema como el español en que los Principios son fuentes subsidiarias de Derecho, las lagunas son relativas y la analogía aplicada también lo es.

D) *En atención al alcance operativo.* Hemos de diferenciar entre **aplicación relativa y absoluta**. Esta distinción resulta de dos sentencias de 17 de julio de 2007 del T. Supremo. En España, como en todos los países romano germánicos existe la figura de la responsabilidad civil derivada de dolo o culpa. Pero el Código español carece de un baremo de aplicación general para compensar todos los daños. Ante la frecuencia de los accidentes de circulación, el R.D. Legislativo 5/2000 estableció un baremo exclusivamente para los accidentes circulatorios. Este baremo no es directamente aplicable en materia de accidentes de trabajo; y la razón no es la misma, pues en materia laboral el riesgo de accidentes está cubierto por la Seguridad Social. No obstante, se suelen reclamar por vía de responsabilidad civil las diferencias entre el daño real y el cubierto por la Seguridad Social. Para valorar estos daños sociales, las indicadas sentencias han admitido una aplicación analógica relativa, declarando: 1º) los Tribunales no están obligados a seguir en materia laboral el baremo de accidentes de tráfico; 2º) es conveniente que lo sigan; 3º) si se aplica el baremo procederá descontar las cantidades cubiertas por la Seguridad Social; 4º) el interés de demora opera desde la sentencia, no desde el accidente. Estamos, pues, ante un recurso parcial o relativo de la analogía, distinto del previsto en el art. 4 del Código.

II. La aplicación de la analogía

1. El método analógico

La mayoría de los autores españoles concuerda en sustentar que en la analogía de ley se procede de un caso particular a otro particular. Respecto de la analogía de derecho los autores se dividen entre los que sustentan el mismo criterio y los que entienden que existe una doble operación en que se pasa de lo particular a lo general y de éste al caso particular carente de regulación legal.

A nuestro entender toda inducción implica una deducción indirecta; supone un juicio general implícito sin el cual carecería de validez. En la deducción propiamente dicha se pasa directamente de lo general a lo particular. En la inducción se arranca de un caso particular. *Se considera que el caso particular es expresión de un fenómeno de alcance general*; y lo que se generaliza es esta última consideración extendiéndola a otros casos por deducción. También en la aplicación de la analogía se procede de este modo a través del recurso a la identidad de razón, sin la cual la extensión analógica carecería de justificación. Es decir, en la *dimensión fáctica* la analogía pasa de un caso particular a otro particular; pero en su *dimensión metodológica* siempre procede de una consideración general a un caso particular.

2. Requisitos de aplicación

A) *Laguna legal*. La existencia de una laguna, como requisito del recurso a la analogía, viene exigida por la naturaleza misma de esta figura: si respecto de una determinada materia existe una norma cuyo sentido es evidente, el carácter imperativo de la misma pide que estemos a ella. El recurso a la analogía lo pedirán por tanto los supuestos en que no se dé esta evidencia normativa. Como sustenta la obra de Castán-De los Mozos, el recurso a la analogía opera cuando un caso litigioso no pueda resolverse “ni según la letra ni según el sentido lógico de las normas”. Pero esto sentado hemos de hacer un distingo:

a) La analogía que hemos denominado normativa (que es la directamente contemplada en el art. 4 del Código Civil) requiere la carencia de norma aplicable al caso.

b) La analogía interpretativa requerirá que la norma sea tan oscura que no se pueda fijar su sentido y alcance según las reglas generales de interpretación de las leyes recogidas en el art. 3 del Código.

En un caso estamos ante una *laguna de norma* y en el otro ante una *laguna de significado*. Pero en ambos existe una laguna que justifica el recurso a la analogía.

c) No se requiere en cambio que la falta de norma sea absoluta; bastará, como señala la propia Exposición de Motivos del Decreto de 1974, que en una norma se dé un defecto o insuficiencia que pida recurrir a la analogía para resolver el caso. Es decir, bastará la ***laguna parcial o relativa***, solución que está dentro de la lógica del sistema, pues basta ese vacío parcial para que surja la necesidad que ha de satisfacer el método analógico.

B) La disposición aplicada. Su fijación es un problema arduo. En este extremo vienen a coincidir todos los estudios:

a) Ante todo el caso regulado y el carente de norma han de ser similares, pero no idénticos (de ahí la dificultad de precisarlos), pues de ser idénticos la disposición válida alcanzaría directamente al otro.

b) El texto legal se refiere a “normas”. Por tanto, entendemos que están comprendidas todas las normas escritas con independencia de su rango (ley, decreto, etc.). Además no vemos motivo racional para sustentar lo contrario.

c) En cambio, la costumbre está excluida de la aplicación analógica por la doctrina del Tribunal Supremo (entre otras sentencias, la de 28 de febrero de 1989). Suscribimos, desde un aspecto doctrinal esta solución, pues la costumbre no tiene la suficiente fijeza ni una extensión territorial bastante amplia para ser extrapolable a otros supuestos.

d) La jurisprudencia anterior a la reforma de 1974 (que forzando las normas llegó a aplicar la analogía al amparo de los Principios Generales del Derecho) exigió que en la norma extendida por analogía operen principios que sirvan para regular el caso a que se extiende la disposición (sents. de 3 de febrero de 1911, 13 de marzo de 1916, 20 de marzo de 1945 y 21 de junio de 1963).

e) El Tribunal Supremo ha especificado asimismo que la analogía requiere una similitud jurídica esencial, entre el caso regulado y el que procede resolver debiendo acudir para apreciarlo al fundamento de la norma aplicable y al de la situación que ha de resolverse (entre otras sent. de 20 de febrero de 1998 y 18 de mayo de 2006) y que la norma aplicada sea “lo suficiente expansiva” para aplicarla al caso carente de regulación (sent. de 7 de enero de 1981 y 13 de junio de 2003).

C) *Semejanza fáctica*. Su especificación plantea bastantes problemas:

a) Conceptualmente se distingue plenamente de la identidad de razón; pero al aplicar la normativa, ambos requisitos tienden a confundirse.

b) Late sustenta que la operación analógica pide contemplar dos hechos (el regulado y el carente de regulación) y determinar si en ambos ha de operarse en función de las mismas razones jurídicas. Efectivamente requiriéndose semejanza fáctica, pero no identidad, el problema se centra en determinar hasta qué punto ambos hechos tienen la suficiente similitud para pedir la misma solución legal.

c) No existiendo (o siendo rarísimos) dos hechos absolutamente iguales, lo que importa es fijar los elementos comunes, que tengan importancia jurídica decisoria, es decir, que sean *relevantes*. Se requerirá, por tanto, una operación de análisis para prescindir de los elementos accesorios y que no sean relevantes jurídicamente. En otras palabras, como señalara Canelutti, la semejanza, a efectos de analogía, es una *noción comparativa*. Y ello nos acerca otra vez a la identidad de razón.

d) Nuestra jurisprudencia ha entendido que la semejanza ha de ser *esencial* (sent. de 20 de febrero de 1998 y de 12 de junio de 2008) y *no meramente aparente* (sent. de 30 de marzo de 1987).

e) F. de Castro, seguido por De los Mozos propugnó que para asegurar la relevancia de los puntos de similitud hay que estar al *objeto* y *finalidad* de la norma que regula el de comparación. Como regla general orientativa esta postura es plenamente suscribible, pues de lo contrario en nombre de la analogía se podrían promulgar resoluciones y sentencias disparatadas. Pero una vez más estamos vinculando el problema de la semejanza de hechos con la identidad de su razón reguladora.

f) Consiguientemente como sustentó Lacruz, la semejanza a efectos de aplicación analógica ha de consistir en que ambos hechos sean referibles a la misma razón de ley.

g) Como ejemplo de lo indicado Lete señala la garantía de evicción, regulada para la compraventa y extendida a todos los contratos traslativos de propiedad ya antes de la promulgación del Código Civil (sent. de 3 de febrero de 1883 y 26 de diciembre de 1886). Otro ejemplo lo constituye la extensión de los vicios del consentimiento de los contratos a todos los negocios jurídicos requerida en los Códigos como el español que carecen de una normativa general reguladora de los actos y negocios jurídicos.

D) *Identidad de razón*. La identidad de razón ha venido requerida por las doctrinas normas dispersas que, incluso antes del Código, hacían referencia a la analogía. Así Solorzano en su *Política indiana* propugnaba la ampliación de la aplicación de las leyes cuando “*corre igualmente su misma razón*”. Una Pragmática de Carlos III de 1791 ordenaba la extensión de la ley en supuestos de “*igualdad y equivalencia de razón*”; y el Fuero Nuevo de Navarra (ley 5) hace referencia al recurso a la analogía “*mediante la racional extensión analógica*” de lo dispuesto en dicho Fuero Nuevo.

La justificación de este requisito es evidente. Si extendemos unas normas a un supuesto no previsto, ha de ser por cuanto opera la misma razón de regularlos de un modo determinado. De no ser así, la extensión de la norma carecería de fundamento.

Yendo más lejos, Figa Faura, E. Roca y, en cierta medida, Yzquierdo, entienden que la razón que ha de tenerse en cuenta es la *finalidad* (o sea la causa final) de la ley hasta el punto de que lo realmente aplicado por el juez al acudir a la analogía es la razón de la norma. No compartimos este punto de vista. Ante todo, por cuanto *lo que se aplica en el procedimiento analógico es directamente la norma del caso análogo*. Aplicar su razón sería operar con los Principios del Derecho, y eso es una operación distinta visto el art. 1 del Código español. La razón *opera en la fundamentación de la operación analógica*. Y en ese aspecto sin duda es muy importante la finalidad de la norma. Pero nada autoriza, ni el texto del art. 4, ni su razón de ser, a limitarse a la finalidad normativa, en lugar de considerar todas las razones que pueden llevar a la aplicación analógica. Con todo, una sentencia de 30 de mayo de 2007 parece dar la razón a Figa Faura.

Con un criterio más amplio, Greño considera que la razón de la ley comprende el *principio de derecho* que ha producido la norma extendida por analogía, el principio que expresa la ley, y el *fin propuesto* al dictarla. Como elementos de la razón (del motivo de extensión) nos pare-

ce suscribible su postura siempre y cuando no se confunda los motivos de la aplicación de una norma con la norma en sí misma.

Roca critica que el Código no haya adicionado elementos que permitan identificar la razón de la ley. Y añade que ésta resultará de *fundarse en la propia coherencia del sistema*, lo que consideramos además exigido por el repudio de la contradicción. Así, el Tribunal Supremo no ha aplicado a la convivencia “more uxorio” las reglas sobre matrimonio (sent. de 5 de marzo de 1997), salvo para los efectos de la relación paterno-filial (sent. de 16 de diciembre de 1996).

E) Inexistencia de norma de exclusión. Se requerirá asimismo que no exista norma de exclusión del recurso a la analogía (entre otras, sent. de 26 de junio de 2002 y 28 de junio de 2004), lo que nos lleva a lo que trataremos en el apartado siguiente. No obstante, además de los supuestos de exclusión enumerados en el art. 4 del Código, estarán asimismo excluidas de la analogía aquellas situaciones en que una norma específica excluya el recurso a la analogía o en que lo pida la naturaleza de la disposición; por ejemplo, los tributos y las cotizaciones a la Seguridad Social.

3. Exclusiones

Los supuestos de exclusión de la analogía implican otros tantos requisitos negativos; es decir, son unos impedimentos, según la terminología del Derecho canónico.

1. Las disposiciones punitivas. El art. 4 del Código Civil excluye de la analogía las “leyes penales”. Esta regla pide varias precisiones:

(i) Evidentemente está incluida en este supuesto la **legislación penal**, o sea el Código Penal y sus normas complementarias. Estamos, según señala la Exposición de Motivos de la reforma de 1974, ante una aplicación del principio de legalidad punitiva, en virtud del cual no caben sanciones que no estén previamente fijadas en la legislación. La Constitución de 1978 ha corroborado lo acabado de indicar y lo confirma el Tribunal Constitucional (sent. nº 75 de 27 de junio de 1984). Personalmente, en el terreno de los principios es una solución que nos merece muchas reservas. Recuérdese el ejemplo de Ihering del individuo que, acompañado de un oso, pretende entrar en un lugar en que sólo se previó prohibir la entrada con perros. Betti la fundamenta en la salvaguarda de la libertad indivi-

dual. Más exactamente se dirige a proporcionar seguridad jurídica frente al Estado. Pero lo hace a costa de la seguridad ante los delincuentes lo bastante hábiles para soslayar la letra de la ley. No obstante, hemos de reconocer que la aplicación de la analogía penal, para compaginarla con la seguridad jurídica, requiere disponer de jueces muy cualificados y libres de influencias políticas, condición que no es evidente esté garantizada en España bajo el actual sistema político.

(ii) Ante el problema de si la exclusión de la analogía alcanza a las *sanciones administrativas* (multas de tráfico, multas impuestas por la Inspección de Trabajo, etc.) la respuesta ha de ser afirmativa. Así lo pide la lógica, pues en ambos casos estamos ante el mismo ejercicio del poder punitivo por el Estado; los arts. 24 y 25 de la Constitución vigente extienden al ámbito administrativo los principios del Derecho Penal, y esta solución la recoge el art. 127 de la ley administrativa 30/92. Además lo confirma el Tribunal Constitucional (sent. 18 de 8 de junio de 1981).

(iii) Es polémica la cuestión del alcance de esta excepción a las *normas penales favorables al reo* (circunstancias eximentes, etc.). Cuello Calon se ha mostrado favorable a su aceptación. En cambio, Cobo y Vives duda de la constitucionalidad de tal solución. Personalmente seríamos partidarios de la extensión de la analogía *in bonam partem* si se dieran las circunstancias que aconsejaran la extensión *ad malam partem*. Pero tal como está redactado el art. 4 del Código Civil (que se refiere a las leyes penales sin hacer distinciones) dudamos de la viabilidad positiva de esa solución.

(iv) Antes del problema de la extensión de la exclusión a las *normas civiles incluidas en textos penales* (la Responsabilidad civil derivada de delito se regula tradicionalmente en España en el Código Penal, actualmente en los arts. 109 y siguientes del Código de 1995), Yzquierdo propugna tratarlos según su naturaleza civil y aplicar en su caso la analogía. “De *lege ferenda*” compartimos la tesis de ese autor. Pero reconocemos que desde el punto de vista positivo es una solución carente de clara apoyatura jurisprudencial y que choca con la referencia del Código Civil a las “leyes penales” sin hacer distinciones sobre si se trata de reglas cuyo contenido es punitivo o indemnizatorio.

(v) Las llamadas *sanciones civiles* (causas de desheredación, de divorcio, etc.) no constituyen verdaderas medidas penales y, por tanto, no están incluidas en la regla de exclusión de la analogía del Código Civil aún cuando la opinión de los autores al respecto no es pacífica. E. Roca señala

la que la jurisprudencia tampoco ha seguido un criterio uniforme, pues en ocasiones ha aplicado la máxima “*odiosa sunt restringenda*” y en otras ha extendido la analogía sustentando que “*el principio de legalidad no tiene, en el campo del Derecho privado, el mismo rigor que en el Derecho penal*”. Incluso el Tribunal Constitucional se ha abierto a la laxitud en materia de sanciones civiles (Sent. N° 73 de 2 de diciembre de 1982 y Autos de 13 de octubre y 3 de junio de 1987).

(vi) Tratándose de *impuestos*, la Ley Tributaria (art. 24) excluye la analogía tanto a efecto sancionador como para extender los hechos imponibles y para aplicar exenciones y bonificaciones tributarias. En este caso, la exclusión de la analogía la consideramos altamente necesaria, dadas la necesidad de absoluta seguridad en materia tributaria. Por ello, entendemos que esta doctrina ha de aplicarse también a las cotizaciones a la Seguridad Social.

(vii) Gullón entiende que la regla de exclusión de la analogía penal alcanza a toda disposición “odiosa” y por lo tanto a las disposiciones limitativas de capacidad o de derechos fundamentales. Por nuestra parte consideramos que, en materia tan delicada, ni la letra de la ley, ni la razón justifican afirmaciones tan generales y que la solución en gran parte depende de la aplicación en cada caso del requisito de identidad de razón.

2. *Las disposiciones excepcionales.* El art. 4 del Código español excluye las disposiciones excepcionales de la extensión analógica. Hemos de señalar al respecto:

a) Como apunta E. Roca esta exclusión requiere fijar que se entiende por norma de excepción. Federico de Castro opina que estamos ante leyes de carácter “anómalo y transitorio”; y Diez-Picazo y Gullón creen que se trata de las disposiciones que sancionan consecuencias contrarias a los principios establecidos respecto de hechos concretos. Pero es evidente que las anomalías y el apartamiento de los principios generales ha de obedecer, para ser racional a necesidades especiales. De ahí que, a nuestro entender, sea norma especial en sentido lato la que *establece una regla que se aparta de la general, en atención a una necesidad específica*. Por ejemplo, el testamento militar en campaña, que, por causa de los riesgos del combate, se somete a formalidades distintas de los testamentos comunes. Con todo, la especificación de lo que se entiende por norma especial no es siempre fácil. Yzquierdo y Montes Penadés propugnan además *diferenciar entre el derecho excepcional y el especial*. Suscribimos en principio la distinción siempre y cuando se considere

que son derechos especiales los diferenciados del común, pero *constitutivos de un todo sistemático* (caso de los Derechos mercantil y laboral); y que son derechos excepcionales en sentido estricto los que contienen reglas de excepción para atender necesidades específicas, pero *sin integrar un conjunto sistemático*. La distinción es de interés para el problema de la analogía en el seno de los derechos especiales a que nos referimos más abajo.

b) La exclusión de la extensión analógica de las normas excepcionales arrancan de Paulo. Con ligeras variantes en la formulación, la mayoría de los tratadistas justifica esta exclusión en la misma naturaleza de las leyes de excepción: al contemplar soluciones para casos particulares no resultan generalizables, no se pueden elevar a principio general. Recogiendo este parecer, Gullón entiende que la norma excepcional no es generalizable por no ampararle la identidad de razón con otra situación. Esta opinión la recogía la Exposición de Motivos de la reforma de 1974.

c) No obstante, otro sector de la doctrina propugna dos excepciones a esta regla de exclusión: 1º sustenta Albadalejo que la norma excepcional es susceptible de aplicación analógica *si procede la ampliación del supuesto excepcional*; pero es difícil satisfaga el requisito de identidad de razón; en todo caso, desde la reforma de 1974 no cabe la extensión analógica de las normas de excepción; 2º advierten Castán y Carnelutti que, *en el seno de lo que hemos denominado Derechos especiales, las reglas generales sobre la materia especial operan como normas ordinarias de la especialidad* y no como extraordinarias y que, siempre dentro de los límites del derecho especial pueden cubrir lagunas por analogía. Así por ejemplo una disposición de derecho mercantil puede cubrir una laguna del Código de Comercio aún cuando no sea extrapolable a otras materias. Lo mismo cabe decir de las particularidades del derecho laboral. Compartimos la opinión de dichos autores y creemos que en este caso no nos hallamos ante la exclusión del art. 4 del Código español, puesto que la exclusión de analogía se refiere a las disposiciones “excepcionales” y las especiales no son excepcionales, sino *ordinarias dentro de su ámbito limitado*. Las sentencias del T. Supremo de 14 de noviembre de 1951 y 6 de diciembre de 1963 abonaban esta solución.

d) El Código portugués (art. 11) dispone que las normas excepcionales no admiten aplicación analógica, pero sí interpretación extensiva. No vemos inconvenientes para aplicar la misma regla en España, ya que la interpretación no se dirige a regular un hecho nuevo, sino el sentido de

la norma cuya aplicación no ofrece duda y por tanto la norma excepcional puede ser un elemento informativo adicional.

3. *Las disposiciones temporales.* La Exposición de Motivos de la reforma de 1974 daba dos razones a favor de esta excepción: la limitación de la vigencia de una norma estaría en contradicción con su aplicación extensiva por vía de analogía; y la temporalidad por sí misma supone que la norma es excepcional. El razonamiento procedía de Federico de Castro. Montes e Yzquierdo han criticado esta solución sustentando que una medida temporal podría no ser excepcional y aplicarse por analogía durante su vigencia. Ciertamente ello es posible, pero la aplicación de una norma temporal por analogía no deja de ser peligrosa, y ésta es una razón adicional a favor de la solución del Código. Entendemos por temporales tanto las normas que formalmente fijan una limitación en el tiempo como las que por su naturaleza han de ser transitorias, por ejemplo una disposición sobre racionamiento en tiempo de guerra; o para atender a las víctimas de una catástrofe determinada (terremoto, inundación, etc.).

4. *La regulación de la aplicación de la analogía*

A) *En relación con el escalado de fuentes.* Sobre el momento en que se ha de recurrir a la analogía, existe gran diversidad de opiniones en España: 1º según Albadalejo y O'Callaghan se aplica conjuntamente con los Principios Generales; 2º Gullón y Lacruz distinguen entre la analogía de ley, que se aplicaría antes que la costumbre y la de derecho, que operaría conjuntamente con los Principios Generales; 3º Leyte opina que opera después de la costumbre y antes de recurrir a los principios; 4º Bercovitz parece inclinado a su aplicación antes que la costumbre en nombre de que ésta se aplica "en defecto de ley" y de que tan ley es la directa como la aplicada por analogía.

A nuestro parecer no cabe distinguir a estos efectos entre analogía de ley y de derecho, pues el texto del art. 4 del Código los abarca ambos y como figura plenamente diferenciada de los Principios Generales. Por otra parte, el mismo art. 4 fija el recurso a la analogía cuando las normas legales no contemplan un supuesto específico y por tanto habría de operar en defecto de ley. No obstante, si existe una costumbre propia del caso se desvanece la razón (y por tanto la identidad de razón) para acudir

a la analogía. Por ello entendemos que el orden de proceder es el siguiente: 1º aplicación de las leyes directas; 2º aplicación de la costumbre; 3º recurso a la aplicación analógica; 4º recurso a los principios generales del Derecho; 5º aplicación de la doctrina jurisprudencial.

B) *Obligatoriedad de la aplicación analógica*. Torralba pone en duda si el recurso a la analogía (en las situaciones en que concurren los requisitos del art. 4 del Código) es preceptiva o facultativa. Compartimos con Bercovitz la opinión de que es preceptiva dado el carácter imperativo del verbo “procederá” utilizado en dicho art. 4.

C) *Recurso de casación*. El Recurso de casación, en el procedimiento común y el de suplicación en el laboral, sólo pueden ser interpuestos por causas tasadas. Entendemos, con F. de Castro y Bercovitz que se podrá interponer Recurso de casación (y en su caso de suplicación) por infracción de ley en caso de no aplicar la analogía cuando es imperativo hacerlo o por aplicarla erróneamente.

Bibliografía

- ALBADALEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, Madrid, 2006, t. I.
- ALBARCAR LÓPEZ J.L. y MARTÍN-GRANIZO M., *Código Civil. Doctrina y comentarios*, Madrid, 1991, t. I.
- BERCOVITZ R. y RODRÍGUEZ-CANO, *Manual de Derecho Civil*, Madrid, 2006 y *Comentarios al Código Civil*, Pamplona, 2009.
- BELTRÁN-SÁNCHEZ E.M. y ORDUÑA MORENO, J., *Curso de Derecho Privado*, Valencia, 2007, t. I.
- BETTI, E., *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Madrid, 1975.
- BOBBIO N., “L’analogia e il diritto penale”, *Rivista di Diritto Penale*, 1938.
- CARNELUTTI, F., *Teoría General del Derecho*, Madrid, 1941.
- CASTÁN TOBEÑAS J., *Derecho Civil español común y foral*, actualizado por J.L. De los Mozos, vol. 1º, Madrid, 1992, t. I.
- CASTÁN, J., *Teoría de la aplicación e investigación del derecho*, Madrid, 1947.
- DE CASTRO Y BRAVO F., *Derecho civil de España*, Madrid, 1984, t. I.
- CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal*, Madrid, 1943, t. I.

- DAVID, R., *Les grans systèmes de droit contemporaine*, París, 1966.
- CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de derecho civil español*, Madrid, 1941, t. I.
- DIEZ-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Barcelona, 1973.
- DIEZ-PICAZO E. y GULLÓN BALLESTEROS A., *Sistema de derecho civil*, Madrid, 2001, t. I. ENNECERUS-KIPP-WOLF, *Tratado de derecho civil*, Barcelona, 1934, t. I.
- FERRARA F., “Potere del legislatore e funzione del giudice”, *Rivista di Diritto Civile*, 1911, t. I.
- FIGA-FAURA L., “La analogía”, en ob. col. *Ciclo de conferencias sobre el nuevo Título Preliminar del Código Civil*, Barcelona, 1975.
- GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974.
- GENY G., *Método de interpretación y fuentes en el derecho privado positivo*, Madrid, 1905.
- GREÑO, J.E., “Analogía jurídica”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, 1950, t. II.
- GULLÓN BALLESTEROS, *Comentario del Código Civil*, Madrid, 1991 (ob. col.), t. I.
- LACRUZ BERDEJO, J., *Elementos de Derecho civil*, vol. 1º, Madrid, 2002, t. I.
- LETE DEL RÍO, J.M., “Reflexiones sobre la analogía”, *Estudios Jurídicos en homenaje al prof. Luis Diez-Picazo*, Madrid, 2003, t. I.
- MONTES PENADES, V.L., “Comentario al art. 4 del Código Civil”, en ob. col. *Comentarios del Código Civil*, Madrid, 1991, t. I.
- O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de derecho civil*, Madrid, 1986 y *Código Civil comentado*, Madrid, 2008, t. I.
- ROCA TRIAS, E., “Comentario al art. 4”, en ob. col. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Madrid, 1992, t. I.
- ROMACHKIN Y OTROS, P., *Principes du droit soviétique*, Moscú, s.a. (hacia 1966).
- TORRALBA SORIANO V., “Aplicación de las normas jurídicas”, en la ob. col. *Comentarios a las reformas del Título Preliminar del Código Civil*, Madrid, 1997, t. I.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., “La analogía”, en *Comentarios al Código Civil*, Barcelona, 2000, t. I.

**LA IGNORANCIA DE LA LEY EN LOS SOCIAL Y
CULTURALMENTE DÉBILES**
**(Comentarios sobre la legislación
argentina y mexicana)**

CHRISTIAN G. SOMMER

Sumario: Introducción. 1. Conceptualización. 2. Antecedentes. 3. La ignorancia del derecho en el sistema civil argentino. 4. La ignorancia del derecho en el sistema civil mexicano. 4.1. La protección de los débiles en los Códigos Civiles de la Unión. Reflexiones finales.

Introducción

Uno de los enunciados teleológicos del derecho es procurar la protección del individuo, objeto de su regulación, en especial de individuos y ciudadanos que por razones económicas, sociales, culturales u de otra índole pudieran verse vulnerados en su igual acceso a y de justicia.

La ignorancia de la ley que pudieran esgrimir determinados individuos como excusa absolutoria, en razón de que por sus condiciones sociales o culturales no han podido acceder al conocimiento mínimo de las mismas, es una realidad en nuestro continente, más allá que el derecho en forma general no prevé que tales supuestos sean la regla.

Como se verá más adelante, para la doctrina clásica, la ignorancia o error de derecho consistente en un desconocimiento o una falsa noción del régimen legal aplicable al acto que se ejecuta o a la relación jurídica que de esta emerge. En principio no es causa de justificación de la conducta del agente y por tanto no es determinante de anulabilidad del acto.

Esta posición, choca con otros postulados influenciados por aspectos sociales a través de los cuales se esgrime que ante determinados sujetos

o acontecimientos, se debería eximir de responsabilidad no será: a estos por la calidad que revisten.

Estas posturas están enmarcadas en visiones jurídicas, que a la postre conllevan la aplicación del derecho y de la justicia de forma disímil. La primera posición, es restrictiva de la excusabilidad de la ignorancia, influida por las doctrinas del análisis económico del derecho o del concepto económico del negocio jurídico¹. Para ésta, si la nulidad de un acto jurídico, - que estuvo otorgado por ignorancia o error-, se traslada sobre los posteriores actos jurídicos que tuvieron su origen en el negocio jurídico anulado, conllevaría un costo económico y social en el tráfico económico y jurídico diario, que propicia inseguridad jurídica en el sistema.

Por otra parte, quienes ven al derecho como un instrumento de cambio social en el cual el centro de protección es el sujeto y su contexto socio-cultural, critican el exceso individualista del derecho civil, muchas veces más proclive a proteger la propiedad privada, que al propio individuo por su calidad de tal.

El presente trabajo no pretende abarcar el amplio espectro teórico nacional e internacional sobre la ignorancia y el error de derecho, sino más bien, aportar a la reflexión sobre cómo han influido los distintos pensamientos jurídicos en las legislaciones de dos estados americanos. En ellos se manifiestan pautas legales diferentes en la ampliación o restricción de las excepciones de la aplicación de la ley por razones de ignorancia -en parte- tema central de la disputa de principios entre “justicia” y “seguridad” en el derecho, enfrentamiento clásico entre lo social y lo individual.

¹ Ver Ronald COASE, “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*, 1960; COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Derecho y economía*, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, 2002; Albert CALSAMIGLIA, “Justicia, eficiencia y optimización de la legislación”, en *Documentación Administrativa*, N^{tos} 218-219, abril-septiembre 1989; POSNER, Richard, *Economic Analysis of Law*, 7th edition, Aspen, 2007. Una crítica del concepto puede verse en: Mario CASTILLO FREYRE – Ricardo VÁSQUEZ KUNZE, *Analizando el análisis. Autopsia del análisis económico del derecho por el derecho civil*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica de Perú, 2004.

1. Conceptualización

Al poco de analizar lo relativo a la ignorancia del derecho, apreciamos que las disposiciones normativas nos remiten, en forma continua o en enunciados normativos separados, a la regulación del error y dentro de esta conceptualización, -en algunos casos-, a la distinción entre el error de hecho y de derecho. Así, mientras el primero recae sobre la realidad que se representa el sujeto, el segundo deviene de una interpretación, total o parcialmente inexacta de la norma legal.

Casi la totalidad de la doctrina sigue lo dicho por Savigny, respecto a igualar los significados de ignorancia y error². El Codificador argentino, en la nota del art. 923 del Código Civil cita al jurista alemán sosteniendo que: la noción exacta de una cosa puede faltarnos (...) ya porque no tenemos ninguna idea, o ya porque tenemos una falsa idea. En el primer caso hay ignorancia, en el segundo error. La apreciación jurídica de estos dos estados del alma es absolutamente la misma y desde entonces es indiferente emplear una u otra expresión. Los jurisconsultos han adoptado la segunda, porque, respecto a las relaciones de derecho el error es más habitual que la simple ignorancia (...)³.

² Por ignorancia podría entenderse a la falta de ciencia, de letras y noticias. En relación al derecho, desconocimiento de la ley. También llamativamente se la define como “Desconocimiento de la ley, el cual a nadie excusa porque rige la necesaria presunción o ficción de que, promulgada aquella, han de saberla todos”, Diccionario de la Real Academia Española, edición 22, España, 2001. Durante mucho tiempo, el tema de la ignorancia ha sido objeto de dudas y discusiones en lo que a su alcance se refiere; porque, partiendo del supuesto de que todo el mundo debe conocer la ley, premisa considerara como axiomática, se llegaba a la conclusión de que su desconocimiento, es decir, su ignorancia no excusaba de su cumplimiento: *ignorantia legis neminem excusat*. más, cuando se sale del terreno teórico para entrar en el examen práctico, se advierte lo inadecuado del axioma: porque la creciente complejidad de la vida moderna y de las leyes que la reflejan, hacen imposible que la gente iletrada, a veces, analfabeta, tenga conocimiento de la legislación, difícil incluso para las personas letradas.

³ Federico de SAVIGNY, “Derecho romano actual”, Cap. 3, Origen y fin de las relaciones de derecho y apéndice 8. Sobre este punto ver: HENOCHE AGUIAR *Hechos y actos jurídicos*, t. I, N° 48, Buenos Aires, TEA., 1950, p. 137; FEDERICO PUIG PEÑA, *Tratado de derecho civil español*, t. I, p. 267; MANUEL ARAUZ CASTEX, *Derecho civil*, Buenos Aires, Cooperativa de Derecho y Ciencias Sociales, 1974, t. II, N° 1515, p. 306

También se define a la ignorancia o error en aquellos casos por la cual se desconoce (...) la existencia o contenido de una norma jurídica, o interpretar su significado de una manera distinta a lo real o en hacer una aplicación inexacta de la situación que lo regula y, por lo tanto, también en atribuir a un hecho o a una relación, una calificación jurídica distinta de lo que le es propia finalmente, en suponer en vigor una norma inexistente ⁴.

Es esta ignorancia que en casos especiales, se presenta en los des-aventajados social y culturalmente, ya que las posibilidades de acceder a procesos de educación elemental muchas veces están conculcados desde su nacimiento.

Desde muy antiguo, tal como se enunciará más adelante, la ignorancia del derecho era considerada inexcusable, en parte, proveniente o deviniente de la máxima romana *nemo ius ignorare censetur* y que también quedara plasmada en el derecho francés bajo el aforismo *nul n'est censé ignorer la loi*. Estos principios jurídicos han tenido una fuerte influencia sobre la conformación de la normativa específica sobre el error y la ignorancia de la norma -lo que se presumía era conocida por su publicidad- en los Códigos Civiles Americanos. Esta preponderancia en la codificación americana del siglo XIX, fue en parte producto de una visión mucho más rígida del orden público que en épocas más contemporáneas.

Así, se sostenía que el orden público es imperativo y que contraría la seguridad jurídica, permitir que su vigencia quedase supeditada al error en que haya incurrido el destinatario de la norma y, al ser conocida la norma por su publicidad, invocar el error, en especial el de derecho, implicaba alegar la propia torpeza del individuo ⁵.

Estas prescripciones legales se enmarcan en varias posturas de la cual, un ejemplo de ellas, es la teoría de la ficción legal. Tal como señala Lluís y Navas, resulta notorio que ante la evidencia de la imposibilidad del pleno conocimiento individual de la totalidad del sistema normativo, nos

⁴ Emilio BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, 2ª ed., traducida por Miguel Pérez, Madrid, Revista de Derecho Privado, p. 334.

⁵ G. DEREUX, "Étude critique de l' adage "Nul n' est censé ignorer la loi"", en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, t. 6, 1907, p. 518, citado por Santos CÍFUENTES, *Negocio jurídico: estructuras, vicios, nulidades*, Buenos Aires, Astrea, 1986, p. 390

encontramos ante una ficción legal ⁶. Según este criterio, el legislador actúa como si conociéramos las leyes aun cuando sabe que ello no es cierto. Esta posición se complementa con otras que procuran manifestar la inexcusabilidad de la ignorancia de la ley. Autores como Quintano Ripolles y De Castro y Bravo, sostenían que los ordenamientos legales de poco servirían al excusarse su cumplimiento por el no conocimiento ⁷. Para los defensores del conocimiento abstracto de las normas una persona, no debería ignorar los detalles del ordenamiento jurídico en cuanto le interesan a él, ya que quien los ignora en forma completa evidencia torpeza o negligencia cuyas consecuencias debe soportar.

Sin embargo, como se verá, esta posición clásica ha tenido con el transcurso de los años sus críticas, en especial con el avance de la modernidad y el constante aumento en la producción de las normas jurídicas en los Estados. Así, se ha llegado a sostener que “la presunción de que todo ciudadano conoce las leyes es la más ridícula de las invenciones” ⁸. Es claro que si se le pregunta a un campesino sobre una cuestión jurídica, académica o práctica, totalmente distinta de su ámbito diario, nada o poco sabrá responder.

Sobre este aspecto, una de las cuestiones que planteaban los tratadistas españoles en centurias pasadas era la clase de lengua en que deben ser redactadas las leyes: si en latín como lo estaban en el derecho civil (romano) y los glosadores, o en el “habla viva”, entendida y hablada por la muchedumbre, tema que trasladado a la actualidad, podríamos referirnos respecto el grado de tecnicismo o lenguaje coloquial con que los legisladores o juristas redactan las normas, en vez de utilizar un lenguaje sencillo, -sin que ello implique un lenguaje burdo- que pueda ser comprendido por todos los ciudadanos ⁹.

⁶ Jaime LLUIS Y NAVAS, “Consideraciones sobre la ignorancia de la ley”, *Libro Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield*, t. I, Córdoba, Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, p. 428.

⁷ Antonio QUINTEROS RIPOLLES, “Ignorancia”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix., Barcelona, 1962; Federico DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, t. I, Madrid, 1955, p. 589, citado por Jaime LLUIS Y NAVAS, ob cit., 6.

⁸ Antonio ENGER, *El derecho civil y los pobres*, traducción de Diego LLAMAS, Buenos Aires, Atalaya, 1947, p. 104 y ss..

⁹ Augusto COMAS, *La revisión del Código Civil español*, t. I, Madrid, 1895- p. 108 y ss. Alude también el autor que “Jeremías Bentham quería que las leyes fuesen acompa-

Pueblos con más de un idioma, contienen leyes en tantas lenguas como se practican, en especial si nos referimos a Estados multiculturales, en especial, con diversas poblaciones originarias. En eso estriba verdaderamente la cuestión: en que aún redactadas las leyes en la lengua nativa del pueblo, éste no puede aprenderlas, y ni siquiera leerlas, y ni aún enterarse de su existencia, cuanto menos dominarlas, concordarlas y retenerlas en la memoria. Añádase que aunque cuando tuviera noticia de su existencia y tiempo y gusto para leerlas, no las entendería, porque su léxico es seis u ocho veces más rico que el del *sermo plebeius* formando por esto sólo -aun omitidas otras circunstancias, tales como la del tecnicismo- como una habla diferente ¹⁰.

Por su parte, Díez Picazo, manifiesta que “*la tecnificación del lenguaje lo hace en buena medida esotérico. Por decirlo gráficamente tiene algo de clave que exige unas ciertas convenciones sobre su uso (...)*” ¹¹.

La realidad social influenciada por los procesos económicos y políticos globalizantes, hace que, cada vez más, se presente una dicotomía en los países de la región americana. Por una parte, un porcentaje de sus ciudadanos cuentan con mejores mecanismos de acceso a la información, en lo que Castells llama la era de la información ¹². Al mismo tiempo, enormes masas de ciudadanos que se encuentran excluidos del sistema “global y comunicacional”, por falta de acceso a la educación básica, a ingresos económicos dignos o por un subyugamiento en sus culturas primigenias; ignoran todo tipo de regulación estatal, exponiéndolos a ser tratados por los regímenes jurídicos, con todo el peso del sistema legal por las infracciones cometidas.

ñadas de un comentario razonado, para que se entienda mejor, se conserven más fácilmente en la memoria y se interese en ellas el amor de la multitud”.

¹⁰ Joaquín COSTA, “El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones: el status individual, el referéndum y la costumbre”, Biblioteca Virtual Miguel D. Cervantes. www.cervantesvirtual.com

¹¹ Luis Díez DE PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Barcelona, Ariel, 1973. p.120.

¹² Manuel CASTELLS, *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*, t. II, Madrid, Alianza, 1997.

En general el derecho americano es proclive en presuponer y exigir que un obrero, un pobre, un analfabeto, un indígena no integrado a las prácticas y costumbres de la sociedad occidental moderna, sepa lo que frecuentemente no sabe un técnico y que frecuentemente ignora el instruido o la persona que puede contar con recursos económicos para contratar un abogado. Así, los social o económicamente débiles, se ven inmersos en una cultura que les exige conocer aquello que muchas veces ni lo comprenden.

Aunque se suele explicar que en razón de la equidad del juez, éste puede, - en ciertos casos- suplir el derecho omitido por los litigantes, no es menos cierto que aunque se convenza de lo contrario, éste debe atenerse a la verdad oficial resultante del expediente que tiene ante él. Uno de los exégetas del Código Civil argentino, Baldomero Llerena, sostenía que la palabra “expresamente” prescripta en el art. 20 del C.C., no debía tomarse en el sentido de que sólo ex excusable la ignorancia cuando el caso práctico de que se trata esta designado como excepción. Basta que la excepción sea expresa para una determinada clase de actos, quedando a criterio del juez resolver si el hecho a juzgarse puede o no entrar en la categoría de la clase de actos exceptuados ¹³. El autor cita como ejemplo la excepción prevista en el art. 784 del C.C., concebida en términos generales pero que podría servir para resolver casos particulares.

Para los defensores de la excusabilidad por ignorancia de la ley, es inocuo que la ignorancia sea culpable en el individuo y causa de grave daño de la que sólo es responsable la sociedad en virtud el mezquino conocimiento de la ley comunicado a quien es impuesta. Ya Planiol sostenía que si una persona ha aceptado en un acto condiciones determinadas porque ignoraba la existencia o el sentido verdadero de la ley, su conocimiento se encuentra viciado por error y la nulidad del acto podrá ser demandada ¹⁴.

¹³ Baldomero LLERENA, *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, 2ª ed., t. 1º, Buenos Aires, Imprenta Jacobo Peuser, 1899, p. 61.

¹⁴ Marcel PLANIOL - Georges RIPERT, *Tratado práctico de derecho civil francés*, t. I, traducción de Cruz DÍAZ, y Le Riverend Brussone, La Habana, 1946, p. 107, citado por Santos CIFUENTES, ob. cit., 6.

2. *Antecedentes*

La influencia que ha adquirido el derecho continental europeo en los ámbitos jurídico americano dejaron su impronta en el momento en que los codificadores plasmaron las normas sobre la ignorancia o el error de derecho.

Si nos trasladamos al pasado, la implicancia de las regulaciones sobre la ignorancia o el error de derecho tuvieron ya ordenamiento en el derecho romano. En éste, cuya influencia es indicativa en el derecho americano, no se permitía la excusabilidad por la negligencia del sujeto en el desconocimiento de la ley. Sin embargo había excepciones en los cuales se consideraban la posibilidad de admitir la ignorancia de las leyes. Las mujeres, los menores, los *rusticitas* (hombres sin cultura) y los soldados, estaban autorizadas a invocar su condición para eximirse del reproche legal¹⁵. En el *Corpus Iuris Civiles*, enunciando los textos de Ulpiano se establece se auxiliará a los inducidos a error por su edad, o por su rusticidad, o por su sexo (D. 2, 13, 1, 5)¹⁶.

¹⁵ Un denominador del derecho común latinoamericano ha sido el procurar en sus normas la protección de los desaventajados, aunque muchas veces, tal imperativo no se tradujera a prácticas jurisdiccionales efectivas. Así, históricamente ha existido una constante diáspora entre la “justicia” y la práctica jurídica tradicional, en especial frente a las diferencias entre culturas jurídicas orales y escritas. Una de estas diferenciaciones estaba dada por la regulación de los “rústicos”. Originalmente como sostenía Bartolo, lo eran aquellos que vivían fuera de la “ciudad”, pero es mucho más amplia la conceptualización que hace Alejandro de Imola que alude abiertamente a los atributos que definían el status especial de los rústicos: la ignorancia. El rustico es a la vez, en palabras de Choppinus, una criatura franca, ingenua a la hora de evaluar correctamente las cosas en términos económicos y por ello susceptible de ser engañada. Era el estudio del rustico lo que permitía eximir o atenuar la sanción por el propio desconocimiento del derecho escrito muchas veces lejano de las poblaciones campesinas. Señalaba Goebel que, sería cruel castigarles por la trasgresión de leyes que no comprenden, que nunca le han sido comunicadas o dadas a conocer y han sido a menudo oscurecidas por fastidiosas interpretaciones llevadas a cabo por eruditos. Ignorancia que es del derecho material, pero por encima de todo del procedimiento y del derecho formulario (conf. Antonio HESPANHA, “Sabios y rústicos. La dulce violencia de la razón jurídica”, en *La gracia del derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 57).

¹⁶ Conf. Luis MOISSET DE ESPANÉS, “El error de derecho en el derecho civil contemporáneo y en el Código Civil argentino”, *Boletín de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba*, 1961, p. 7.

Los menores tenían, en materia de transacciones lícitas, el derecho de restitución en general frente a actos y omisiones perjudiciales, aunque no podrían eximirse de la ley penal. Las mujeres, que no gozaban de este derecho de restitución, podían invocar la excusabilidad de la ley, ya que estaban colocadas en la clase de personas *quibus ius ignorare permissum est*, aunque más tarde, Labeón aboliría este beneficio en general manteniéndolo en casos especiales ¹⁷.

Los rústicos, dada su condición de personas que no poseían acceso a formación intelectual o legal, básicamente por la vida que desarrollaban lejos de los centros urbanos y que provenían de grupos de escasos ingresos, en su mayoría personas que trabajaban la tierra, estaban eximidos ante la imputabilidad de ciertos hechos, como sostenía Savigny, por haber olvidado pruebas en el proceso o haber dejado el plazo en la *bonorum possessio* ¹⁸.

También, entre quienes se tenían con ciertas excepciones por la ignorancia de la ley se hallaban los soldados. Esta se establecía en razón de las actividades propias que realizan los militares, en especial los soldados rasos, dada la vida arriesgadas que llevaban y que les impedía conocer el derecho por encontrarse generalmente en zonas alejadas de Roma. Como sostiene Moisset de Espanés, justificaban esta excepción manifestando que los soldados, en razón de su oficio, no disponían del tiempo necesario para conocer las leyes. En este sentido, el *Corpus Iuris Civilis*, sostenía que (...) En efecto, el sacratísimo legislador estimo que los militares conocían mejor las armas que las leyes...(C. 6, 30, 22) ¹⁹.

Ahora bien, ¿el derecho romano negaba toda posibilidad de excusión de la ignorancia, más allá de los casos mencionados?. Al decir de Lluís y Navas, en un comienzo, los romanos se plantearon el problema de la ignorancia del derecho al establecer una distinción de principios entre la ignorancia fáctica que no debía perjudicar al interesado y la jurídica que

¹⁷ Augusto BELLUSCIO - Eduardo ZANNONI (coord), *Código Civil Comentado*, "Hechos y actos jurídicos. Art. 923", t. IV, Buenos Aires, Astrea, 1982, p. 163.

¹⁸ Federico C. de SAVIGNY, *Sistema de derecho romano actual*, ts. II, XXX a XXXIV; traducción de J. MECÍA y M. POLEY, Madrid, Centro Editorial de Góngora, 1879, p. 442.

¹⁹ Conf. Luis MOISSET DE ESPANÉS, "El error de derecho..." cit., p. 8.

redundaba en su perjuicio²⁰. Así, desde antiguo se discutía sobre las interpretaciones de los textos de Papiniano, según los cuales el error de derecho puede invocarse sólo para evitar una pérdida, pero no si se trata de conseguir un beneficio²¹.

En lo referido al tema que nos ocupa, la rigidez del sistema romano se trasladó al sistema jurídico español a través de sus diversas etapas jurídicas.

La caída de Roma llevó a que se plasmaran en la Península Ibérica, la llamada *lex wisigothorum*; y a posteriori de las invasiones islámicas, las normas fueron denominadas Fuero Juzgo, las cuales consagraban la regla de la inexcusabilidad de la ignorancia de la ley, las que también se enunciaban en las Ordenanzas Reales de Castilla²².

El renacimiento del derecho romano, se tradujo en la promulgación del Código de las Partidas de Alfonso X, el que establecía que los hombres no se podían excusar del cumplimiento de las leyes por decir que no las saben; (...) ello por más que le acontezcan enfermedades “o otras cuytas muchas que passan en este mundo”²³. Aunque las normas antes enunciadas tenían como regla la inexcusabilidad, también en las Partidas, se establecieron casos de excusación por ignorancia o error. Las propias leyes de Partidas disponían excepciones en los casos similares a los establecidos por las normas romanas en cuanto menores, mujeres, rústicos y caballeros, normas que más tarde se ampliaron a la Novísima Recopilación de Carlos IV y la Recopilación de las Leyes de Indias de Carlos II.

²⁰ Jaime LLUIS Y NAVAS, “Consideraciones sobre...” cit., *Libro Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield*. t. I, Cba., Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba., 2000, p. 442 y ss..

²¹ Digesto, Lib. XVII, Leyes 7 y 8 (conf. Henoch AGUIAR, *Hechos y...* cit., t. 1, N° 53-A, p. 146).

²² Jaime LLUIS Y NAVAS, ob cit., p. 242 y ss..

²³ Más allá de que las Partidas eran proclives a contemplar excepciones a la inexcusabilidad de la ignorancia de la ley, tales postulados no alcanzaban a aquellos actos que el hombre entiende que por razones naturales son dañinas (ver Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Obligaciones naturales y derechos morales*, Buenos Aires, Zavalía, 1998).

Aunque este derecho se transmitió a América con la Conquista, impregnándose en el derecho americano de modo considerable, en cuanto a la regulación de la Novísima, como sostiene Moisset de Espanés, no fue uniforme la aplicación de las mismas en todo el territorio de las Audiencias Americanas, ya que en muchos casos no se permitía la excusabilidad de la ignorancia a través de la aplicación de la Novísima Recopilación ²⁴.

Como antecedente de la excusabilidad de la ignorancia o el error, en el siglo XIX), se retomarán posturas más flexibles sobre la exclusión de la obligatoriedad del derecho por ignorancia u error, sobre todo a partir de las expresiones que Domat realizara el siglo anterior. Así éste sostenía que si la ignorancia o el error de derecho es tal que sea la única causa de una convención por la que alguien se obliga a una cosa que no debía, y que no existía ninguna causa en que pudiera fundarse la obligación, resultando falsa esa causa, aquella será nula ²⁵.

Todos estos bagajes jurídicos, constituyeron hechos notorios que luego se traducirían en las premisas constitutivas de los Códigos Civiles hispanoamericanos. Algunos de ellos más rígidos como el español de 1889 que no permitía la excusabilidad de la ignorancia de la ley, otros menos severos como el Código Civil argentino redactado por Vélez Sársfield, el que en su art. 20 sostiene hasta la actualidad que la ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no esta expresamente autorizada por ley; para concluir con Códigos abiertos a la excusabilidad de la ignorancia en términos expresos como los Códigos Civiles de México cuyos postulados desarrollaremos más adelante.

Como un comentario general, se puede también apreciar, el avance de la regulación en torno al error -por las implicancias que éste tiene en el derecho-, ya no sólo en las legislaciones nacionales, sino en lo que respecta al derecho comunitario. En el año 2000, se publicaron los “Principios de Derecho Europeo de los Contratos”, elaborados por la Comisión

²⁴ Luis MOISSET DE ESPANÉS, “Cambio social y cambio legislativo”, *Anuario de Derecho Civil*, Córdoba. 1980. disponible en www.acaderc.org.ar

²⁵ Jean DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Lib. 1, Tít. XVIII, Secc. 1, N^{ros} 13 y 14, París, 1771 (conf. Santos CUFENTES, *Negocio jurídico: estructuras...*, cit., 1986, p. 385.

de Derecho Europeo de los Contratos, los que en su Capítulo 4, art. 4:103, establece ²⁶:

Error esencial de hecho o de derecho

(1) Una parte podrá anular un contrato ²⁷ por existir un error de hecho o de derecho en el momento de su conclusión si:

(a) (i) el error se debe a una información de la otra parte,

(ii) la otra parte sabía o hubiera debido saber que existía tal error y dejar a la víctima en dicho error fuera contrario a la buena fe, o

(iii) la otra parte hubiera cometido el mismo error, y

(b) la otra parte sabía o hubiera debido saber que la víctima, en caso de conocer la verdad, no habría celebrado el contrato o sólo lo habría hecho en términos esencialmente diferentes.

(2) No obstante, la parte no podrá anular el contrato cuando:

(a) atendidas las circunstancias su error fuera inexcusable, o

(b) dicha parte hubiera asumido el riesgo de error o debiera soportarlo conforme a las circunstancias.

3. *La ignorancia del derecho en el sistema civil argentino*

La incidencia de las posiciones ideológicas y jurídico-filosóficas, sobre las cuales los códigos americanos fueron redactados, sin duda han delineado los moldes por los cuales tales instrumentos legales se han configurado. Como señala Mosset Iturraspe, para lograr la cabal comprensión de un sistema jurídico, hay que atender a la inspiración filosófica que lo

²⁶ Principles of European Contract Law, traducido por LANDO - BEALE, La Haya, Holanda, Ed. Kluwer Law Internacional, 2000, ps. 1-93.

²⁷ Los autores sostienen que la versión inglesa se refiere a *avoid a contract* a lo largo de todo el capítulo. No se optó por otras soluciones, como la de “impugnar”, porque éste término sugiere mas bien la intervención de un órgano judicial o arbitral, o cualquier otra institución, ante lo que el interesado reclame la anulabilidad del contrato. Y es importante tener en cuenta que los principios parten de la innecesariedad de la intervención de un órgano decisorio en estos casos. En tal sentido ver art. 4: 112 y , especialmente, el comentario al mismo”, p. 274: *it is not necessary to seek a Court order to avoid the contract.*

nutre y le da sus características propias. Las bases filosóficas que están en el trasfondo del sistema jurídico orientan la interpretación de las normas legales y hacen que marche por determinados carriles o senderos ²⁸.

Así, dos posturas han marcado la evolución de los Códigos Americanos. El liberalismo racional del siglo XVIII y primera mitad del XIX y el socialismo jurídico de la segunda mitad del siglo XIX y que se prolongaría hacia el siglo XX.

Sin duda, el principal referente codificador de los juristas americanos del siglo XIX, ha sido el Código Civil francés o “Napoleónico” de 1804 ²⁹. Algunos de los países americanos adoptaron en su literalidad el Código francés, tales los casos de Costa Rica, Haití y El Salvador aunque este último rigió hasta 1884. En otros como el argentino, fue una fuente de consulta valiosa. Las constantes citas que realiza Vélez Sársfield de autores como Demolombe, Troplong, Mercade, Zacharie, Durandot, Duvergier, Aubry y Rau, Domat y Pothier, entre otros, así lo demuestran. En palabras de Bossert, el Código Francés le enseñó al mundo, o al menos a Occidente, la libertad, la igualdad, el respeto de la condición humana y esas eran las ideas y sueños de los hombres que en América proclamaron la independencia aspirando a un orden más justo, sin resabios feudales, que permitiera, además, la libertad en los contratos y protegiera la propiedad sin imposiciones de una metrópoli remota ³⁰.

Otra influencia trascendental en los códigos americanos ha sido el Código Civil español de 1889, el que tampoco diferenciaba entre error de hecho y de derecho. Sin embargo, fue el antecedente de dicho Código, el

²⁸ Jorge MOSSET ITURRASPE, Conferencia dictada en el seminario: “Abuso del derecho y buena fe frente a la depreciación económica”, Centro de Investigación de Derecho Comparado. Universidad Nacional de Córdoba, 29 de mayo de 1979; citado por Luis MOISSET DE ESPANÉS, “Cambio social y cambio legislativo”. Boletín de la Facultad de Derecho, Año XLVI, Córdoba, 1980, p. 207.

²⁹ Los art. 1109 y 1110 del Código napoleónico sostenían respectivamente que (1109) “no hay consentimiento válido si ha sido dado por error, arrancado por la violencia o sorprendido por engaño”. En cambio, el 1110 enunciaba que “el error no es causa de nulidad de la convención más que cuando cae sobre la sustancia mismas de la cosa que es objeto (...)”.

³⁰ Gustavo BOSSERT, “Influencia del Código Civil francés en el Código argentino y otros códigos de Hispanoamérica”. Revista L.L.. N° 34, Buenos Aires, 17 de febrero de 2005.

Proyecto elaborado por Florencio García Goyena enviado al gobierno español en 1851, el que fue tomado por los juristas americanos tales como Vélez Sársfield, al momento de redactar el Código Civil argentino, y los redactores del Código Civil del Distrito Federal de México, de 1870 y 1884 de corte más liberal. Para García Goyena el principio de la inexcusabilidad de conocer la ley -enunciada en el art. 2º de su proyecto - encontraba un antecedente contrario en el art. 7º del Código Bávaro la ignorancia de la ley no puede aprovechar sino en los casos especificados, o cuando ha habido imposibilidad de conocerla ³¹.

Es interesante remarcar aquí, como los procesos históricos y jurídicos van influenciando sobre los contenidos de los Códigos. Tal como se enunció, el Proyecto de Código Civil de Goyena, tuvo su influencia en los Códigos Americanos, el que sostenía en su art. 2º la ignorancia no sirve de excusa, referencia que fue completada luego por el jurista argentino Vélez Sársfield, con la excepción de que una ley lo estableciera (art. 20). Sin embargo, paradójicamente, serían luego las referencias del art. 20 del Código argentino, las tomadas para la redacción del art. 6.1 del Código Civil español de 1974.

En efecto, al decir de Lluís y Navas, en él no sólo se incorporó definitivamente la regla de excusabilidad cuando una norma lo establezca así, sino también la diferencia entre ignorancia de la ley y error de derecho. Ello marca las fuertes influencias reciprocas que tuvieron el derecho español y americano en el siglo XIX y XX ³².

Fruto de la brillante sapiencia del jurista argentino Dalmacio Vélez Sársfield, que se nutrió de los antecedentes históricos del derecho y de lo más actual de su época, los argentinos contamos con un Código Civil, que desde su entrada en vigencia en 1871 hasta la actualidad, no ha tenido contundentes modificaciones que alterara la esencia del código plasmada por el codificador.

³¹ Florencio GARCÍA GOYENA, *Concordancia, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipología, 1852.

³² Jaime LLUIS Y NAVAS, "Consideraciones sobre la..." cit., *Libro Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield*, t. I, Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000 (ver también: Luis MOISSET DE ESPANÉS, "La codificación española y influencia en el Código Civil argentino", disponible en: www.acaderc.org.ar/doctrina

El liberalismo político y económico de la Constitución Argentina de 1853 alumbró el liberalismo jurídico del Código Civil. En consecuencia de ello, la teoría jurídica de la autonomía de la voluntad y del libre contrato (articulada por el codificador en la ley civil de fondo) efectivizó, por una parte, la teoría económica del liberalismo, plasmada en la mismísima Constitución Nacional. De ahí la tendencia del Código Civil a quitar cualquier impedimento que entorpezca el libre juego de las fuerzas económicas, aunque no de forma extrema, ya que Vélez Sársfield, moderó tal postura en varios institutos del Código Civil³³.

Si bien como se enunció anteriormente, el Código velezano estuvo influenciado por la escuela racionalista, propia de la época, plasmada en el Code francés, en la obra de Savigny, con su Sistema de Derecho Romano Actual, el Esboço de Freitas y normas del Código Civil de Bello, entre otros, el derecho civil argentino también recibió una fuerte influencia del derecho de la Colonia e incluso también, al igual que el resto de los códigos americanos, de la cultura y costumbres locales, que llevará más bien a Códigos no del todo acotados al sistema del liberalismo racional europeo.

En lo que hace a la temática comentada, el derecho civil argentino no admite la excusabilidad del derecho, salvo los casos que la ley expresamente lo establezca, tal como lo prescribe el art. 20 del Código Civil. Se establece allí, que la ignorancia de la ley no le quita fuerza obligatoria. De este modo nadie podrá pretender eludir el cumplimiento de la obligación que la ley le impone so pretexto de ignorarla, salvo claro está, que la propia ley admita invocar la ignorancia para liberarse de esa obligación legal.

La ignorancia del derecho así, podría ser invocada, pero no para sustraerse de las “consecuencias” legales de un acto, sino para obtener una declaración de invalidez del acto que ha tenido origen sin que se configuraran los presupuestos que las normas prevén en tales casos.

³³ Referidos a las persona físicas (arts. 58, 63, 70, 103, 1078, entre otros), a las restricciones al derecho de propiedad (art.s 2502, 2514, 2611, 2639, entre otros). Ver también: Abel CHANETÓN, *Historia de Vélez Sársfield*, Buenos Aires, Eudeba, 1969; Enrique MARTÍNEZ PAZ, *Dalmacio Vélez Sársfield y el Código Civil argentino*, Córdoba, Cubas, 1916; Luis MOISSET DE ESPANÉS, “La costumbre, la tradición jurídica y la originalidad en el Código de Vélez Sarsfield”, *Revista Notarial de La Plata*, N° 831, 1977.

Partiendo del principio del art. 897 del Código Civil, que define al hecho voluntario y su contracara del art. 922, al sostener que Los actos serán reputados sin intención, cuando fueran hechos por ignorancia o error (...); se puede apreciar que para el derecho argentino, si el acto cumplido es tildado de voluntario y se configuran las hipótesis de ignorancia o error, puede tal calidad del acto, conllevar la exclusión de los efectos legales para el autor. Pero no todo error es admisible como excusable, solo se procura la exclusión como efectos de la falta de voluntad.

Ahora bien, a partir del art. 923, es donde se realiza una diferencia en cuanto al efecto del error. En el art. 922 del C.C., el error tiene su origen en el hecho que se configura, en cambio en el art. 923 y ss., se engloba en su regulación, al hecho una vez ya acaecido el acto, por lo que el sujeto deberá someterse a las consecuencias del mismo.

La legislación argentina en el art. 923 del Código Civil establece:

“La ignorancia de leyes, o error de Derecho en ningún caso impedirá los efectos legales de los actos lícitos, ni excusará la responsabilidad por los actos lícitos”,

y el art. 20 como principio general, atenúa el error al preceptuar:

“la ignorancia de las leyes no se sirve de excusa, si la expresión no esta expresamente autorizada por la ley”.

Además, debemos trae a colación la nota del art. 923 en donde el codificador argentino, citando a Bressolles, al enunciar las reglas de error de derecho ³⁴.

Los doctrinarios argentinos no han sido unánimes en cuanto la interpretación que el codificador le dio a la ignorancia o error de derecho. Respecto a una posición restrictiva del art. 923, Salvat, Arauz Casterx, Llambías, Orgaz y Borda, sostenían que las posturas de Bressolles y Rogron, vertidas en la nota del artículo aludido, deben sujetarse a lo prescripto y aceptarse sin reservas. Con posiciones más flexibles sobre la

³⁴ Regla 1: “La ignorancia de la ley no puede servir de excusa siempre que es invocada para sustraerse a obligaciones que impone, o a las penas que pronuncia contra sus infracciones”.

Regla 2: “Cuando al contrario, esta ignorancia es invocada con objeto de aprovecharse de los derechos que la ley concede o protege, puede servir de base a una demanda de restitución”. (Revista Wolowski, 1843, t. 2, p. 158).

posibilidad que se invoque el error de derecho, se pronunciaron Llerena, Bibiloni, Brebbia, Moisset de Espanés, Spota y Kemelmajer de Carlucci.

Tal como se manifestó, si bien la legislación argentina es restrictiva en cuanto a la exclusión de la obligatoriedad del conocimiento de la ley, existirían excepciones por las cuales el error podría ser considerado como atenuante ³⁵.

Para Spota el error de hecho o de derecho se puede invocar en otros supuestos distintos a los expresamente contemplados en los arts., 784, 858 y 3828, para justificar un comportamiento o calificarlo como obrado de buena fe.

Ahora bien, ¿que requiere el error de derecho para poder ser invocado? No siempre que el error de derecho recaiga sobre los presupuestos del acto constitutivo, sino que tal ignorancia o error haya sido la única causa y además, determinante de la voluntad del sujeto ³⁶.

Respecto a la prueba del error, incumbe a quien invoca el error el probar que el mismo no le es exigible, bajo el principio *ei incumbit probatio qui dicit*. Con mayor razón si se tiene en cuenta que para la doctrina negatoria de la ignorancia de las leyes como excusa de la validez de los actos lícitos, no deja de considerarse que dicha ignorancia no se presume y, que la mala fe es presumida en quien pretende prevalecerse de un error de derecho.

Esta postura, ha sido constante en cuanto a su aplicación a lo largo de los años, aunque han existido proyectos de reforma del Código que incluyeron modificaciones a lo prescripto en los arts. 20 y 923. Los más destacados han sido el Anteproyecto de Reforma del Código Civil presi-

³⁵ a) El pago por el error de hecho o de Derecho contemplado en el art. 784 del Código Civil.

“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”.

b) Cuando las partes han supuesto la validez de un título por error de hecho o de derecho, para llegar a una transacción, previsto en el art. 858 del Código Civil.

c) La clasificación de poseedor de buena fe de una herencia, cuando por error de hecho o de derecho, el que posee se cree legítimo propietario de la sucesión cuya posesión detenta, contemplado en el art. 3828.

³⁶ Santos CUFENTES, *Negocio jurídico: estructuras...* cit., p. 385.

dido por Bibiloni y el Proyecto de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936, que no llegó a plasmarse.

En el caso del Anteproyecto de Bibiloni, éste había proyectado un capítulo especial sobre la temática (Capítulo I “De los hechos producidos por ignorancia o error”) el que fuera criticado por la doctrina por ser contradictorio y excesivo en la excusabilidad del error. Parte de las críticas venían en que el art. 142 del proyecto, (semejante al art. 1429 inc. 4 del Código Civil italiano) comprendía en exceso las explicaciones sobre el error³⁷. A criterio de Sandler, éste estaba motivado porque, a diferencia del Código Italiano, ambos proyectos (los de Bibiloni y la Comisión) carecían de un artículo que tratase el error obstativo: esto es, el error en la declaración. Esta es la razón por la cual, el artículo proyectado debía tener una extensión mayor a la correcta³⁸. Años más tarde, en 1954, se redactaría un nuevo Anteproyecto de Código Civil, que en sus arts. 144 al 146, retomarían en parte las propuestas elaboradas por Bibiloni, pero en contenido más acotado. Este intento modificatorio del C.C., a cargo del Dr. Jorge Llambías, no logró concretarse por haberse producido el golpe militar de 1955.

El segundo hecho trascendente sobre el Código, ha sido la reforma realizada al mismo, por medio de la ley 17.711 de 1968, propuesta por Borda, aunque la misma no tuvo trascendencia sobre la regulación del error de derecho o la ignorancia del derecho.

Por su parte, en 1986, el Congreso de Diputados, designó una Comisión de Juristas a fin de unificar el derecho privado, llegando a elaborar un

³⁷ El primer Código italiano de 1865 establecía dicho régimen en dos artículos (arts. 1109 y 1110), uno de los cuales se refería exclusivamente al error de derecho. En cambio la reforma al sistema civil italiano que se produjo con el nuevo Código Civil de 1942, redujo tal instituto a un artículo (art. 1429) denominado error esencial, aunque mencionando el error de derecho. La doctrina señala la importancia del dictado de una norma como el art. 1109, en razón de las disputas existentes en las interpretaciones que los europeos hacían sobre la admisibilidad o no del error por parte del Código francés de 1804, hecho que al momento de dictarse el Código Italiano de 1865, la jurisprudencia gala ya había aludido casos de excepcionalidad de ignorancia o error de derecho -siempre que hubiese sido la causa principal del acto-.

³⁸ Héctor R. SANDLER, *El error de derecho*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1962, p. 127.

nuevo método de Código Privado, elevándose al Congreso al año siguiente y aprobado a libro cerrado en 1991, pero que fuera vetada por el Poder Ejecutivo Nacional por considerarlo inadecuado a la situación económica y política del país.

En 1992, se llamo a conformar nuevamente una reforma del Código Civil y unificación privatista, (integrado entre otros por el Dr. Luis Moisset de Espanés) donde se establecía que, en general se han mantenido las soluciones del Código vigente, con las reformas de 1968, y en cuanto a la obligatoriedad de la ley, constituye un principio general, y se preveía una norma sobre error de derecho más amplia que la del art. 20 del Código Civil de 1871, en cuanto establece como excusa, que la ley no haya sido dada a conocer al destinatario o al público en general. Esta iniciativa tampoco logro su continuidad.

Ante la falta de consenso sobre la discusión de los dos proyectos de Unificación del Derecho Privado, de 1986 y 1992, se propicio un tercer esfuerzo codificador por parte del Ministerio de Justicia de la Nación, mediante decreto 658/95, nombrando una Comisión de Juristas que presentó un proyecto de Código Privado en 1998, el que hasta la fecha recepta adherentes y detractores, sin que haya sido aprobado.

Merece un comentario éste último proyecto de Código Unificado Civil y Comercial de 1998, en lo relativo a la regulación de la lesión civil; que si bien suele aparece en principio, como un vicio propio de los contratos, se conserva en el tratamiento general de los actos jurídicos, siguiendo en ello el criterio de la reforma de 1968, que introdujera dicho instituto en el Código Civil. Atendiendo a que considera posible su aplicación en actos no contractuales, tal lo sostenido en los fundamentos del proyecto de reforma del Código Civil, se ha ampliado considerablemente la enunciación de los estados subjetivos de la víctima del acto lesivo, pues se alude ahora a la avanzada edad, al sometimiento del sujeto al poder del beneficiario del acto lesivo, a la condición social, económica o cultural, con lo cual se traen criterios que provienen de la experiencia del derecho de los Estados Unidos de América y de México ³⁹. De esta forma la conducta del victimario no se reduce a la explotación o el aprovechamiento de una debilidad física, sino que se amplía a la actuación por sorpresa y la condición

³⁹ Art. 327 del proyecto de Código.

socio cultural de la víctima. Se apreciaría así, un progresivo desplazamiento de la figura de la ignorancia hacia el instituto de la lesión.

Esto podría posibilitar a la postre, que se separasen las nociones de ignorancia y error, trasladando la noción de ignorancia del derecho a la lesión, y se dejara el error de hecho y de derecho en la parte general de los actos jurídicos, siendo así más restrictiva su aplicación, teniendo en cuenta las tendencias actuales de no permitir la excusabilidad del error de derecho por razones de seguridad jurídica y económica.

4. La ignorancia del derecho en el sistema civil mexicano

Una de las legislaciones que consagra y de modo particular la excusabilidad de la ignorancia es la legislación mexicana y mucho tuvo de influencia las corrientes socializadoras de fin de siglo XIX y sobre todo de las primeras décadas del siglo XX, en particular con la sanción de su Código Civil para el Distrito Federal de 1928.

México suele ser considerado un país que históricamente ha sido fuente de recursos naturales, cuyos relatos se remontan a épocas coloniales, al haber sido el Virreinato más rico del Nuevo Mundo y corroborado en los escritos de Alzate y Bartolache que proporcionan en sus periódicos abundantes documentos de la riqueza material. Hacen saber que viven en un “país en que la naturaleza se ha mostrado tan pródiga en sus producciones”, cuenta con los frutos más variados, con una fecundidad poco común de la tierra, lo atraviesan grandes ríos y montañas; la agricultura y la minería han adquirido un desarrollo inusitado en otras naciones. Nada existe, en suma, comparable en América al esplendor de la metrópoli llamada con orgullo, y efectivamente lo era, capital del Nuevo Mundo⁴⁰. Sin embargo este país encuentra desde sus orígenes hasta la actualidad, una estructura social heterogénea, marcada por una acentuada desigualdad entre los estratos sociales más altos y más bajos de la sociedad y con acento en las poblaciones indígenas, que históricamente han estado

⁴⁰ Guillermo ONTIVEROS RUIZ, *La política social en México 1988–1994: el Programa Nacional de Solidaridad*, España, Eumed, 2005, p. 56.

desprotegidas de los trajes legales y sus implicancias económicas y sociales. Esto llevó a Von Humboldt definir a México, como el país de la desigualdad⁴¹. Por su parte, Ignacio Luís Vallarta calificaba, de “monótonas y oscuras” las páginas de la crónica colonial, donde los indígenas estaban sumidos en la más desconsoladora desgracia, privados de la tierra, alejados de las prácticas industriales y empleados como bestias de carga por sus dominadores⁴².

Los Estados Unidos de México, tal su denominación constitucional, se rigen bajo el sistema federal. Esto se plasma en materia de distribución federal de las competencias, al emplearse en cada uno de los territorios de la Unión, tanto códigos de fondo, como códigos de forma en temas como el derecho privado. Es decir cada uno de los estados federados posee su propia codificación civilista que la regula.

Tal regulación privatista, ha tenido en México una fuerte influencia de los movimientos liberales y sociales que fueron conformando su historia y moldeando en sus normas, principios rectores que garantizan a los más débiles, -al menos en la norma⁴³- la protección que todo estado debe garantizar a sus ciudadanos, al punto de proteger en algunos estados de la Unión, con carácter de orden público, a los que por razones sociales, culturales o económicas, ignoren la existencia de una norma positiva. Tan solo basta conocer la conformación demográfica y etno-cultural de México (con una preponderancia indígena y sectores marginales) para darse

⁴¹ Alexander von HUMBOLDT, “Ensayo político sobre el Reino de la Nueva España”, citado por Manuel FERNÁNDEZ MUÑOZ y María BONO LÓPEZ, “Pueblos indígenas y Estado Nacional en México en el siglo XIX”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie C, Estudios Históricos, N° 79, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, p. 121.

⁴² Ignacio VALLARTA, “Representación que los alumnos de las cátedras de Derecho de la Universidad de Guadalajara dirijen al Supremo Gobierno con motivo del decreto del 28 de febrero de 1853, en Ignacio L. VALLARTA, *Obras*, vol. VI, México, Porrúa., 1980, p. 17.

⁴³ Al respecto, Zamora Grant, reflexiona que aunque el problema de la desigualdad siempre ha sido un tema analizado y que ha preocupado a la sociedad mexicana y a sus gobiernos, “*sin embargo, las políticas de la modernidad, desde su advenimiento, no ofrecieron -ni podían ofrecerlo- alternativas claras que posibilitasen altos índices de igualdad real entre los hombres*”; “*la única fórmula generada por la modernidad, pretendidamente realizable, fue la de la igualdad formal*” (ZAMORA JOSÉ GRANT, “Diversidad cultural e igualdad formal, *Derecho y cultura. Los derechos indígenas!... ¿En serio?*. N° 3, primavera-verano, México, 2001, p. 65).

cuenta cual fue la premura de los redactores de los estados de la Unión al proteger a tal grado a estos individuos.

El fin del siglo XIX e inicios del XX, trajo consigo las críticas al racionalismo liberal del siglo XVIII y XIX, al cual le achacaban en un exceso de individualismo y protección de la propiedad privada, haberse olvidado del ser humano en su contexto social. Estas críticas venían de la mano del socialismo jurídico alemán liderados Otto von Gierke y por Anton Merger y de juristas italianos como Francesco Consentini, creador de la llamada “socialización del derecho”⁴⁴. Por su parte, el jurista español José Castán Tobeñas, seguidor de esta posición jurídica, sostenía así que, la llamada socialización del derecho es la protesta contra una gran concepción que ha mantenido la exclusiva del pensamiento jurídico durante algunos siglos y según la cual el Derecho se daba para el Estado (derecho público) o para el individuo (derecho privado), nunca para la sociedad, cuyo concepto apenas sí tenía realidad y menos beligerancia. Socializar el Derecho será pues, reformar el Derecho Público, fundándolo, no sobre una abstracción, El Estado, sino sobre una realidad viva, la sociedad y, sobre todo, reformar el Derecho privado, basándolo en la del individuo unido a los demás por lazos de solidaridad familiar, corporativa y humana⁴⁵.

Esta concepción de lo social sostenida por Castán Tobeñas, sería enunciada nuevamente, una década más tarde, cuando retoma sus críticas al individualismo, pero también se posiciona sobre aquellos que habían hecho, -según su punto de vista- una utilización errónea de la socialización del derecho. Así, sostenía que: “se ha querido corregir el individualismo con el colectivismo. No se sabía, según parece, que socializar no es estatizar -socialización no significa necesariamente estatización-. No interesan ya, o cuando menos no deben interesarnos, las dos clásicas y manoseadas concepciones del hombre y la sociedad: la individualista y la colectiva. Ambas son viciosas y falsas. Con razón se ha dicho que son las dos caras de la cabeza de Jano”⁴⁶.

⁴⁴ OTTO VON GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Berlín, 4 volúmenes, 1868; ANTON MENDER, *El derecho civil y los pobres*, traducción de Diego LLAMAS, Buenos Aires, Atalaya, 1947; FRANCESCO COSENTINI, *Socialismo giuridico*, Milán, Uffici della Critica Sociale, 1906.

⁴⁵ JOSÉ M. CASTÁN TOBEÑAS, *Hacia un nuevo derecho civil*, Madrid, Reus, 1933.

⁴⁶ JOSÉ M. CASTÁN TOBEÑAS, “El derecho social (En torno a los diversos criterios de definición y valoración de esta nueva categoría jurídica)”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, t. I, junio 1941, p. 516.

Se ha sostenido que el contundente cambio jurídico en el derecho civil experimentado desde 1870/1884, con el Código Civil mexicano para el Distrito Federal, fue un hecho que en determinados momentos fue reactivo a los cambios sociales, aunque con el devenir del tiempo se fueron realizando modificaciones en la práctica jurisdiccional de los estados de la Unión ⁴⁷. A ello habría que sumarle cierta dicotomía entre la norma pura y la aplicabilidad de la misma a través de los tribunales.

Sin embargo, los primeros atisbos de este cambio comenzaron en 1927 y 1929, con el Código Civil para el Estado de Oaxaca, considerado el primer Código Civil de Latinoamérica, que no constituía una copia del Código Francés de inicio de siglo XIX.

El Código de Oaxaca, que en su art. 8º manifiesta:

Todo habitante del estado está obligado a instruirse de las leyes que sean concernientes a su estado, profesión, o a sus acciones; y ninguno puede fundar justificación en la ignorancia de una ley, que ha sido legalmente publicada. Solamente en el caso en que las acciones que antes eran permitidas, y se miraban como indiferentes, hubiesen sido después prohibidas por las leyes, el infractor deberá ser oído, si alegare, que antes de cometer la acción no tuvo conocimiento de la ley prohibitiva por falta de inteligencia de la lengua castellana, y que no hubo negligencia por su parte en no haberse impuesto de la ley. Después de cinco años contados desde la publicación de los códigos Civil y Penal, no se podrá alegar esta excepción.

Por su parte, hacia 1860, el jurista Justo Sierra, a petición de Benito Juárez, elabora un proyecto de Código, que se aplica en el Estado de Veracruz en 1861.

Una década después, Juárez, logra promulgar el mismo proyecto de Sierra, constituyendo el primer antecedente de Código Civil para el Distrito Federal (1870). En dicha oportunidad el proyecto original fue adaptado con modificaciones por una Comisión de juristas como Mariano Yáñez,

⁴⁷ Alicia PÉREZ DUARTE, "La incidencia del Estado social de derecho en la legislación civil mexicana", *Memoria del II Coloquio Nacional de Derecho Civil*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie C, Estudios Históricos, N° 20., México, UNAM, 2002, p. 56.

José María Lafragua, Isidro A. Montiel, Rafael Dondè y Joaquín Eguía. En 1884, se realizan modificaciones al Código que para algunos constituye un nuevo Código, incorporando como reformas trascendentes la libertad plena para testar, entre otros cambios trascendentes.

La Constitución mexicana de 1917, fruto de la Revolución, plasmó claramente en sus postulados, la idea de consolidar un Estado bajo la cobija de la justicia social: la construcción del Estado Social de Derecho. Un Estado Mexicano ahora considerado intervencionista, coordinador, regulador, distribuidor, planificador y prestador de bienes y servicios cuya meta es la justicia social, sin abandonar los postulados liberales de la protección del individuo, aunque ese cambio de doctrina social no fue uniforme ante los ojos de todos los ciudadanos mexicanos.

Se llega así, al Código de 1928, vigente en la actualidad en el Distrito Federal, el que fue reformado en el año 2000, derogando y adicionando diversas normas. La entrada en vigor del Código Civil de 1928, buscó una nueva aplicación de los postulados de solidaridad surgidos de la Revolución Francesa, los cuales, como se comentó aquí, habían quedado rezagados por el materialismo y el ius positivismo del siglo XIX. El precepto sobre protección ante el ignorante de la ley plasmada en el Código Civil mexicano del Distrito Federal, no era del todo novísimo. Existía ya en el art. 1813 del Código Civil de Portugal de 1867, del que se extrajo gran parte de los artículos del Código de 1928.

Recordemos que ya en 1933, Castán Tobeñas señalaba que la solidaridad no era un principio desconocido por el derecho, pero que doctrinariamente se había hecho hincapié en el aspecto facultativo del concepto y no en su función social⁴⁸. Estas mismas ideas de solidaridad fueron las inspiradas por los redactores del Código para el Distrito Federal de 1928, Ignacio García Téllez, Rafael García Peña y Francisco Ruiz, quienes también tomaron para la redacción del Código Civil, las enseñanzas de León Duguit, en especial las conferencias sobre las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón que el autor realizara en Buenos Aires en 1911⁴⁹. En el caso de Francisco Ruiz, las enseñanzas de Cosentini, que se aludieran anteriormente⁵⁰.

⁴⁸ JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *Hacia un nuevo derecho civil*, Madrid, Reus, 1933.

⁴⁹ Conf. Alicia PÉREZ DUARTE, "La incidencia del Estado social..." cit., p. 58.

⁵⁰ FRANCISCO RUIZ, "La socialización del derecho privado y el Código Civil de 1928", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*. Nº 31, julio-septiembre, México, 1946.

En la exposición de motivos del Código Civil de 1928, después de la aclaración de los codificadores, se enuncia: Una socialización del derecho será un coeficiente indispensable de la socialización de todas las otras actividades, en oposición con el individuo egoísta, haciendo nacer así un tipo de hombre más elevado: el hombre social. Socializar el derecho significa extender la esfera del derecho del rico al pobre, del propietario al trabajador, del industrial al asalariado, del hombre a la mujer, sin ninguna restricción ni exclusivismo. Pero es preciso que el derecho no constituya un privilegio o un medio de dominación de una clase sobre la otra ⁵¹. Se pretendió así, transformar el Código Civil con criterio predominantemente individualista, en un Código privado social, derogando para ello todo cuanto favorezca exclusivamente el interés particular con perjuicio de la colectividad e introduciendo nuevas disposiciones que se armonicen con el concepto de solidaridad ⁵².

La Reforma Constitucional de 1992, significa para el tema tratado un importante avance pues expresamente se reconoce constitucionalmente -y es el proceso de mucho tiempo de evolución y maduración- la composición pluricultural de la nación mexicana, dejando de lado una constitución mono cultural, favoreciendo la inserción de las etnias en los medios sociales de producción.

Sin embargo, como se sostiene: Ya durante el siglo XX -una vez terminada la Revolución- autores como Alfonso Caso al referirse al problema de la desigualdad y pobreza indígena sostenían que: “El indígena es mexicano, puesto que paga las alcabalas cuando va a vender su producto a las ciudades o a comprar los elementos que no produce; es mexicano cuando es enrolado para trabajar en las fincas de piña o de café y recibe, como anticipo de su salario, una buena dosis de alcohol que lo embrutece y envenena; es mexicano cuando cae en manos de los agentes municipales que lo llevan a la cárcel para cobrarle multas y obligarlo, a la mañana siguiente, a barrer el pueblo; y también es mexicano cuando paga indirectamente los impuestos, al comprar los productos que le venden, a precios

⁵¹ *Código Civil para el Distrito Federal*, 62ª edición, México, Porrúa, 1993.

⁵² Antonio AGUILAR GUTIÉRREZ y Julio DERBEZ MURO, *Panorama de la Legislación Civil de México*, Instituto de Derecho Comparado, Universidad Nacional Autónoma de México, México, Imprenta Universitaria, 1960.

exagerados, los comerciantes de los pueblos” (...) Si, el indígena es mexicano conforme a nuestras leyes. No tiene ninguna de las ventajas que hemos dicho, pero en cambio puede consolarse sabiendo que la Constitución y las leyes del país, escritas en un idioma que no entiende, lo declaran ciudadano mexicano, “en pleno uso de sus facultades y derechos”⁵³.

Como se enunció anteriormente, el sistema que informan los Códigos Civiles mexicanos no pueden dejar de ser considerados, bajo un aspecto esencial que le da su propia existencia: el espíritu jurídico social y a su vez liberal que los anima. Al analizar los códigos mexicanos del Distrito Federal y de los Estados de la Unión, nos encontramos que el primero tiene como fondo una formación eminentemente del socialismo jurídico, hija de la revolución. En los segundos, al menos en aquellos forjados a comienzos y mitad del siglo XIX, se encuentra un apego al tradicional liberalismo de los códigos latinos, aunque la incorporación a posteriori sobre aspectos de justicia social en éstos, fueron plasmados luego de algunos años, mirando los postulados de primer Código Civil de del Distrito Federal de 1870/1884, y que luego regiría al Distrito Federal y sus territorios en 1928.

Aunque cronológicamente, el Código Civil del Distrito Federal, fue el segundo de su tipo en incluir postulados del estado social de derecho, con el derrotero de los años, los estados de la Unión fueron adoptando cuerpos normativos civiles de similares características al primero, sin denominaciones diferentes y en algunos casos, tal el caso de Aguascalientes y Campeche, con la misma denominación.

⁵³ Guillermo ONTIVEROS RUIZ, *La política social en México 1988-1994: el Programa...* cit., 2005. En igual sentido, puede apreciarse como Mariano Otero, describiera, ya estando los mexicanos gobernados por sí mismos, análogos abusos a los que habían padecido los indígenas durante las guerras de Independencia “*los indios que viven cerca de las grandes poblaciones, vienen a ellas a vender las legumbres, aves, maderas, carbón y otros efectos de poco valor, cuyo miserable producto es también cercenado en las garitas por los empleados del fisco, que en nombre de la nación, cometen con ellos las más infames y repugnantes extorsiones*”, en concreto, sucedía que las mercaderías con que traficaban los indios valían tan poco que, para cobrarles medio impuestos, se los obligaba durante varios días consecutivos a dejar prendas en las garitas, hasta que los géneros retenidos alcanzaban el monto tarifado (ver Mariano OTERO, citado por Manuel FERNÁNDEZ MUÑOZ y María BONO LÓPEZ, *Pueblos indígenas y Estado Nacional en México en el siglo XIX*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie C, Estudios Históricos, N° 79, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, p. 126.

Así, el sistema del Código para el Distrito Federal y los territorios federales, tendió a irse despegando de los principios liberales que informaban la legislación europea, fuente inmediata de la legislación civilista americana del siglo XIX, aunque el legislador que pudo haber creado un código totalmente socialista, organizó un sistema ecléctico en el cual los principios latinos se combinaron con el moderno sentido socialista de esta época.

Los Códigos Civiles de los Unión, que optaron por el modelo más liberal del Código Federal de 1870 y 1884, siguieron la clásica línea del sistema español, con aportes de la legislación portuguesa e italiana, aunque el sistema de fondo en nada dista del sistema romano que sirvió de dinamizador de los Código latinos, especialmente del francés de 1804⁵⁴.

Para comprender también, el sentido que tiene en el derecho mexicano, la protección del débil frente a la ignorancia de la ley, no se puede dejar de mencionar la influencia del “derecho” indígena, de corte consuetudinario y mucha veces contradictorio con los Código Civiles formales. La aplicación de las normas protectoras a los débiles, si bien se aplican a todos los ciudadanos del país (incluidos los indígenas que pudieran aplicar sus propias costumbres), tal excepción o limitación legal sobre el conocimiento del derecho no alcanza a temas de interés público. Al contrario, comprende los supuestos de afectación indirecta de ese interés o de afectación de un interés privado exclusivamente. A su vez, la categoría de indígena, si bien es considerada como un grupo a proteger frente al desconocimiento de las leyes formales, -no por considerar a los mismos inferiores o débiles en esencia, sino por el apartamiento de los mismos a tales leyes formales en razón de su práctica cultural,- dicha protección ante el “notorio atraso intelectual” al que hacen referencia los códigos, es valorada no, por la condición de tal o cual estrato social o cultural, sino como se evaluaría a cualquier individuo que a consideración de los operadores de la justicia se encuentre en una posición de desconocimiento del derecho por su estado intelectual y no social.

Fruto de tales ideas fue la redacción del art. 21 del Código Civil para el Distrito Federal.

⁵⁴ José GOMIS Y LIS MUÑOZ, *Elementos de derecho civil mexicano*, t. 1, México, 1942, p. 32.

La ignorancia de las leyes no excusa de su incumplimiento; pero los jueces, teniendo en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, podrán si está de acuerdo el Ministerio Público, eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por la falta de cumplimiento de la ley que ignoraban, o de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan, siempre que no se trate de leyes que afecten directamente el interés público.

La Comisión redactora vio en este artículo y así lo expresa en la Exposición de Motivos, la moderación “del rigor del precepto” de *ignorantia legis non excusat* que entre otras cosas “es una ficción legal constantemente desmentida por la experiencia”. Ficción que representaba “Desde hace más de dos mil años, una presunción *jure et de jure* que constituye un escarnio y la más grande tiranía que se haya ejercido jamás en la historia, fincada en los aforismos heredados de los antiguos romanistas...” se presume que todo el mundo conoce todo el derecho “esta ficción es una falsedad” por eso para Villalta el art. 21 se muestra como “un leve progreso” aunque también insuficiente⁵⁵. De allí que presumir en la actualidad, el conocimiento de todas las leyes es desconocer la realidad social. Como lo manifiesta Moisset de Espanés, “*las leyes, ordenanzas y decretos se multiplican día a día, convirtiéndose en una maraña inextricable, donde el más experto puede extraviarse. Para no correr el riesgo de incurrir en ignorancia de la ley, todos deberían abandonar su profesión u oficio y dedicarse a estudiar leyes*”⁵⁶.

Para Narváez Hernández otra cosa buena tiene el art. 21 y es que por lo menos da cierta confianza y oportunidad al juez, ese juez que en la codificación decimonónica es sólo boca de la ley, aquí puede por lo menos eximir de sanciones y conceder plazos; si no estamos dispuestos a esta discrecionalidad por la incompetencia de algunos jueces, entonces quiere decir que el sistema no funciona, porque la tarea del juez debería justa-

⁵⁵ ANTONIO VILLALTA Y VIDAL, *La individualización de la ley civil*, México, UNAM, 1982, p. 17.

⁵⁶ LUIS MOISSET DE ESPANÉS, “El error de derecho”, en el Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Año XXV, enero-junio, Córdoba, 1961, p. 55.

mente ser esta, la de «aplicar la ley al caso concreto» ley impersonal y a veces mezquina, mezquina por impersonal. No hay otro más apto que el juez que tiene delante una «regla» y una persona con nombre y apellidos, es él el verdadero socializador del derecho ⁵⁷.

La idea general del Código de 1928 de armonizar los intereses individuales con los sociales, corrigiendo el exceso de individualismo que impera en el Código Civil de 1884 no sólo se reflejó en el art. 21 sino también en el 17 en materia de contratos, en la llamada “lesión civil”, para cuando a su vez un particular abusara de una persona explotando su notoria inexperiencia, extrema miseria o suma ignorancia. Sin duda, que los preceptos receptados en los arts. 17 y 21 son un claro ejemplo de la humanización del derecho civil operada a consecuencia de las ideas de la revolución ⁵⁸.

Por su parte, en lo que a las normas particulares sobre el error se refería, el error de derecho estaba equiparado totalmente al error de hecho en dos artículos ubicados en la primera parte del Libro 4 del Código ⁵⁹.

La filosofía del principio general del art. 21 expuesto, ha sido incorporada en los distintos códigos civiles de los estados de la Unión, así, art. 22 de Quintan Roo; art. 16 San Luís Potosí; art. 21 Sinaloa; art. 22 Sonora; art. 12 Tabasco; art. 4 Tamaulipas; art. 17 Tlaxcala; art. 16 Veracruz; art. 5 Yucatán; art. 21 Zacatecas; art. 18 Aguascalientes; art. 21 Baja California; art. 21 Baja California Sur; art. 24 Campeche; art. 19 Chiapas; art. 13 Chihuahua; art. 13 Coahuila; art. 21 Colima; art. 21 Durango; art. 19 Guanajuato; art. 21 Querétaro; art. 15 Michoacán; art. 17 Jalisco; art. 23 Guerrero; art. 12 Morelos; art. 17 Estado de México; art. 21 Hidalgo; art. 6 Nuevo León; art. 15 Puebla.

⁵⁷ José Ramón NARVÁEZ HERNÁNDEZ, “EL código privado-social influencia de Francesco Cosentini en el Código Civil mexicano de 1928”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, vol. XVI, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2004, p. 210 y ss..

⁵⁸ Antonio AGUILAR GUTIÉRREZ y Julio DERBEZ MUÑOZ, ob. cit., 1960.

⁵⁹ Los artículos enunciados son: art. 1812: “El consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo”. Art. 1813: “El error de derecho o hecho, invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato, que se celebró éste con el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa”.

4.1. *La protección de los débiles en los Códigos Civiles de la Unión*

Aquellos postulados iniciales de los Códigos de Oaxaca y del Distrito Federal, han sido los moldes que sirvieron de inspiraron al resto de los Códigos civiles de los Estados de la Unión. Es atinado mencionar que más allá que cada Estado, en potestad de su soberanía no delegada al estado federal conserva el *imperium* de su legislación de fondo, al analizar los mismos, existen muchos denominadores comunes en cuanto al método de cada uno de los códigos. En general, si bien es cierto que el código del Distrito Federal ha servido generalmente de inspiración a los diversos Códigos locales, esta imitación no es absoluta, pues varios de los Estados que promulgaron sus códigos han tomado como modelo otros códigos locales, en lugar del Distrito Federal; ello nos revela que la identidad entre este código y aquellos es relativa, muchos de los códigos locales contienen disposiciones originales y a veces dan muy atinadas soluciones a las diversas cuestiones que se plantean.

En su gran mayoría todos utilizan las mismas expresiones a fin de regular la protección por la ignorancia de la ley, como se ha visto, y suelen estar plasmados en normas de disposiciones generales lo que permite que en todos ellos las disposiciones del derecho civil sean similares y se armonice el sistema legal mexicano.

El art. 15 del Código Civil de Michoacán manifiesta:

La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento; pero los jueces tomando en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, con audiencia del ministerio publico, podrán eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por la falta de cumplimiento de la ley que ignoraban, o de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan; siempre que no se trate de leyes que afecten directamente al interés público.

Se destaca entre el resto de los códigos, la definición expresa que hace el Código Civil de Tabasco al enunciar que entenderá por Débil Social. Este señala:

Art. 3º.- Igualdad jurídica

La ley civil en el estado de Tabasco no hará ninguna distinción entre las personas, por razones de su sexo, color, filiación, raza, creencia reli-

giosa o ideología política; pero tendrá carácter proteccionista a favor de las que sean cultural, social y económicamente débiles.

Art. 4º.- Débiles sociales

Para los efectos de lo dispuesto por la ultima parte del articulo anterior, este código reputa como débiles cultural, social y económicamente a todos aquellos que sin tener más instrucción que la educación primaria, sus ingresos anuales no excedan del limite fijado por al ley del impuesto sobre la renta para exceptuarlos, a quienes devengan un salario trabajando para un solo patrón, de la obligación de presentar declaración anual respecto de dicho impuesto.

Tal como se mencionó anteriormente, existe cierta uniformidad en la manera de considerar sobre la ignorancia de la ley en los Códigos de la Unión. En ellos es interesante observar también, que expresamente se acuerda la participación, en audiencia, al ministerio público a fin de fiscalizar la situación de excepción que se presenta pero disponiendo, además, un límite a dicha facultad, el interés u orden público, el cual no podrá alterarse ni alegarse su desconocimiento en ningún caso.

Art. 19 del Código Civil de Chiapas:

La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento; pero los jueces tomando en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, podrán, si esta de acuerdo el ministerio publico, eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por la falta de cumplimiento de la ley que ignoraban, o de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan; siempre que no se trate de leyes que afecten directamente al interés publico.

El art. 22 del Código Civil de Coahuila señala:

La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento; pero los jueces tomando en cuenta el notorio atraso intelectual de los interesados, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, podrán, oyendo en todo caso el parecer del Ministerio Público, eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por la falta de cumplimiento de la ley que ignoraban, o de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan; instruyéndolos previamente sobre los deberes que

dicha norma impone y que dejaron de cumplir, siempre que no se trate de leyes que afecten directamente al interés público.

Tales manifestaciones, en cambio no se presentan en los casos de los códigos civiles de Tabasco, ni de Tlaxcala. Pues en ellos, aunque pueda excusarse el conocimiento del derecho, no se menciona la participación al ministerio público fiscal, ni tampoco se establece como límites a tal facultad el interés u orden público.

El art. 12 del Código Civil de Tabasco dispone.

Ignorancia de la ley.

Nadie podrá sustraerse a la observancia de los preceptos legales alegando que los ignora, que son notoriamente injustos o que pugnan con sus opiniones y solo procederán en contra de ellos los recursos determinados por las mismas leyes. Sin embargo, a pesar de lo dispuesto anteriormente, los jueces, atendiendo a las circunstancias de cada caso, podrán eximir a las personas físicas de las sanciones en que hubieren incurrido por no cumplir la ley que ignoraban, o de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan, instruyéndolas previamente sobre los deberes que dicha ley imponga, cuando quien ignore la ley sea un individuo de condición cultural, social y económicamente débil.

El art. 17 del Código Civil de Tlaxcala expresa:

A pesar de lo dispuesto en el artículo anterior, los jueces podrán eximir a las personas físicas de las sanciones en que hubieren incurrido por no cumplir la ley que ignoraban, o de ser posible concederles un plazo para que la cumplan, instruyéndoles previamente sobre los deberes que dicha ley les imponga, cuando quien ignora la ley sea un individuo de notoria falta de instrucción o de miserable situación económica, o no hable español o resida en lugar apartado de las vías de comunicaciones o se encuentre en otras circunstancias similares.

Como se observa de la lectura de estos artículos, tanta en el Código Civil del estado de Tabasco, como en el de Tlaxcala, se han omitido la consideración de dos condiciones, las que se mantienen en los demás códigos.

Otros códigos como el de Zacatecas, si bien no hacen mención expresa a la excusabilidad de la ignorancia de la ley enuncian:

Art. 2º.-. La ley civil en el estado de Zacatecas tiende a armonizar los derechos individuales y colectivos protegiendo a las personas o grupos económica, cultural o socialmente débiles.

Además, es interesante advertir que ciertos códigos hacen alusión a particularidades que no se reproducen en todos los textos símiles, y que condicen con ciertos estados en donde las características demográficas y poblacionales están considerablemente marcadas por poblaciones excluidas o pertenecientes a grupos étnicos que no dominan la lengua oficial del Estado. En especial referencia al pueblo indígena, las normas prescriben:

Art. 17 del Código Civil de Jalisco

Los servidores públicos, teniendo en cuenta la falta de instrucción de algunas personas, su conformación cultural, su pertenencia a un pueblo indígena, su acceso a los medios de comunicación o su extrema pobreza, podrán eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por la falta de cumplimiento de la ley que ignoraron o, de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan, siempre que no se trate de leyes que afecten directamente el interés público, ni se lesionen derechos de tercero.

El art. 12 del Código Civil de Morelos, prescribe:

Ignorancia y práctica contraria a la ley.

Nadie puede substraerse a la observancia de las leyes alegando que las ignora, pero el juez podrá, oyendo al ministerio público, eximir a las personas físicas de las sanciones en que hubieren incurrido por esa causa, cuando no se trate de leyes de interés público y quien las incumpla sea de notorio atraso intelectual, de manifiesta pobreza o resida en lugar alejado de las vías de comunicación, particularmente si se tratare de individuos integrantes de pueblos indígenas, el juez instruirá a la persona a quien exima de sanción, de los deberes que le imponen las leyes y, de ser posible, le otorgara plazo para que los cumpla.

El art. 21 del Código Civil de Hidalgo, establece:

La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento; pero los jueces teniendo en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su desconocimiento del idioma español, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, podrán, si esta de acuerdo el ministerio público, eximirlos de las sanciones en que hubieren incu-

rrido por la falta de cumplimiento de la ley que ignoraban, o de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan; siempre que no se trate de leyes que afecten directamente al interés público.

Dos hechos a destacar también son por un lado el fin educativo y de equidad que contienen ciertas normas de los Códigos Mexicanos al poner en manos del Juez la condición de instruir a los sujetos excluidos de la norma que ignorasen, lo que constituye un marco idóneo para que aquellos que por la razones expuestas por la norma no hayan conocido la existencia de la norma, pudieran en adelante formarse sobre los requerimientos de las mismas hacia todos los habitantes del estado mexicano.

El Código Civil de Puebla prescribe:

Art. 15.- Nadie puede sustraerse a la observancia de las leyes, alegando que las ignora; pero el juez podrá, oyendo al ministerio público, eximir a las personas físicas de las sanciones en que hubieren incurrido, por esa causa, cuando no se trate de leyes de interés público y quien las ignore sea de notorio atraso intelectual, de manifiesta pobreza o resida en lugar alejado de las vías de comunicación

Art. 16.- En el caso del artículo anterior, el juez instruirá a la persona a quien exima de sanción, de los deberes que le imponen las leyes que ignoraba, y de ser posible le concederá un plazo para que los cumpla.

El art. 12 del Código Civil de Morelos, dispone:

Ignorancia y práctica contraria a la ley.

Nadie puede substraerse a la observancia de las leyes alegando que las ignora, pero el juez podrá, oyendo al ministerio público, eximir a las personas físicas de las sanciones en que hubieren incurrido por esa causa, cuando no se trate de leyes de interés público y quien las incumpla sea de notorio atraso intelectual, de manifiesta pobreza o resida en lugar alejado de las vías de comunicación, particularmente si se tratare de individuos integrantes de pueblos indígenas, el juez instruirá a la persona a quien exima de sanción, de los deberes que le imponen las leyes y, de ser posible, le otorgará plazo para que los cumpla.

En forma similar hacen lo propios los Códigos Civiles de Quintana Roo en su art. 22 “instruyéndoles previamente sobre los deberes que

dicha ley impone y que dejaron de cumplir”, o el art. 17 de Tlaxcala don se enuncia que “instruyéndoles previamente sobre los deberes que dicha ley les imponga, cuando quien ignora la ley sea...”.

Es así que, en el marco de los postulados enunciados anteriormente, sobre el carácter de justicia social que enmarca a la legislación mexicana, queremos también destacar algunos rasgos particulares, encontrados sólo en algunos códigos de fondo de los estados de la Unión, tal el caso de la protección de orden público de aquellos que pudieran poseer suma ignorancia o desconocimiento de la norma positiva.

En este sentido tomamos como ejemplo el caso del Código Civil para el Estado libre y Soberano de Puebla. En su art. 26:

“Es de orden público la protección legal y judicial de las personas de notorio atraso intelectual, de manifiesta pobreza, discapacitadas, que carezcan de instrucción o tengan alguna otra situación de desventaja frente a quienes se encuentren en la situación contraria”.

O el caso del Código Civil del Estado de Coahuila, que incorpora otras causales más amplias aún:

Art. 23 (Disposiciones Preliminares). Es de orden público la protección de los económica, social o culturalmente débiles, frente a quienes se hallan en la situación contraria.

En la misma línea, el Código Civil del Estado de Quintana Roo,

Artículo 23. Es de orden público la protección legal y judicial de la económica, social o culturalmente débiles frente a quienes se hallan en la situación contraria.

En términos generales, ya sea para la protección general de la ignorancia de la ley o de aquellos casos que protege especialmente de orden público, los códigos procesales regulan disposiciones relativas al rol que debe cumplir el ministerio público en tal protección. Así, por ejemplo, el Código de Procedimiento Civil de Puebla reza:

Art. 17. (Interpretación e integración de la Ley Procesal)

Al desentrañar el significado de las normas del procedimiento se aplicarán las siguientes reglas:

I. Se les interpretará atendiendo a su texto, a su finalidad y a su función.

II. La norma se entenderá de manera que contribuya a alcanzar resoluciones justas y expeditas.

III. Su aplicación procurará que la verdad material prevalezca sobre la verdad formal.

IV. El silencio, la oscuridad o la insuficiencia de la ley en ningún caso significará un obstáculo técnico o formal para la administración de justicia, ni autoriza a los jueces para dejar de resolver una controversia.

V. En ausencia de ley expresa para dirimir un litigio judicial, se preferirá al que trate de evitarse perjuicios y no a quien pretenda obtener lucro.

VI. Los jueces deberán tener en cuenta los casos de notorio atraso intelectual o la insuficiencia de recursos económicos de alguno de los interesados para, oyendo al Ministerio Público, eximirlo de las sanciones en que hubiere incurrido por el incumplimiento de la ley que ignoraba, o de ser posible, concederle un plazo para que la obedezca; siempre que no se trate de normas que afecten directamente el interés público.

VI. La regla de la ley sustantiva de que las excepciones a las leyes generales son de estricta interpretación, no es aplicable a este código adjetivo.

VII. El presente Código deberá entenderse de acuerdo con los principios constitucionales relativos a la función jurisdiccional, los derechos de los justiciables, los principios generales del Derecho y los especiales del proceso.

IX. En caso de vacío legal, se podrá recurrir a elaborar una norma que lo llene, basada en los principios constitucionales, Federales y Locales; en las reglas generales del Derecho; en las disposiciones legales y jurisprudenciales que regulan situaciones análogas; en los principios especiales del proceso; y, en las opiniones doctrinarias más calificadas, atentas las circunstancias del caso.

Tal fuerza imprimen estos artículos que permiten afirmar que se protege la desigualdad en las relaciones bilaterales, en las cuales uno de los intervinientes se encuentre en alguna desventaja; y ello en el sentido de que el principio de igualdad supone la posibilidad de articular tratamientos jurídicos desiguales para alcanzar una igualdad en los hechos. Así, los artículos referidos a la ignorancia de la ley caracterizan algunos de los estados de mengua en la cual debe estar incurso el sujeto. Se refieren al orden físico, intelectual o cognitivo, el económico, el cultural; no siendo

ellos taxativos, puesto que permitiría aducir alguna otra desventaja que lo sitúe el individuo en una situación asimétrica en el caso en concreto.

Así, la importancia del instituto de la exclusión de la ignorancia en el derecho mexicano, trasciende en tres áreas. Primeramente, la protección que dispensa el ordenamiento -tal como se enunció anteriormente-, en algunos casos, es de orden público, indisponible por las partes, permitiendo oponerla en todo momento y en todas las relaciones civiles en las que el individuo participe. En segundo lugar, la ubicación del artículo dentro del Código Civil, en la parte preliminar, informa todo el ordenamiento civil. Por otro lado, la filosofía del artículo trasciende la legislación meramente civil o privada y se extiende a todo el ordenamiento jurídico aceptando.

Esta concepción de igualdad y protección ante la ley, que no es ajena a nuestra constitución Argentina (art. 16), tampoco lo es en la Constitución mexicana de 1917, que, conteniendo una cláusula de igualdad formal, el art. 1º, párrafo tercero establece “queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

Lo dicho orienta a interpretar que la desigualdad que se está pretendiendo amparar es la de aquellos individuos que económica, cultural y psíquica o intelectualmente se hallan en estado de desventaja, o en situación de vulnerabilidad, entendiéndola esta como “un determinado estado o circunstancia desfavorable, de desventaja o de carencia en que se encuentran personas pertenecientes a un grupo identificable, o una categoría social determinada, respecto al grado de la satisfacción de sus necesidades específicas, el goce y ejercicio pleno de sus derechos fundamentales, y el acceso a los órganos de procuración e impartición de justicia”.

Entenderlo de la manera en que aquí se expone, implica necesariamente, tomar cuenta de la realidad social que en los diversos estados mexicanos impera, lo que hace sincerar, sin dudas, el tratamiento particular que se le da a los excluidos sociales y la protección que se pretende realizar teniendo a la vista la composición pluricultural de la nación mexicana. En definitiva, no se trata de dar a todos lo mismo, sino, dar a cada uno lo suyo, que no es más que el principio de justicia del derecho romano que debe imperar en todo ordenamiento jurídico.

Así, el orden jurídico, entendido en algunas reglas con status de orden público, tiende a evitar que el económicamente débil sea víctima de explotación u opresión por el ejercicio abusivo o desmesurado de las relaciones humanas. De esta manera, este principio, se constituye como garantía y materialización de la equidad en el ámbito jurídico, además de asociarse con principios de “bien común”. En estas condiciones, el valor superior -bien común- que se persigue -a través del orden público- consiste en evitar que existan normas que, llamadas a proyectarse sobre situaciones de igualdad, produzcan como efecto de su aplicación la ruptura de aquella al generar -de hecho- un trato discriminatorio sobre personas que se encuentran en situaciones dispares, lo que se traduciría en desigualdad jurídica.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos hace una década manifestaba en su Opinión Consultiva N° 6/86 que “bien común” y “orden público” en la Convención (Americana de Derechos Humanos) son términos que deben interpretarse dentro del sistema de la misma, que tiene una concepción propia según la cual los Estados americanos «requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa” (Carta de la OEA, art. 3.d); y los derechos del hombre, que “tienen como fundamento los atributos de la persona humana”, deben ser objeto de protección internacional (...)En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana”⁶⁰.

Claro que esta protección también esta dada, porque en todas las épocas es dable advertir que las clases dominantes han ido concentrando el poder político y el poder económico en manos de unos pocos y suelen aprovechar su posición ventajosa para explotar la debilidad o inferioridad de otros, siendo muchas veces la justicia una herramienta ideal por el grado de formalismo y lenguaje técnico que utiliza.

⁶⁰ Corte IDH. OC., La expresión “Leyes” en el art. 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 9 de mayo de 1986.

Reflexiones finales

Todo lo dicho hasta aquí, no basta a los fines de una adecuada protección del débil, si los órganos encargados de aplicar tales postulados no lo reivindicán como salvaguardas esenciales para garantizar la equidad al impartir justicia frente a casos de desigualdad o ignorancia de la ley.

Es por ello que los tribunales, a través de su sujeto crucial como es el juez, no podrían dejar de comprender y aplicar las causales de eximentes frente a los supuestos de protección de orden público que enuncian algunos Códigos Civiles Mexicanos. El Poder Judicial, en ejercicio de sus facultades si bien incide en el orden público “diciendo el derecho”, poniéndolo al día mediante sus resoluciones, también lo confirma o invalida por medio de la jurisprudencia; declara su inaplicabilidad al caso de que se trate cuando resuelve la inconstitucionalidad de una norma y determina si en circunstancias específicas un acto es contrario al orden público. El uso de esa potestad de que gozan los tribunales debe quedar circunscrito, precisamente, al ámbito normativo vigente.

Un sector de la doctrina no sólo acepta que el orden público sea la síntesis de los valores jurídicos y éticos de una comunidad, sino que adicionalmente sostiene que magistrados y jueces deben ejercitar la facultad discrecional, consistente en acudir a la noción de orden público únicamente cuando no exista una norma expresa.

Esta protección establecida por la legislación podría desplazarse, en sistemas más rígidos, a la excusabilidad de la ignorancia del derecho, hacia la clásica lesión civil. Recordamos que se trata de una institución que tiende a proteger al débil, al necesitado, a la persona que se encuentra en una situación de inferioridad económica, psíquica o psicológica, frente a aquel que explotando esa necesidad y aprovechando su situación de superioridad consigue en un contrato ventajas inicuas. El elemento más notable es el “daño” o lesión que sufre quien recibe menos de lo que le corresponde, o paga mucho más de lo que debería abonar.

De manera que, no sólo se hace palpable la problemática sino que se atiende a ella, autorizando invocar que se desconoce la ley y, aún conociéndola, una política de tutela de orden público frente a la parte más débil de la relación y, en particular, la protección ante casos de aprovechamiento de tal situación subjetiva, a través de la lesión.

Queda plasmado así, un sistema jurídico civil que pauta en general la protección a estos individuos, pero que el ordenamiento les confiere espe-

cial consideración en orden a su tutela, reforzándose en situaciones determinadas. Diríamos pues que se trata, en realidad, de desigualdades que, suplidas por la ley, se convierten ahora si, en situaciones de igualdad dando cumplimiento a aquello de “iguales ante la ley”.

No podemos afirmar ciertamente si preceptos como los expuestos tengan profunda aplicación práctica, o sean reconocidos socialmente y jurisdiccionalmente como medios tutelares, en parte por el acceso a las fuentes jurisprudenciales, pero lo que sí debe reconocerse es que, normas tales a las expuestas, se corresponden con la evolución propia de un pueblo como el mexicano, fruto de una historia con siglos de lucha, reivindicaciones y desigualdades sociales.

Es pues, la protección de los social y económicamente débiles en los códigos civiles, una respuesta tutelar que se corresponde con una visión histórica y social. Proteger para compensar, compensar para igualar.

Sin embargo, este análisis sobre la ignorancia y sus repercusiones en el derecho, nos lleva también a tomar otras posibles vías de reflexión: que es lo que correctamente deberíamos postular como paliativo de esta problemática?: Propiciar mayores excepciones a los casos producidos por ignorancia del derecho por parte de sujetos marginados de la sociedad, teniendo en cuenta que cada vez más, son notorios los grupos sociales excluidos; o bien propender a que los gobiernos enfoquen sus políticas sociales y educaciones para incluir a “todos” los individuos dentro de un estado de derecho en el conocimiento de sus normas. Ése, es tema de otro debate sociológico y jurídico que queda aquí abierto.

SUR LA DISTINCTION CIVILISTE DES PERSONNES ET DES CHOSES. VERS LA RECONNAISSANCE D'UN FONDEMENT REEL

PAR JEAN-MARC TRIGEAUD *

D'une distinction nominale à une distinction réelle

En suivant la division établie par les deux premiers livres du code civil français, qui servent de cadre de réception à des dispositions à caractère pratiques ou “constitutives” de solutions (et non, à la mode germanique, à des principes théoriques et “directifs” ou simplement orientateurs), il est de coutume de partir doctrinalement d'une distinction élémentaire qui impose de traiter d'abord des *personnes* en tant que sujet de droit, notion à laquelle se rattache la qualité de national ou de citoyen, puis de considérer les *choses* ou les biens qui leur appartiennent et qui dessinent ainsi l'aire de leur avoir en propre ou de leur patrimoine.

Certes, cette distinction requiert une interprétation qui vise à corriger ce que l'on pourrait croire à tort entièrement séparé: au fond, et philosophiquement, *la distinction est plus nominale et formelle ou conventionnelle que réelle, et elle ne suppose aucune radicalité ontologique* (tel est sans doute le fruit de l'idéalisme). D'autant qu'elle est fréquemment formulée de la façon la plus irréfléchie, en juxtaposant des concepts sans même instruire le procès de leur signification, et à partir d'une acception convenue d'autorité. C'est un lieu commun, sur le modèle historique d'un Planiol entièrement dévoué à Kant qu'il reproduit

* Professeur de philosophie du droit et de droit privé à l'Université Montesquieu Bordeaux IV, Correspondant de l'Acader

à la lettre ¹, de déclarer que la personne s'entend de la capacité dite de jouissance, de l'aptitude à acquérir des droits, et de passer aussitôt à l'énoncé de ce qui lui échoit plus que d'éclairer sur ce qu'elle est, ou d'en décrire les attributs, en renonçant à s'interroger sur son essence intime et démarquée précisément des choses comme le serait le "pour soi" des Hégéliens au regard de tout "en soi" enfermé dans son opacité. Le plus grave est dès lors à craindre: qu'aucune transition logique explicite ne soit même ménagée avec les choses, comme si la justification suffisante de cette délimitation consistait dans le simple fait dogmatique de son affirmation. Ce qui est l'indice supplémentaire de la confusion entretenue.

Et sans doute la distinction oblige-t-elle alors à reconstruire plus nettement les développements d'une histoire qui a commencé par faire largement prévaloir l'idée de chose, et qui a montré que l'on en était venu tardivement à adopter la personne comme siège du droit.

Mais une fois la personne en quelque sorte reconquise dans l'autonomie que le langage même semblait lui promettre, une fois la distinction dégagée de ces ténèbres primitives d'un objectivisme envahissant, ce qui est l'héritage de la modernité, l'emploi même des mots peut laisser sous-entendre à nouveau que l'amalgame est irréductible, à défaut des élaborations attendues, en l'absence d'un effort de conceptualisation à la hauteur du progrès accompli en direction de la reconnaissance de la liberté, - si la personne est liberté parce que non-chose. Les livres de droit civil ne cessent de prétendre traiter "des personnes", et ils s'appliquent à une première définition de "la personne"; la personne n'est donc qu'une autre formulation du pluriel qui recouvre l'ensemble des sujets individuels présentés comme source des droits dits subjectifs en renvoyant à un sujet légal qui les y habilite. Or ceci procède de l'assimilation de la personne à un sujet abstrait; elle se trouve d'emblée alignée sur une chose (l'"Un vide" que Hegel impute au stoïcisme comme au kantisme dans l'*Abstraktes Recht*); et cette terminologie véhicule un idéalisme qui favorise la réification totale que l'on entendait éviter.

En même temps, l'erreur préoccupante est d'éradiquer la substance même de la liberté, immanente à la *subsistence* ontologique personnelle,

¹ V. ainsi le *Traité élémentaire de droit civil de Planiol*, réédité ensuite par Ripert et Boulanger, Paris, LGDJ.

une erreur qui réitère celle si caractéristique qui confond déjà, au plan linguistique, le “nous” avec un pluriel du “je”. Mais pour paraphraser Franz Boas (cité en anglais par F. Jacquesson), il n’y a pas plus de personne juridique comme première personne du pluriel ou “nous” hypothétique qu’il ne peut y avoir plus d’un “je” qui est lui-même singulier². Cela chaque civilisation le sait. D’où la réflexion de F. Jacquesson qui qualifie très spontanément et avec ironie une telle erreur, qui est négatrice d’un savoir aussi profond, de “totalitaire”. Certes la chose est pluralisable, mais elle ne peut surgir comme telle dans l’ordre d’un pseudo-personnel pluralisé, ce à quoi inclinent pourtant à la fois les juristes interprètes doctrinaux et les “théoriciens de la justice” (de Rawls à Habermas ou Ricoeur), soupçonnables dès lors d’un tel grief (et qui sont effectivement des lecteurs passifs de Huntington ou de Fukuyama...), mais coupés à la fois d’un réel que l’esprit plus métaphysicien sait saisir et de la réalité des textes légaux des sources qui n’enseignent rien forcément de tel et marquent plus de prudence comme en témoignent les articles du code civil français sur la personnalité juridique et son commencement de vie, assez neutres pour ne préjuger nullement de la conception qui leur est suspendue. L’élémentaire du sens de la personne humaine universelle car singulière, qui est connu langage de toutes les civilisations, il semble que l’on puisse en toute inconscience y répugner quasi-unanimement.

Mais l’on peut encore justement se demander si n’émergerait pas progressivement une sorte de sens de la personne plus singularisé, suscitant la reconnaissance *d’une distinction enfin réelle*; ce qui correspondrait aux avancées d’une troisième phase dans l’histoire des sources. Autrement dit, après un primat incontesté de la chose, puis après une différenciation qui s’est opérée durablement sur fond d’idéalisme et a engagé toute l’œuvre de la codification napoléonienne en France, une approche plus réaliste, influencée peut-être par les évolutions de concepts plus internationalisants attachés aux droits de l’homme au XXe s., introduirait ce qui fut longtemps le plus difficile à admettre: la référence à l’existence individuelle de chacun.

² F. JACQUESSON, *Les Personnes. Monosyntaxe et sémantique*, Paris, CNRS éd., 2008, p. 30.

Primat objectiviste initial

A l'origine, le droit entend identifier des choses au point qu'il est primitivement *chose*, chose dans les choses ou reposant sur soi. Et s'il procure ainsi un statut aux choses, il cherche aussi à reconnaître le schéma abstrait d'un échange égal entre ces choses, et il promet la protection d'un tel cadre face à ce qui peut le déstabiliser et par là nuire aux choses elles-mêmes. De fait, il ne regarde l'homme que comme un personnage *agi* par des nécessités de valeur inscrites dans de telles choses. Les droits sont donc objectivement discernés *à partir des choses*, et il est naturel de les concevoir comme des "choses incorporelles". On sait sur ce point la force d'influence de l'hylè-morphisme cher à la métaphysique grecque, d'essence aristotélicienne. Il a habitué à discerner au cœur du réel la cause d'être finalisée qui l'inspire, et il a préparé la notion d'un droit situé dans le prolongement des qualités qui spécifient l'être informatif et actuant de chaque chose, comme centre d'inhérence de sa valeur et de sa respectabilité. Le droit même, objectivement compris, consiste dès lors suffisamment en cette réalité tout immatérielle que constitue *la qualité juridique d'un bien d'être subjectivement appropriable* et de jouir d'une protection assortie de sanctions ³.

Et c'est une démarche analogue qui a conduit ensuite, dans la relation d'échange entre ces choses, - que le principe en soit volontaire ou non ("èkhon" ou "akhon", dans le domaine que nous qualifierions aujourd'hui de contractuel ou de délictuel -, à reporter la même exigence d'avoir à dégager ce qui fait la cause interne de la chose: chose contractuelle ou délictuelle. Il s'agit donc de percevoir l'égalité ou l'équilibre en vertu duquel le rapport précisément entre deux choses échangées doit pouvoir être considéré comme commutatif ou rétributif (que la prestation de l'un co-

³ V. notre V° "Biens", in *Encyclopédie philosophique universelle*, Paris, P.U.F., Les notions, t. 1, 3è éd. 2002, p. 232 et s., et, corrélativement V° "Droits subjectifs", p. 705 s.; notre *Possession des biens immobiliers*, préf. F. Terré, Paris, Economica, 1981, N° 411 s., p. 390 s.; S. Amato, "Rien qui soit ' : présences juridique de l'immatériel", *Arch. ph. dr.* (Paris, Sirey), 1999, p. 45 s. M. Villey, "Du sens de l'expression 'jus in re' en droit romain classique", *Rev. internationale des droits de l'Antiquité*, Paris, 1949, t. 3, p. 420 s.; v. aussi, plus généralement, G. Romeyer-Dherbey, *Les choses mêmes*, L'Age d'homme, Paris-Genève, 1983, chap. V, p. 177 s.

responde à celle de l'autre, que la créance de l'un soit compensée par la dette de l'autre). Rien n'est ainsi qui ne soit imputable au mécanisme d'une chose qui possède l'énergie propre d'imposer soit son respect comme intangible, soit son accord d'égalité fluctuant avec une autre, à condition de pouvoir remonter au principe même de cette relation et de distinguer le cas de la relation contractuelle et celui de la relation délictuelle: chaque cas revendique au fond la même logique.

C'est dans cette optique que l'on a pu parler d'une sorte de patrimonialisme absolu, absorbant le droit tout entier dans la seule réalité des choses, mêmes si ces choses sont abstraitement conçues comme l'expression d'une certaine qualité morale de choses d'expérience ou de relations entre elles. D'où la vision d'un droit, principalement de tradition romaniste, qui fait reposer sur le juge le pouvoir d'énoncer à chaque fois les solutions de cas auxquelles s'applique la règle de droit en forme de "topique", des solutions qui reçoivent les définitions ("oroï") des choses ou droits et qui établissent le schéma de lecture de l'égalité attendue⁴. L'approche est si objective qu'elle en vient même à écarter ou à relativiser le rôle des sujets volontaires, qu'ils soient particuliers ou institutionnels. Le langage de l'autonomie de la volonté et de la puissance législative n'est pas né. Ce qui n'empêche pas ce même langage, bien que non formulé, de pouvoir s'appliquer au développement de divers échanges contractuels précisément "innomés" comme à l'activité d'une régulation législative qui couvre tout le champ de l'extra-patrimonial.

Le sujet personnel objectivé

Mais déjà, à l'intérieur même de cette structure, il est inévitable de voir surgir le concept de personne. Ce concept est cependant tributaire des concepts antérieurement formulés dans l'ordre des choses, et ce sont ces concepts de départ qui influent sur sa définition même⁵.

⁴ V. P. STEIN, *Regulae Iuris. From juristic rules to legal maxims*, Edinburgh, 1966.

⁵ V. sur ce point et pour tout ce qui suit, en même temps que notre *Persona ou la justice au double visage* (Gênes, Filosofia Oggi, 1990), notre *Personne, droit et existence*, Bordeaux-Paris, Bière, 2009, en particulier le chap. 1, sur l'évolution du concept de personne et le passage du rôle à la sub-stance.

D'un côté, si l'on se propose toujours la chose comme élément premier à identifier, dans son être juridique abstrait, y compris dans ses relations avec d'autres, la personne va apparaître sous l'aspect particulier que lui assigne cette position subalterne.

D'un autre côté, à supposer que ce soit ce que nous appelons la "personne humaine" qui est à déterminer au regard du droit, c'est plutôt *en tant que chose*, et donc dans une sorte de "choséité" qu'elle sera perçue, et elle le sera, en tout cas, à travers les choses plus concrètes qui se rattachent à elle en termes d'appartenance.

Le visage sous lequel la "personne" fait ainsi irruption sur la scène juridique exploite la connotation théâtrale qui s'attache sémantiquement à ce mot qui a désigné très tôt un rôle ou la conduite généricisable de l'acteur ou du personnage. La "*persona*" n'interprète au fond que la finalité que la chose lui demande de promouvoir. Elle s'efforce par là de personnifier la chose elle-même en lui prêtant sa volonté (un terme qui n'existe d'ailleurs pas dans le vieux fonds gréco-latin préférant se fonder sur l'expérience des choses, pas plus qu'il n'est compréhensible dans l'Extrême Orient classique si l'on en croit les études de Granet sur la religion des Chinois). La qualification assignée à la personne est tirée de la chose; le bien de la personne s'efface devant le bien inhérent à la chose, un bien objectif dont la personne plaidera à tout instant la défense sans qu'il soit susceptible de dissimuler le moindre intérêt ou besoin à coefficient subjectif. Et les nominations du droit se feront à *partir des choses vers les personnes*, chacun jouant ici la partition réelle qui lui est attribuée; le *venditor* n'étant tel que parce qu'il existe des *res venditae*. Indiquée en second, la personne ne s'affirme que pour se substituer à la chose, et elle s'interdit de se prévaloir d'une fin ou d'une valeur qui ne se serait pas ancrée dans le respect de celle-ci. Elle est entièrement fonctionnalisée par le service qui l'affecte à la chose d'abord. En même temps, le vocable de personne peut se démultiplier à proportion des divers contenus abstraitement profilables que traduit la variété des choses et de leurs destinations. Aucune signification générale ne la tient, qui la bornerait à un statut unique s'élevant au-dessus des choses.

C'est ce mode d'approche qui caractérise encore le droit privé, surtout civil, patrimonial, dans les pays de tradition romaniste, germaniques ou anglo-saxons. Ailleurs, comme en France, il en va de même, en dépit des nouvelles dénominations exaltant le sujet de droit et ses prérogatives, des dénominations que le droit accueille afin de marquer son unité avec les

autres parties du droit extra-patrimonial dérivées plus exclusivement de principes idéalistes, subjectivistes et volontaristes. Car toutes les solutions du droit démontrent que la personne n'est pas recevable à alléguer d'autre droit que *celui qu'elle dégage de la chose ou d'un rapport d'équilibre entre choses*. Le droit qui pourrait paraître désigner la possibilité pour elle d'accueillir un bien, parce qu'un tel droit consacre la légitimité de ses aspirations, ne traduit jamais que la conséquence qu'impose une attribution en appartenance de la chose ou une répartition de parts procédant de la comparaison évaluative entre choses. Le droit redéfini demeure irrémédiablement objectif, et la personne ne cesse d'assumer les limites de cette définition.

Mais il n'en reste pas moins que le point de départ souvent subjectiviste, et en dehors même des textes légaux (qui ne disent pas, par exemple, - art. 1424 c.c. - qu'un époux commun en biens a "le droit de...", mais plutôt qu'un acquêt de communauté se constitue dans telle condition et signifie son appartenance à la catégorie des biens mis indivisément en commun...), ce point de départ subjectiviste donc aboutit à fausser l'interprétation et il laisse à penser à tort que la personne jouit d'une individualité autonome par rapport à la chose. Les excès de cette interprétation consistent à reconduire à la notion sous-jacente de personnalité juridique pour lui faire servir un rôle universellement uniforme et nivelateur qui ne peut que susciter des critiques. C'est dans le sens de ces critiques que s'est engagé un courant qui s'est d'abord rallié aux théories de la "nature des choses" jusqu'à Saleilles et Gény, en provenance lointaine de Montesquieu puis de la sociologie du XIXe, et qui a été ensuite porté par les élans d'une phénoménologie réaliste apparentée à celle de Radbruch (dont les commentaires polémiques du code Napoléon sur ce thème ont marqué les esprits, dès certains articles publiés aux *Archives de philosophie du droit* dans les premiers numéros de cette revue: après 1932). L'orientation recherchée a été de déterminer un standard de la personne non seulement par catégories de choses, mais également par catégories de situations jurisprudentiellement identifiables en référence aux pratiques et aux usages les plus généralisables.

Il n'en doit pas moins être permis, d'autre part, de se tourner vers la personne pour y scruter la présence d'un droit, et pour faire d'elle en somme un droit suffisant. Dès les commencements d'un droit prétendument objectif et réaliste, la personne bien que réduite à une acception seconde de personnage interprète, peut s'imposer comme un bien propre. Mais ce

n'est pas justement un hasard si le langage ne retient alors que les biens ou les choses qui tendent à fixer ce qui appartient à cette personne, d'abord au plus près d'elle-même, puis de façon plus distante. Les dieux d'ailleurs sont-ils originairement des personnes ou des sujets, et donc des choses sub-sistantes, des substances, et par là des choses ? ce n'est pas juridiquement par ce biais, comparable à celui du philosophe qui reporte aisément le concept de chose, même la plus rustique et économique sur l'être ("*ousia*", la ferme, devient l'objet de toute représentation ontologique), que l'on peut s'y prendre pour les aborder: c'est plutôt par le biais des choses réputées être les leurs, *res divinae*: telle source ou tel bâtiment de culte. De même, les personnes humaines n'ont d'existence juridique qu'à travers des choses identiques, *res humanae*, qui semblent faire partie des ressources indivises puisées dans un statut commun et qui se configurent à travers chaque manifestation plus concrète et empirique où il se reflète: il est des choses sous-jacentes aux choses privées appropriées par un seul exclusivisme ou aux choses publiques appropriées par l'institution étatique. Il y a ainsi des eaux sacrées et des eaux publiques, et des stocks d'eau privée; mais au-delà de ces classements, l'eau désignera un bien qui traduit le bien qu'est à son tour la boisson lequel appartient objectivement à l'homme par sa nature dont la vocation est d'être un vivant qui s'abreuve, avant même que ne se dégage un concept moderne de droit subjectif. D'où l'idée véhiculée par une coutume *praeter legem* répandue, que l'eau gratuite ne peut être refusée à quelqu'un dans une cité de droit, même à la terrasse d'un café.

Un dédoublement fonctionnel s'est ainsi opéré sans cesse à partir des choses elles-mêmes transposées aux "personnes", mais qui ne sont perçues, réifiées, qu'à travers le rôle qu'elles interprètent afin de faire valoir les choses, ou à travers les biens qui les représentent, des biens qui entrent tous dans la sphère d'un avoir commun et qui ne sont nullement constitutifs d'une essence quelconque de la personnalité; des biens qui sont en tout cas dépourvus de connotation subjective. Assez légitimement, au plan technique (si toute technique tend à susciter sa propre cohérence unifiante) s'est produite une extension de la notion de chose qui a régné dans l'ordre des personnes de manière à n'en retenir que les seuls aspects patrimoniaux.

La personne reconquise

Mais un renversement d'approche devait au cours des temps avoir lieu. La personne a fini par acquérir une densité intrinsèque qui lui manquait, et l'on est passé du *personnage* à la *personne* proprement dite pour désigner, non celui qui joue le rôle générique qui lui est imputé, qu'une chose réclame de lui, mais celui qui est le siège d'une liberté d'action individuelle, donné qui est le plus universalisable de tous. Dès ce moment, la reconnaissance d'une telle liberté conférant la personnalité juridique, la capacité de jouissance de droits, traduite en un droit qui devient lui-même droit-pouvoir subjectivement parlant, marque les limites de la conception primitive dérivée des choses et vouée à les transférer à un univers patrimonialisé à leur image. Cependant, une telle transition entre chose et personne n'a pu s'effectuer qu'à la condition d'identifier une sorte de terme rival de l'objet réel soumis aux qualifications de biens et aux partages d'égalité entre eux. Le terme de "liberté" semble alors convenir le mieux. Et ce sont sans doute des considérations plus profondément métaphysiques et théologiques tournées enfin vers l'homme plus que vers son monde de vie sociale qui ont prélué à cette élaboration ⁶.

Il en est ressorti deux ordres parallèles: un ordre demeuré *patrimonial* et attaché à l'ancienne définition, et un ordre dit *extra-patrimonial*, mais affirmant progressivement sa hiérarchique autorité sur le précédent et assurant à la personne-sujet de droit la possibilité d'obtenir un statut juridiquement protecteur de son être et de ses droits en dehors même de ce qui pourrait, extérieurement à sa substance propre, lui appartenir dans le champ d'un avoir quelconque. L'histoire désormais de notre droit civil est ainsi faite, telle qu'en elle-même nous la voyons maintenant accomplie, que les personnes prendront toujours le pas sur les choses, et que se combineront toujours deux valeurs de référence qui tiennent à *la dignité* des personnes-sujets de droit d'abord, et à *l'égalité* qui préside à la distribution ou aux échanges des biens les concernant ensuite, sans que l'égalité puisse l'emporter sur la dignité, sans que la dignité puisse être contredite ou diminuée par l'égalité qui est à son service ⁷. Partie de la

⁶ V. réf. de la note précédente.

⁷ V. sur ce point nos critiques de la position contraire et d'exclusion justifiée de la personne dans l'utilitarisme de la doctrine rawlsienne in notre article "Le principe

hiérarchie opposée, la distinction s'est formulée autrement; elle a établi deux termes, logiquement et ontologiquement, et donc *réellement*, séparés, l'un s'affirmant axiologiquement supérieur à l'autre. Cette évolution révèle l'ascendant d'une idée de justice sans doute plus forte que le concept de droit, et dont on doit constater (avec le Bergson des *Deux sources...*) qu'elle manifeste seulement *à la fin* ce qui aurait dû sans doute être *initialement* discerné; mais elle n'en est pas moins ce qui a permis au droit d'atteindre une forme de perfection.

On peut dès lors aborder cette distinction refondue, qui recoupe en même temps la distinction élémentaire entre le patrimonial et l'extra-patrimonial, en y réintroduisant les deux postulations réalistes et idéalistes de la philosophie du droit elle-même. Car la justification des distinctions et l'orientation de leur interprétation peuvent entièrement changer; mais leur avantage reste de pouvoir correspondre à un réalisme ou de pouvoir s'ouvrir à un idéalisme, ou même à un utilitarisme à la façon rawlsienne ou habermassienne, ce qui risque à notre sens, il est vrai, de provoquer une regrettable fermeture, car discriminatoire des personnes. Dans la formulation de ses sources légales, le droit civil ne préjuge pas, en effet, d'une tendance ou d'une autre qui serait susceptible d'incliner, tantôt vers la pensée que le sujet de droit reçoit à son tour les données profondes d'une personne plus existentielle et singulière qu'il vise à protéger, ou tantôt vers l'idée de n'enregistrer en lui que les données communes à une moyenne "statistisable" ou à profil productiviste convenu par une opinion générique et même idéologiquement située.

Le phénomène de la chosification des personnes

D'une littérature doctrinale faite de commentaires, exposés critiques et enseignements de traités de base, ressort semble-t-il une même orientation chosifiante; ce que renforce d'ailleurs le cadre socio-constitutionnel d'usage qui délimite les contours de la science civiliste de façon quasi géo-politique. Car le droit n'est pas, comme nous l'avions

prosopologique" aux *Anales* de cette Académie (Acader), vol. XXXI, Cordoba (Arg.), 1993, p. 37-61.

suggéré (dès notre *Humanisme de la liberté*⁸), que dans sa *réalité* de partition à jouer; il est aussi dans la *conscience* que l'on en a: dans l'interprétation que l'on en donne. Et force est d'admettre à cet égard que l'état du droit civil fondamental peut donc être le même, transversalement, au point d'aboutissement de l'histoire, divisant plus absolument enfin entre personnes et choses, entre extra-patrimonial et patrimonial, tandis que le sens dont s'est investi cette division s'est modifié de manière presque régressive.

Prenons donc simplement le cas général qui intéresse la France. C'est dans cet esprit que nous avons proposé en sujet de thèse de doctorat, voici quelques années, le thème de *L'influence de la notion de chose en droit privé*⁹; ce travail visait à démontrer que la notion de chose, telle que l'idéalisme d'inspiration kantienne l'a influencé¹⁰, a puissamment retenti sur celle de personne-sujet de droit dans tous les domaines, extra-patrimoniaux pour commencer, où elle se manifeste, *pour la transformer en chose* à son tour et en produire une sorte d'objectivisation plus radicale que celle, au demeurant simplement technique, observée plus haut. L'auteur, le Dr B. Ader, a précisément distingué, à cet égard, divers processus de "chosification", de "réification", etc. Ce qui a pu se vérifier du point de vue très controversé, et malgré une réforme récente à l'époque, de la tutelle des majeurs: il a suffi d'observer que le vieillard n'est véritablement protégé que sous l'angle de ses avoirs en banque, ou dans la perspective des attentes de ses héritiers ou des calculs de primes et de rémunérations annexes des compagnies d'assurance. Des sociologues avaient pressenti le phénomène (J. Baudrillard¹¹), mais si l'idée s'est répandue que le droit

⁸ Version *esp.* Madrid, Reus, tr. Dra Ma Luisa Marin-Castan, 1991, p. 13 et s.; et in nos *Essais de philosophie du droit*, Gênes, 1987, p. 262 s.

⁹ B. Ader, *L'influence de la notion de chose en droit privé*, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2006, br. (thèse soutenue sous la présidence de Mme la Dir. de rech. Marie Cornu, Paris Cnrs/Cecoji).

¹⁰ V. les réf. à la note 1, et, en particulier, dans notre *Possession, op. cit.*, n. 477 s., p. 457 et s., ainsi que S. Goyard-Fabre, "La chose juridique dans l'idéalisme", *Arch. ph. dr.* (Paris, Sirey), 1979, p. 151 s. Et v. de même A. Zabalza, *La terre et le droit. Du droit civil à la philosophie du droit*, Bordeaux-Paris, Bière, Philo. droit N° 23, 2007, sur la dématérialisation dans l'épistémologie moderne, aux N° 245 et s., p. 237, ou encore S. Amato, *op. cit.*, p. 54 et s.

¹¹ Jean BAUDRILLARD, depuis *Le système des objets*, Paris, Gallimard, 1968; voir aussi les chroniques de J. Carbonnier à *L'Année sociologique* aux P.U.F. sur des années.

pouvait incliner à la chosification (notion très ancienne d'Aurel David¹²), l'on s'est plus tourné vers la nature (droit de l'environnement), ou vers les produits de la culture (protection des œuvres audio-visuelles), qu'on ne s'est vraiment intéressé au droit civil des droits primordiaux de la personne et à toutes les branches du droit extra-patrimonial. Le décalage s'est donc accusé entre ce que l'on est censé faire (protéger la personne) et ce que l'on fait (ne protéger *que les choses* à travers elles !). Et telle a été au fond la conséquence de cette interprétation suspecte *qui a glissé subrepticement à l'origine le concept de chose dans celui tout kantienement préparé de sujet de droit conçu comme capable d'acquérir des choses*.

D'où l'opportunité de restaurer la base ou le substrat existentiel de la personnalité qui est sous-jacent à notre droit, que notre droit autorise en encourageant la défense de la pure *liberté civile et non publique* de celui qui n'est pas déclaré incapable; ce qui ruine rapidement la définition kantienne et en dépasse en tout cas les limites idéalistes.

Nous pensons, cependant, que c'est l'évolution récente des *droits de l'homme* (DH) entrés dans une troisième phase de leur histoire, où ils assument enfin *l'universel singulier* de la personne dans une autre acception que celle de leur définition canonique¹³, qui renforce la possibilité aujourd'hui d'une telle approche. Il est en somme bénéfique de pouvoir s'interroger en droit civil interne sur des questions que le droit international et européen en particulier est parvenu à assumer d'une manière qui eût été insoupçonnable jadis et à travers une étonnante floraison d'activités de toutes natures en commissions et comités arbitraux siégeant au sein des grandes organisations internationales qui introduisent opportunément dans la machine juridique des Etats plus de dispositions impératives et de limites que ne saurait en espérer la doctrine civiliste d'un pays en cas d'erreurs diagnostiquées à corriger (on l'a vu pour les censures dont la France a malheureusement fait l'objet ces dernières années pour violation des droits de la personne et pas seulement dans le domaine du *droit pénal*

¹² Aurel David, *La structure de la personne humaine*, Paris, P.U.F., 1955; *La cybernétique et l'homme*, Gallimard, 1965.

¹³ V. notre étude sur les droits de l'homme, au chap. 13 de notre *Personne, droit et existence*, op. cit. (et sa version en esp., tr. Dra Camara Bolio, revue *Thèmes*, philosophiedudroit.org, janvier 2010).

ou du *droit du travail*: condamnations de la CEDH ou plus largement de la CIJ, et pas uniquement du BIT concernant des contrats douteux réservés à de jeunes chômeurs dont l'avis élémentaire de civilistes instruits - sur la nullité des conditions potestatives émanant de la volonté du débiteur - pouvait prévenir le politique...).

*

Des vertus de l'idéalisme universaliste dans le progrès de la protection des personnes civiles

L'on devrait peut-être alors remonter à Descartes et à sa *res extensa*¹⁴. Rien de plus matérialiste que la vision rationalisante de l'idéalisme; rien de plus réducteur, très logiquement, quand, reportée sur les personnes, cette vision conduit à couper la représentation de raison de l'homme de son fondement organique et vivant et ne retient que son profil de liberté rationalisable. Mais il suffit d'avoir remarqué plus haut que l'on ne pouvait se contenter d'une distinction formelle et de vœux pieux, et qu'au pays où l'idéalisme philosophique l'a emporté sur un réalisme de type plus médiéval et scolastique auquel en sont restés d'autres ordres juridiques (v.g. anglo-saxons), cet idéalisme, d'essence très néo-stoïcienne, a finalement contribué sans cesse à une moralisation supérieure par la rigueur de son exigence universaliste; l'ignorance de cette même exigence a parfois révélé dans ces mêmes pays romanistes certains contre-exemples qui n'honorent guère le respect d'une personne indépendante des biens qui lui sont attachés ou qu'elle produit, en combinant de façon paradoxalement le réalisme avec l'utilitarisme à la façon rawlsienne ou dworkinienne, et en justifiant occasionnellement des exclusions, en introduisant une discrimination génériciste au cœur d'un universalisme du sujet de droit déchu de son piédestal d'origine tel que l'ont érigé les grandes déclarations constitutionnelles: ce sont les législations sur le *trustee*, renouant avec la *fiducia* romaine, expliquant les désappropriations massives et cruelles

¹⁴ V. notre ouvrage *L'homme coupable*, Bière, 1999, p. 80 s.; Zabalza, *op. cit.*, N° 240 s., p. 230 s.

liées à la crise du crédit immobilier, sans la moindre réflexion, chez des comparatistes français improvisés, sur deux siècles de pratique de la vente à réméré assortie d'une location-vente refinançant le débiteur en souffrance, ni sur le traditionnel rejet du "pacte comissoire" par le *droit international privé* alléguant sa non-conformité à l'ordre public du respect des personnes les plus faibles et des débiteurs susceptibles d'être abusés; ce sont aussi les textes sur le contrat de consommation ou sur le contrat de travail qui ont pu déséquilibrer le jeu des prestations et inciter aux positions dominantes et léonines (discréditées en Europe depuis le *Traité de Rome* en 1955 dont les dispositions se sont au cours des temps introduites dans les législations internes), mettant une partie sous le contrôle discrétionnaire de l'autre, dans le refus significatif d'ailleurs de toute adhésion aux conventions internationales, par exemple de protection des droits de l'enfant.

Sans reprendre le dossier très vite saturé de l'identité de l'embryon ou du *fœtus* et des manipulations dont il peut être l'objet, qui aura cependant mis du temps à être examiné ¹⁵, les domaines privatistes les plus apparemment extérieurs au droit civil proprement dit qui sont sans doute à considérer en France; or, ils semblent accréditer cette évolution qui tend à se tourner beaucoup plus vers *la personne concrète* que vers *la personne abstraite* de jadis, en admettant enfin de la percevoir davantage dans les aspirations de sa vie physique et morale individuelle, et donc à travers un élément existentiel qui ne la rend pas forcément comparable à une autre, et l'éloigne plus que jamais du monde "quantitativisable" et répétitif des choses. Il en va de la sorte même si, bien évidemment, celui qui apprécie les circonstances, le juge à plus forte raison, se contraint à chaque fois à un effort de généralisation; car il ne le pratique qu'à partir de l'unicité d'une donnée strictement personnelle.

En ce sens, on ne peut méconnaître certains progrès compensant autant de déperditions déplorées en *droit du travail* avec l'émergence (après un demi-siècle de travaux de sciences humaines) de la notion de

¹⁵ V. nos études dès 1986, reprod. in nos *Essais, op. cit.*, chap. 12, p. 203, et notre *Persona, op. cit.*, chap. 7, p. 94 s. et chap. 15, p. 215 s. et, à propos de l'ouvrage de F. Terré, *L'enfant de l'esclavage*, Flammarion, 1988, notre art. «Généétique et droit», in *Archives de ph.droit*, 1989, p. 379 s.

“harcèlement” psychologique et moral ¹⁶; on doit tenir compte, également, des avancées d’un contrôle en partie encore seulement judiciaire qui s’exerce en *droit commercial* sur l’utilisation des fichiers d’informations privées, ce qui ne doit pas être de nature à empêcher l’accès à des circuits frauduleux où s’échangent, entre “initiés” des mécanismes boursiers, des renseignements d’une autre espèce (relativement à des offres d’achat d’actions majoritaires), car ces renseignements ne sauraient se retrancher derrière un quelconque “secret” de la *privacy*, dès lors qu’ils se démontrent utiles à assurer des hégémonies sur le marché financier. Et, en dernier lieu, l’on ne peut qu’observer avec intérêt le développement d’une *législation et d’une jurisprudence pénales* de plus en plus précises (et déjà infiltrées à travers les dispositions précédentes ¹⁷), de manière à mieux défendre les revendications de libertés d’usage ou *praeter legem* qui sont latentes dans les sources civilistes des droits traditionnels et si délicates à exhumer; ces libertés que le professeur de droit de première année d’université, hormis les vieux manuels de “Théorie générale” de l’époque de Paul Roubier, n’a longtemps jamais songé à enseigner: la société dite “pluri-culturelle” les lui rappellerait opportunément, qui les promeut, en effet, dans l’aire alimentaire, vestimentaire, ou religieuse, par exemple, et de façon, aussi bien, à contenir des débordements politiques de l’Etat ou d’un gouvernement susceptibles de les remettre en cause; de

¹⁶ V. ainsi les études de G. Loiseau et dans son aire (Univ. Panthéon Paris I, Institut A. Tunc).

¹⁷ Certes, l’on pourrait souscrire au thème de la “dépénalisation” d’un droit commercial des affaires (v. W. Jeandier, Ph. Conte...), mais cet effet national et interne est largement compensé par les répercussions internes à la fois d’un droit pénal international et d’un droit international pénal passant par les commissions internationales citées plus haut; la conférence onusienne qui se prépare en ce printemps 2010 sur la refonte d’un droit commercial international à la conférence de Vienne (v. les participations notamment japonaises et espagnoles) prépare une accentuation de ce phénomène de pénalisation. C’est sociologiquement, d’ailleurs, un phénomène fréquent, d’avoir à remarquer certains délitements des droits internes à *proportion inverses des progrès internationaux qui se produisent mais dont les effets sont à retentissement nécessairement, et parallèlement, interne*, ce qui montre la relativité de plus en plus nette des prétendues souverainetés étatiques dans ce domaine et donc des droits, comme le droit pénal, qui en dépendent plus étroitement que les autres.

telles libertés ¹⁸ sont simplement, insistons-y, des *libertés civiles*, et pas seulement publiques; et elles sont statutairement liées à la *personnalité juridique universalisable*, et non à la *citoyenneté généralisable* (cas limite de leurs mises à l'épreuve à travers les gardes à vue abusives diligentées par un juge d'instruction ou un parquet, ou de toutes emprises pareillement exorbitantes qui seraient exercées au mépris du sujet de droit par une autorité administrative, dans le domaine, par hypothèse, de la santé ou de l'éducation).

Prolongements du droit civil, internationalisation et promotion d'un statut personnel à contenu concret

Mais l'interprète du droit privé contemporain est ainsi le témoin d'un même processus: dans leur ensemble, les cas signalés relèvent d'un véritable *prolongement du droit civil*; tous exploitent des arguments dérivés de la reconnaissance de la personnalité juridique dans son acception civiliste, en approfondissant des dimensions qui la révèlent sous un aspect plus concret qu'auparavant, et qui s'exposent moins au raisonnement classique des patrimonialistes, plus spécifiquement attaché, il est vrai, à la responsabilité, et déployé *in abstracto*. Le tort de cette dernière méthode, en écho à Aubry et Rau et au XIXe s. de l'Exégèse en France, a été d'étendre et d'accentuer précisément une patrimonialisation qui est "abstractisante" et nivelatrice du droit civil, et de suivre les suggestions de Kant (le maître de Koenigsberg ayant formé Portalis autant que Savigny et, à travers lui, son jeune élève Marx, qui, après Hegel, lui en fera le reproche...) ¹⁹. C'est ce qui a produit *une sorte d'enfermement de la personnalité juridique dans sa condition générique, commandée par le concept de chose*; la personne n'est pas parvenue à affirmer son existence distinguée d'une simple aptitude à acquérir des choses.

L'évolution de diverses branches issues du droit civil vers un meilleur accueil de la personne enfin restituée à son être concret, a

¹⁸ V. le chap. 19 de notre *Droits premiers*, Bière, 2001, et de manière générale, notre *Justice et Hégémonie*, Bière, 2006 (deux premières parties et en particulier chap. 14 et 15).

¹⁹ V., ainsi que pour ce qui suit, les réf. à la note 8 précéd.

abouti à en consacrer *la liberté existentielle*, et non plus seulement *la liberté de raison*, et à l'établir en tant que liberté de se traiter *comme ayant une fin propre*, et non, suffisamment, "comme ayant la fin de toutes les personnes à travers soi".

Une telle évolution, qui tient à un droit spécialisant à chaque fois le droit civil, a permis d'abandonner la distinction *nominale* personne et chose, et de réintroduire en elle ce dont elle s'était le plus appauvri: *le sens d'une indépendance de la personne en dehors et au-dessus des choses*, comme siècle désormais *réel* d'élection d'une valeur originale du droit. La personne a pu dès lors cesser d'être tyrannisée par l'*in abstracto*, et elle a pu se soustraire à toute projection liée à sa relation de dépendance aux choses.

En *droit civil* pur, une orientation dans cette même direction s'est, assez tôt, manifestée. Elle caractérise la seconde moitié du XXe s. dans le secteur des droits dits "primordiaux de la personne humaine"; elle touche la sphère de protection de son intimité de mode d'être et de vie individuelle, familiale et sociale, à la fois le plus physique ou corporel et le plus psychologique ou affectif. Et si l'on a pu diagnostiquer une "crise d'identité" des droits de la personnalité²⁰, cette crise ne vise souvent que

²⁰ De R. Savatier ou R. Lindon à P. Catala - et, plus récemment, en diverses chroniques ou articles, G. Loiseau ou Th. Hassler. Mais dans le discours contemporain visant une identité qui se cherche et aspire à plus de certitude ou de cohérence dite "technique", il est récurrent de relever une sorte de nostalgie implicite de la vieille projection de la chose sur la personne, après avoir constaté sans doute que la personne prenait trop d'indépendance, et après avoir évacué d'ailleurs au passage toutes les ouvertures de notre droit en ce qui la concerne à un jugement *en équité*, c'est-à-dire en égalité "plus égale que l'égalité légale" et respectueux de la dignité de chacun concrètement. Et l'on préférera ainsi pouvoir saisir des biens généralisables et quantifiables qui reflètent la dignité de la personne, qui sont l'objet de ses droits, et même, un mot peut-être un peu imprudent, des «intérêts» qui témoigneraient des situations caractérisant sa vie privée. Or, même si elle n'entend certes pas souscrire à des assimilations objectivistes aujourd'hui heureusement dépassées, cette méthode est à risque, qui repose sur une *métonymie*, et qui finit par désigner les droits, non dans leur source personnelle et comme expression d'une substance méritant protection, mais plutôt *à travers les objets sur lesquels ils portent*, ou, comme y incite le législateur lui-même, dès le fameux art. 6 c.c., sur lesquels ils s'exercent: c'est, effectivement, le risque, sinon d'une "chosification", du moins d'une objectivisation tenue pour évidente et attachée au droit comme une fatalité, sans tenir compte suffisamment

l'autonomie, discutable au cours des temps, des moyens de droit qui sont utilisés dans la sanction des atteintes qu'ils subissent, et qui sont empruntés au mépris de la responsabilité civile du fait personnel, tout en gommant l'exigence d'un préjudice d'ordinaire assimilé au fait générateur du délit lui-même. Mais ce mouvement paraît avoir achevé son parcours pour laisser la place aux branches dérivées du droit civil; à moins de considérer que, dans le fond, la nécessité s'impose d'en passer dorénavant par une *pénalisation* forcée de tout ce que l'on veut faire prendre au sérieux en droit civil, mais que le seul droit civil paraît impuissant à faire respecter. Ce qui est socio-anthropologiquement une évidence dont il était temps de tirer les leçons.

Cependant, des renouvellements peuvent être attendus. L'attention mérite certes d'être portée sur les problèmes classiques et inépuisables de bio-éthique, qui tiennent à la détermination du commencement et de la fin de la vie (ontologique ou biologique ? métaphysique ou médicale ?), à l'identification de la sexualité et à la variété de ses expressions culturelles; car ces problèmes démontrent comment le droit est poussé à s'adapter à l'existence quand bien même sa définition serait ouverte à des débats contradictoires. D'une tendance à la réduction d'autrefois, l'on évolue en somme vers la tendance à des ouvertures largement marquées malgré leurs incertitudes. Mais il s'agit aussi d'enregistrer d'autres problèmes qui présentent plus d'actualité encore, et à travers lesquels *une certaine individualisation concrète du jugement sur la personne civile* est requise: problèmes de divulgation de tous éléments concernant l'individu par les organismes de gestion de sa vie sociale et économique ou professionnelle, si cette divulgation compromet le respect de sa liberté, non dans ce qu'elle est censée être politiquement (ou statistiquement), mais à travers ce que l'individu qui s'en prévaut estime qu'elle doit être, tant qu'il ne nuit pas à l'ordre public.

de l'expérience que devrait apporter l'évolution de la dernière phase surtout des droits de l'homme signalée plus haut, permettant d'échapper aux réductivismes utilitaristes et empiristes (ceux des intérêts que l'on conflictualise et négocie). Il n'est pas suffisant de s'être délivré du réductionnisme réaliste romaniste, puis du réductionnisme idéaliste kantien ! Car voici peut-être le pire. A chaque époque, au fond, ses menaces limitatives du droit dont le sens universaliste appelle sans cesse à réflexion, et qui passe autant par le singulier concret que par l'universel abstrait.

Corrélativement, il y va de la priorité de compétence du tribunal civil, juge des libertés privées, sur le tribunal administratif, juge des libertés publiques, et du fonctionnement d'institutions placées sous la protection de l'exécutif (comités d'éthiques, hautes autorités, commissariats, qui ne sauraient faire diversion, ni entretenir l'oubli du droit ou l'inertie des poursuites). C'est l'opportunité d'affirmer l'indépendance du juge en l'occurrence civil face à l'Etat susceptible de manipuler de telles instances sous le prétexte de protéger les personnes, en se faisant l'allié exclusif, par exemple, de catégories sociales, voire de corps professionnels à défendre dans leur intérêt contre d'autres; dans la même perspective, l'autonomie du juge du siège est à assurer à l'égard des magistrats du ministère public.

Tel sera particulièrement le cas pour les personnes diminuées dans leur vie physique, malades ou âgées. A leur propos, l'on pourra estimer inadéquat le prétendu contrôle de comités d'éthique relevant des tribunaux de l'ordre administratif, sur la déontologie des professionnels; car, à travers eux, passent les influences de lobbies médicaux (pharmaceutiques) ou juridiques (assurances, notariat), alors que, le plus souvent, la difficulté est de faire admettre que la personne, qui n'est pas déclarée incapable d'exercer ses droits, est en mesure d'obliger tout professionnel, comme tout membre de sa propre famille, ou, aussi bien, tout ministre du culte, à s'exposer *au contrôle du seul juge civil comme juge protecteur de sa personnalité*²¹. Sa personnalité peut et doit être, en effet, considérée plus *moralement*, et du point de vue de sa radicale liberté, que *patrimonialement*, ou dans la faculté de gestion de ses biens. A défaut, c'est bien la régression du droit civil, sa perte de reconnaissance et d'influence que l'on constate.

Mais sans doute existe-t-il un phénomène de déperdition des compétences du droit civil dans l'Europe entière du fait de l'expansion d'un politique littéralement "absolutisé" et technocratisé, et échappant lui-même gravement au contrôle du droit. D'où la conscience de devoir porter secours à ce droit civil défaillant ou soumis à un tel processus de

²¹ V. notre *Justice et Hégémonie*, op. cit., chap. 13 et 14; v. la thèse de doctorat en cours de M. Nicolas Tomc (Université Montesquieu Bordeaux IV): *Mourir à l'hôpital, entre droit privé et droit public*.

politisation interne qui envahit même ses comités de révision par la présence d'experts d'opinion socio-économiques ou de scientifiques n'offrant plus la garantie d'une non-compromission d'intérêts: c'est ce qui explique que des commissions, onusiennes cette fois, et composées invariablement enfin d'universitaires juristes indépendants, en viennent à assumer les questions précédentes, et imposent aux Etats, rappelés à leur devoir de protection des personnes civilement capables dans leur liberté, ou à leur mission de se dévouer avant tout au respect du droit civil, des régulations normatives ou des contraintes sanctionnables. C'est corriger implicitement, mais par une voie extérieure, et peu traditionnelle, mais en fonction des données d'aujourd'hui, ce que le théâtre des Grecs avait déjà nommé le débordement du Prince ou l' "*ubris basilei*".

HERRAMIENTA PRECIOSA PARA JUECES Y ABOGADOS. “PRINCIPIO DE LA ESPECIALIDAD Y LA DETERMINACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE LA RELACIÓN JURÍDICA”

LUIS BERNARDO CIMA

1. Demasiado dificultoso resulta aportar algo novedoso a la extensa obra de Luis Moisset de Espanés en su labor de jurista del más elevado y reconocido nivel académico.

Ocurre que la admiración por el maestro y el respeto por la amistad que me ha brindado -expresada en permanentes ocasiones- en las cuales se puede mensurar el valor y la calidad humana de una persona, puede exacerbar el análisis encomiable y la levedad de la crítica que se pudiera realizar de su enorme obra.

De manera tal que la visión de un amigo no suele ser la más objetiva e imparcial en una ocasión tan difícil para la tarea a la cual he sido invitado.

Su reconocida estatura jurídica, tanto en nuestro país, como en España y Latinoamérica, lo han llevado a destacarse en temas tan importantes como “*La lesión en los actos jurídicos*”¹, la difusión del derecho registral que lo ha abrevado desde la más profunda obra de los especialistas españoles en la materia o la profusa difusión de temas de notoria relevancia en el derecho civil y comparado.

Esta breve introducción pareciera más que suficiente, pues quienes quieran introducirse en cuestiones de derecho -siempre discutibles-, sin duda encontrarán permanentemente la opinión del jurista Luis Moisset de Espanés.

¹ Premio Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires año 1967, Universidad Nacional de Córdoba, Dirección General de Publicaciones, Córdoba, República Argentina, 1979, editado por Víctor P. de Zavalía Editor.

Viene a cuento mi relato y ponderación del estudio del que más adelante me ocuparé, pues cuando conocí a Luis Moisset de Espanés y con toda grandeza, me recibió en la Cátedra de Derecho Civil IV (Reales) de la cual era titular, me gratificó conocer un instrumento técnico tan imprescindible para el ejercicio profesional que, reconozco, no había tenido oportunidad de conocer.

Comencé desde entonces -hace ya varios años atrás- a profundizar su pensamiento, su lógica jurídica, el conocimiento inconmensurable del derecho en su totalidad y plasmado en su extensa obra; encontrándome en alguna charla con el maestro con la separata de un trabajo al que refiero cuando titulo esta modesta colaboración. A saber: “*Principio de la especialidad y la determinación de los elementos de la relación jurídica*”².

Ejercía -actualmente lo continúo haciendo- activamente mi profesión de abogado mientras Luis tenía dedicada su vida a la enseñanza, divulgación del derecho y sin mezquindad alguna, brindaba sus conocimientos a quienes eran sus alumnos o a quienes asistíamos a sus clases como adscriptos a su Cátedra.

Encontré en el trabajo premiado en el “Tercer Congreso Nacional de Derecho Registral” realizado en Mar del Plata -Argentina- una de las más preciosas herramientas para jueces y abogados y, en general, para todo aquél que siente pasión por el derecho.

Poco ha sido difundido esta separata que fue luego incorporada a su volumen de *Publicidad registral*³, en la cual compendia varios trabajos sobre una pasión : el derecho registral.

Se preguntará el lector: ¿qué tiene esta separata que tantas alabanzas recibe y, además, merece una nota en un libro en homenaje a un jurista? Ya lo veremos más adelante.

² “Trabajo publicado en la Revista del Notariado N° 767. Fue distinguido con el Primer Premio (medalla de oro y diploma) por el Tercer Congreso Nacional de Derecho Registral, celebrado en Mar del Plata, en el mes de noviembre de 1979”. Este dato consta como “Nota del Editor -en la obra *Publicidad registral*, 3ª ed., Valentín Alsina, Zavalía Editor, 2003. En el Prólogo a la Primera Edición, Luis Moisset de Espanés, acota que el trabajo premiado, fue anteriormente publicado en una obra anterior (agotada): *Dominio de automotores y publicidad registral*.

³ Las citas a las que me refiero en este trabajo, provienen de la edición tercera del libro *Publicidad registral*, que vio la luz en el 2003

Pero volviendo a la introducción de esta humilde colaboración -tratando de resultar lo más objetivo y prudente en los elogios, aunque personalmente se lo he comentado en varias oportunidades a Luis Moisset de Espanés- el trabajo de marras lo he considerado siempre en mi moderada apreciación, como una de las cosas mejor escritas en el derecho argentino y en aquellas latitudes que han recibido el aporte de los juristas romanos.

Precisamente, en visión de abogado práctico y acostumbrado al permanente trato con los expedientes, sentencias, contestaciones de demandas, alegatos y expresiones de agravios, entre otras, esta apreciación nada excede para nada en el elogio de este trabajo tan práctico, útil y provechoso como el citado..

Claro está que en manera alguna trataré de agregar, quitar o enmendar una coma a la citada obra del jurista prudente, mesurado y profundo en sus conclusiones.

Solamente me limitaré a señalar la ayuda invalorable que resulta para cualquier abogado en el decurso de un litigio dura el ejercicio de su ministerio, o al magistrado estudioso a la hora de resolver una causa, ya que es imposible apartarse de esos elementos que "*toda relación jurídica*" contiene, y a los que debe aferrarse toda contienda judicial como a la ley misma.

2. Sabemos que la *vinculación* entre los sujetos que controvierten sus pretensiones ante los estrados judiciales debe resultar precisa, sin vacilaciones en el momento de ceñirlos al debate jurisdiccional y ajustarse a lo que las partes entendieron o creían entender en el momento mismo de nacer la conexión que las ensamblan.

En este aspecto, Moisset de Espanés sostiene con toda sagacidad: "*Es pues un mérito de Savigny haber puesto de relieve la necesidad de analizar la relación jurídica y sus elementos para lograr una mejor comprensión del fenómeno jurídico y -al mismo tiempo- advertir que junto a elementos de carácter relativamente estáticos, como los sujetos o el objeto, se encuentra otro esencialmente dinámico, que es la causa generadora o extintiva de la relación*" ⁴.

⁴ *Publicidad registral*, p. 134, tercera edición citada.

Si ello es así, ¿cómo bregar por los derechos de un justiciable -desde la óptica del defensor técnico- si previamente no ha podido determinar esa “*relación jurídica*” que lo impulsará a sugerir a su cliente para que se presente ante el juez competente para reclamar por sus intereses o adopte una postura en el proceso?

¿Cómo podrá administrar justicia sin perjudicar a un inocente o desligarse de la “*relación jurídica*”, aquel magistrado que, entre sus consideraciones previas a la sentencia, no ha podido precisar los elementos sujetos, objeto y causa -y, en algunos casos, el valor del *crédito*- que lo impulsarán a decidir en uno u otro sentido?

Es en el ineludible momento de la sentencia que el juzgador, analizando dichos elementos de la relación jurídica, deberá reconocer el derecho en uno de los sujetos del entrelazamiento procedimental y desestimar la pretensión del derrotado en el pleito.

3. Cuando -como no puede ser de otra forma- nos referimos al derecho procesal, vemos en el trabajo de Moisset de Espanés una vinculación tan estrecha como visceral entre las normas sustantivas como en las rituales; de manera que una no puede desprenderse de la otra.

Vemos en el caso concreto de transitar entre los andariveles de un pleito, la profundidad y utilidad que el trabajo premiado de Moisset de Espanés, en ambos aspectos del derecho en marcha, de la dinámica del tráfico jurídico y los elementos a que refiere el autor.

Esa determinación circunstanciada de los *elementos que integran la relación jurídica* la observamos, en materia procesal, cuando los códigos rituales exigen y legislan sobre las defensas de “*libelo oscuro*”, o bien “*defecto legal en el modo de proponer la demanda*”⁵ u obligan a respetar ciertos requisitos al inaugurar el proceso, obligando al demandante a designar con “*exactitud*”⁶ o, con mayor severidad como exige la ley procesal nacional, imponiendo el deber de designar “*con toda exactitud*” la cosa demandada⁷.

⁵ Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, ley 8465, art. 184 inc. 4; C.P.C.C.N., art. 347 inc. 4

⁶ C.P.C.C. Córdoba, art. 175 inc. 3.

⁷ C.P.C.C.N., art. 330 inc. 3.

¿No estamos, acaso, conminando al demandante a reverenciar el “*principio de la especialidad*”.

Todas estas obligaciones impuestas al actor en un expediente judicial se trasladan al contestar la acción al demandado, con similares cargas.

Obviamente, que para cumplir con la designación de sujeto, objeto, causa o, en el derecho hipotecario la cuantía el crédito que se reclama, es imprescindible acatar el “*principio de la especialidad*”. Sobre el cual con austera, pero atinada concisión, argumentara Luis Moisset de Espanés en el trabajo citado en esta colaboración.

4. ¿Por qué herramienta preciosa para jueces y abogados “*El principio de la especialidad y la determinación de los elementos de la relación jurídica*”?

En el caso del abogado -tarea a la que ha dedicado más de 40 años quien estas breves líneas escribe- esa determinación de los elementos sujeto, objeto y causa o el monto del crédito en los casos de los derechos de garantías -prenda o hipoteca-, la labor del letrado comienza desde que recibe la consulta en su bufete y luego, cuando tiene que asesorar debidamente a su cliente.

En principio, cuando debe, por ejemplo, realizar el estudio par un precontrato o confeccionar un determinado contrato, con relaciones y sujetos complejos, la cuestión se ensombrece un poco.

Obviamente, tanto en la determinación de los sujetos que intervendrán en la relación que los vincula., como en el objeto de la prestación o la causa o causas que sustentarán el contrato, dura resultará la labor del experto en leyes, pues en las relaciones complejas tienden a tornarse muchas veces difusas y complicadas las obligaciones asumidas por las partes.

Trátase, en varias ocasiones, que el acreedor debe vincularse contractualmente con sujetos múltiples o complejos, como en los casos de contratos con fideicomisos en los cuales el deudor de la prestación estructural es a su vez, acreedor o deudor de un tercero (por ej., del beneficiario).

Comienza entonces la tarea -tanto del letrado como, oportunamente, por el juzgador- de aplicar esos conceptos de Moisset de Espanés en el estudio a que se refiere la presente colaboración. Que el homenajeadado además de amasarlo como aplicado docente y jurista, lo ha practica-

do, tanto en el ejercicio de la abogacía como en el desempeño de la magistratura ⁸.

Así se pronuncia en esa senda: *“Pero retornando a nuestro problema, que es la determinación de los sujetos, advertiremos que las exigencias varían según se trate del acreedor, del deudor, especialmente atendiendo al hecho de la importancia fundamental que para el cumplimiento de la prestación asume la persona del deudor, ya que su solvencia o aptitudes personales puedan resultar decisivas”* ⁹.

Refiriéndose al *“sujeto deudor”* de la prestación, el autor del trabajo que comentamos -luego de discurrir sobre la figura del deudor ambulatorio, o bien, sobre el caso de las obligaciones *ob rem o propter rem-*, señala: *“Pues bien, aunque el deudor no esté individualizado con nombre y apellido, hay suficientes elementos para individualizarlo, lo que significa decir que hay determinación, pues en el momento necesario podrá establecerse quien es el sujeto que debe hacer frente al cumplimiento de la prestación”* ¹⁰.

Para pasar luego a dedicarse del sujeto *acreedor o activo* de la relación jurídica, para sostener: *“Pasando ahora a ocuparnos de la determinación del acreedor, es frecuente que ella también quede individualizada en el momento de nacer la relación jurídica, pero las realidades del comercio indican que es conveniente articular los medios jurídicos para que ese sujeto pueda ser sustituido por otro, lo que facilita la circulación del crédito y puede contribuir favorablemente al desarrollo económico de la sociedad”* ¹¹.

Es decir, nos brinda un amplio espectro para esta herramienta tan práctica, tanto para el letrado como asequible en los conocimientos del

⁸ Luis Moisset de Espanés, además de la dedicación exclusiva en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba como titular por concurso de las cátedras de Civil II (Obligaciones) y Derecho Civil IV (Reales) durante largos años, ejerció también la profesión de abogado de la matrícula del Colegio de Abogados de Córdoba y culminó acogiéndose a la jubilación como vocal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba; aunque hasta la fecha, jamás abandonó su vocación de maestro y jurista.

⁹ L. MOISSET DE ESPANÉS, *Publicidad registral*, 3ª ed., Buenos Aires, Zavalía, 2003, p. 140.

¹⁰ L. MOISSET DE ESPANÉS, *ob. cit.*, p. 141.

¹¹ L. MOISSET DE ESPANÉS, *ob. cit.*, p. 141.

juzgador, cuando deben pronunciarse sobre la controversia acerca de la legitimación activa o pasiva en el devenir del proceso.

5. El engarce entre el derecho sustantivo y el derecho procedimental es tan sólido que la cuestión de la determinación de los sujetos activos y pasivos se ha desarrollado en varios campos del derecho.

Si nos referimos -ejemplificando- a los temas de derecho ambiental, o bien a los derechos difusos, tanto la Constitución Nacional como leyes de fondo, se han ocupado para determinar los sujetos de la relación jurídica. Pues cada día aumentan los amparos y los litigios para la conservación del medio ambiente o apuntando a la defensa de estos derechos amplios, de indefinida expansión en la sociedad.

Así, la Constitución Nacional -ley fundamental de jerarquía prima en nuestro ordenamiento- se ha ocupado en el art. 41 de estos derechos amplios generados a favor de todos los ciudadanos. Allí radica una imposibilidad material que puedan constituirse en "acreedores" o actores de la obligación del Estado en reguardar y preservar el medio ambiente a la totalidad de los habitantes de la República. Para ello, tanto leyes nacionales como provinciales han reglamentado esta determinación del sujeto activo, cuyos derechos serán resguardados por otros sujetos más simples en la cantidad y en la determinación ¹².

Con lo cual estamos diciendo, pues, que nos adherimos a la explicación de Moisset de Espanés con relación al tema de la especialidad que, necesariamente debe respetar cualquier vinculación jurídica. Trátese ya del derecho civil, penal, del derecho administrativo, comercial, etc..

¹² Se ha sostenido que "La amplitud de la legitimación activa en materia ambiental deriva a) del derecho a disfrutar de un ambiente sano reconocido por el art. 41 de la Constitución Nacional a todos los habitantes y b) del uso del amparo para toda persona agraviada concretamente o por todo afectado, en un grado menor o potencial, presente o futuro, por el daño ambiental"...Corresponde al Ministerio Público y al Defensor del Pueblo la legitimidad para demandar protección contra el eventual daño ambiental en las generaciones futuras" (María Angélica GELLI, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, 2ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 366). La autora señala cómo también se han fijado determinadas competencias en esta materia, ora del orden nacional, ora provincial.

Lo esencial es que todos los elementos puedan amalgamarse en el vínculo jurídico que obliga al deudor a cumplir con su respectiva prestación -incluido el Estado- respecto de un preciso y “determinado” acreedor.

“a) *El llamado principio de especialidad es la expresión de los medios técnicos que deben emplearse para hacer efectiva la determinación de todos y cada uno de los elementos esenciales de una relación jurídica.*

*b) La determinación es una necesidad ontológica, pues si los elementos de la relación jurídica no puede identificarse adecuadamente, en última instancia no habrá relación jurídica”*¹³.

6. No queremos abundar en las citas del estudio del profesor Moisset de Espanés pues resultaría abusar de su pensamiento en el mundo del derecho.

Similar prudencia debemos adoptar con relación a la vasta gama de colores que tiñen el cielo jurídico. Cuya finalidad, desde antiguo, no es otra que establecer un respetuoso cuidado del derecho de “*dar a cada uno lo suyo*”

Este breve comentario en homenaje al maestro y amigo, resulta, finalmente, una mera indicación a los hombres que practicamos la aplicación de la ley en el caso concreto, la manera y la herramienta justa de cómo abreviar en reglas permanentes, prácticas, aconsejables en toda circunstancia en que se encuentren controvertidos los derechos de un ciudadano. Como nos ha enseñado el destinatario de este libro compuesto por artículos o breves notas de quienes aprendimos normas y reglas necesarias e imprescindibles para estudiar, dinamizar y aplicar el derecho según el caso concreto y las circunstancias lo exijan.

Creo en consecuencia, que este artículo tiene varios objetivos, a saber:

i) Fundamentalmente, acompañar cumplidamente el merecido homenaje brindado al docente, jurista, abogado y ex magistrado, que demasiados merecimientos nos obligan.

ii) Divulgar y aconsejar entres quienes necesitan en el campo del derecho, una guía precisa para estudiar y resolver el caso.

¹³ L. MOISSET DE ESPANÉS, ob. cit., p. 169.

iii) Reconocer la profundidad del pensamiento que campea en toda la obra de Luis Moisset de Espanés que transmite un brillante aporte a la ciencia jurídica y nuestra especial predilección por el trabajo que nos impulsó a seleccionar para este breve homenaje: *“El principio de la especialidad y la determinación de los elementos de la relación jurídica”*.

FRONTERAS ACTUALES DEL HECHO ILÍCITO Y RELECTURA DE LOS DIGESTOS

SANDRO SCHIPANI *

Sumario: 1. Los tres principales momentos en la formación del sistema en materia de hecho ilícito. 2. La maduración del principio general de responsabilidad extracontractual. 3. El rol dinámico del criterio de responsabilidad por culpa. Prever/proveer: la culpa como criterio de imputación y como instrumento de prevención para evitar los daños. La impericia se incluye en la culpa. Lo desconocido y la precaución. 4. Hipótesis de responsabilidad sin culpa. Otros instrumentos de prevención. 5. El necesario equilibrio entre “la culpa debe ser punida” y “el daño debe ser resarcido”. 6. No sólo daño a la persona, sino también ofensa a su dignidad: necesidad de un concurso acumulativo entre resarcimiento y condena en cuanto sea bueno y equitativo. 7. Distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual. 8. El deber de diligencia del perjudicado consigo mismo y de cooperar para contener el daño. 9. Conclusiones: releer los digestos, individualizar los principios, proponerlos.

1. Los tres principales momentos de la formación del sistema en materia de hecho ilícito

He enfrentado ya en diversas ocasiones el tema de la responsabilidad extracontractual ¹, haciendo también presente que el término-con-

*“Sapienza” Università di Roma.

¹ S. SCHIPANI, Una posible contribución de los elementos de origen romanístico a las exigencias actuales de la responsabilidad civil, in *Externado Rev. de la Universidad Externado de Colombia*, 2, 1985, 363 y ss.; S. SCHIPANI, El sistema romano de la responsabilidad extracontractual: el principio de la culpa y el método de la tipicidad, in *La responsabilidad. Homenaje H. Goldenberg*, Buenos Aires, 1995, 21 y ss.; S. SCHIPANI, Actio de effusis ac deiectis, y Actio de positis ac suspensis, in *Enciclopedia de la respon-*

cepto “responsabilidad” es moderno, pues emergió sólo a partir del mil setecientos ², flanqueando otras expresiones -tales como “estar obligado”, “daño”, “culpa”, “delito”/“hecho ilícito”- en la individuación sistemática de un conjunto de problemas que ha tenido momentos fundamentales de elaboración:

a) en la *lex Aquilia*, en cuya interpretación se desarrolló el principio general de la responsabilidad extracontractual;

b) en la sistematización por parte de Gayo de las fuentes de las obligaciones de contrato o de delito (Gai. 3,88; clasificación que será luego integrada ³, y que permanece a la base de nuestra organización sistemática de la materia), donde enumera al daño injustificado previsto en la ley *Aquilia* entre las fuentes de las obligaciones (Gai. 3,210 ss.), junto a otros “delitos”, entre los cuales aquel de “actos injustos contra la persona” (Gai. 3,220 ss.).

c) en el libro noveno de los *Digestos* de Justiniano, donde la hipótesis de daño prevista en la ley *Aquilia* flanquea otras: daño acarreado por animales (D.9,1); daño acarreado o lo lesión a la provocada por cosas

sabilidad civil, (ed. A.A. ALTERINI), Buenos Aires, 1996; S. SCHIPANI, Análisis de la culpa en J. 4,3, in *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Anibal Alterini*, Buenos Aires, 1997, 127 y ss.; S. SCHIPANI, Apuntes sobre el origen del término responsabilidad. (Aportes para una reflexión sobre problemas de la elaboración del concepto sistemático general designado por dicho término), in *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, 2/6, 2000, 135 y ss.; SCHIPANI, De la ley *Aquilia* a *Digesto* 9: Perspectivas sistemáticas del derecho romano y problemas de la responsabilidad extracontractual, in *Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda*, 2, Lima, 2009, 615 y ss. (= in *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, 12/13/07, 263 y ss.); S. SCHIPANI, Leer los *Digestos* de Justiniano, revisar el derecho: ejemplos de aportes al derecho hodierno que pueden derivar de la relectura de los *Digestos* en materia de responsabilidad extracontractual, in *Estudios Guzmán Brito*, Valparaíso Chile (in curso di stampa); S. SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri di imputazione e problema della culpa*, Torino, 1969; S. SCHIPANI, *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, Torino, 2009; S. SCHIPANI, *Rileggere i Digesti: contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, in *Fest. Knütel*, Heidelberg, 2009, 1071 y ss..

² S. SCHIPANI, Apuntes sobre el origen del término responsabilidad cit. (= en italiano in *Id.*, *Contributi romanistici al sistema cit.*, 11 y ss.)

³ Confr. D.44,7,1pr. que agrega al “contrato” y al “delito” las “varias causas de obligación”, y I.3,12,2 que agrega el estar obligado “como por contrato” o “como por delito”, expresiones de las cuales después derivaron aquellas de “cuasicontrato” y “cuasidelito”.

derramadas o caídas desde una casa, y peligro de daño o lesión que puede derivar de cosas situadas en lo alto de un edificio, u otro lugar elevado, del cual amenazan con caerse (D.9,3); delito cometido por personas que se encuentren bajo la potestad del padre de familia (D.9,4); libro en que, además, se organiza la materia de un modo atento a la configuración de una pluralidad de perspectivas ⁴.

En esta sede entiendo recapitular algunos aspectos principales que emergen de ese desarrollo y que considero sea importante tener presentes en relación a la delineación hodierna del problema, cuyos confines prefiero designar con la expresión “hecho ilícito”, por ser la más abierta (esta elección no pretende excluir los aspectos de sanción punitiva a la cual hago referencia *infra* § 6) ⁵.

2. La maduración del principio general de responsabilidad extracontractual

Después de algunas normas relativas a hipótesis en demasía restringidas, la responsabilidad extracontractual fue regulada en derecho romano a través de la ley Aquilia, en torno a la cual se desarrollaron las intervenciones del pretor y la actividad creadora de la ciencia jurídica.

La ley preveía algunas hipótesis típicas compuestas de cuatro elementos constitutivos: a) un evento de daño, constituido por la destrucción o deterioro material de una cosa; b) una conducta que materialmente

⁴ SCHIPANI, De la ley Aquilia a Digesto 9 cit. (= Id., Contributi romanistici al sistema cit., Torino, 131 y ss.)

⁵ Nótese que los códigos civiles, en el tratamiento de la materia de las obligaciones, han previsto partes relativas a las obligaciones que nacen de “acciones ilícitas” (así, el Código prusiano, ALR/1794, Parte I, Título 6; y, con expresiones similares, el BGB/1900, § 823-853; el Cc. argentino/1871, arts. 1066-1136), o de “hechos ilícitos” (así, Cc. italiano/1942, arts. 2043-2059), o de “delitos y cuasidelitos” (así, el Cc. francés/1804, arts. 1382-1386; el Cc. chileno/1857 arts. 2314-2334), y en ciertos casos han evidenciado el contenido “de indemnización y satisfacción” (ABGB/1811, § 1293-1341). Por último, han iniciado a usar la expresión “responsabilidad” civil/extracontractual (Cc. peruano/1984, arts. 1969-1988; Cc. paraguay/1987, arts. 1833-1871; Cc. cubano/1988, arts. 81-99; Cc. brasileño/2002, arts. 927-954).

produce tal evento con un contacto físico entre el autor y la cosa sobre la cual la conducta incide (una conducta semejante, con forma estrictamente vinculada, hacía irrelevante cualquier análisis del elemento subjetivo de la relación de causalidad); c) la violación del derecho de propiedad; d) la necesidad de la “injustificación” de tal violación, o sea la ausencia de causas de justificación.

Las intervenciones del pretor y la interpretación llevaron a una hipótesis más compleja y general, compuesta de siete elementos constitutivos:

a) el evento de daño, que incluye, además de la destrucción o el deterioro material de una cosa, la imposibilidad de usarla, o la necesidad de gastos particulares para usarla, y cualquier otra implicación patrimonial derivada de él, incluyendo, además, las implicancias patrimoniales conexas a un evento de deterioro material (herida, etc.) de una persona libre (gastos en curaciones, lucro cesante);

b) la conducta;

c) el dolo o la culpa, entendiendo ésta como “no haber proveído a aquello que la persona diligente habría podido proveer, o haber proveído demasiado tarde”⁶ (esta noción considera la “previsibilidad” del evento de daño y el consiguiente deber de evitarlo; ella puede ser también definida como la negligencia, la imprudencia, la impericia, la inobservancia de las normas y disciplinas que, en base a las circunstancias, deben ser observadas por quien actúa en tales circunstancias);

d) la capacidad del sujeto agente / imputabilidad;

e) la relación de causalidad;

f) la violación de un derecho ajeno, no sólo de propiedad, sino también de un usufructo, uso, servidumbre, prenda, pero también (en modo problemático) de crédito (locación) sobre la cosa dañada⁷, o del derecho a la integridad personal;

g) la ausencia de causas de justificación, siempre y cuando no excedan con dolo o culpa los límites de las mismas.

⁶ D.9,2,31.

⁷ S. SCHIPANI, *Leer los Digestos de Justiniano, revisar el derecho: ejemplos cit.*, par. 1. g. note 44-52.

En sustancia, en los Códigos de Justiniano se encuentra maduro el principio según el cual: cualquier conducta dolosa o culposa, injustificada, que cause un evento de destrucción o de deterioro, o la imposibilidad de uso o mayores costos para el uso de una cosa en relación a la cual otro tiene un derecho, o la muerte o la lesión de una persona, con daño patrimonial para otros, da origen a la obligación de pagar la pena privada consistente en una suma de dinero que constituye un resarcimiento ⁸ del daño patrimonial sufrido ⁹.

Este se transformaría luego en el principio general en la materia ¹⁰. En efecto, el origen de este principio no se encuentra en la elaboración de la Escuela del derecho natural del mil setecientos, sino que está arraigado en las fuentes romanas ¹¹.

3. El rol dinámico del criterio de responsabilidad por culpa. Prever/proveer: la culpa como criterio de imputación y como instrumento de prevención para evitar los daños. La impericia se incluye en la culpa. Lo desconocido y la precaución

Este principio general tiene un gran rol dinámico en el sistema, pues, gracias a su atipicidad, incluye y prevé la pena resarcitoria para cada situación nueva de daño que se presente.

El rol de la culpa, incluyendo el dolo, es fundamental. La definición de la misma dada en las fuentes es de gran valor: “culpa es no haber proveído a aquello que un hombre diligente habría podido proveer, o haber

⁸ Para ser más exactos, para el derecho romano se trata de una “pena” para la cual, empero, el objetivo resarcitorio surgió como prioritario respecto a aquel “penal-punitivo”.

⁹ Este principio se ha hecho propio en los Principios Generales del derecho civil chino de 1986, art. 106 inc. 2, y del último Proyecto de ley sobre la responsabilidad extracontractual, art. 7º inc. 1, Proyecto sucesivamente aprobado el 26/12/09.

¹⁰ S. SCHIPANI, Una posible contribución de los elementos de origen romanístico cit.; S. SCHIPANI, Análisis de la culpa cit. (=ID., Contributi romanistici al sistema cit., 58 ss.; 89 y ss.); S. SCHIPANI, Rileggere i Digesti: contributi romanistici al sistema cit., 1075.

¹¹ Confr. S. SCHIPANI, Una posible contribución de los elementos de origen romanístico cit.; (= ID., Contributi romanistici al sistema cit., 29 y ss.).

proveído ¹² cuando ya el peligro no podía evitarse” (D.9.2.31). En latín *provideo* significa tanto “prever”, como “proveer”. El “proveer” es consecuencia de una posibilidad de “prever”; empero, esta “previsión” no debe estar necesariamente presente en concreto en el sujeto que ejecuta la actividad, sino que es fruto de la experiencia acumulada en relación a las diversas circunstancias y que produce reglas de comportamiento propias para cada una, y que pueden ser más o menos especializadas en relación al tipo de actividad que se desarrolla, sea del hombre común o profesionalmente calificada. Una cosa es aquello a lo cual debe “proveer” el magistrado o el médico o el conductor de animales o aquel que transporta una carga, etc.: el deber de proveer y prever, el cúmulo de experiencias de cada uno son, y deben ser distintos, conforme a la profesión de cada uno. A la culpa así definida se adscribe la “negligencia”, cuando se trata de la inobservancia de competencias comunes; la “impericia”, cuando se trata de la inobservancia de las competencias profesionales específicas requeridas para la actividad que se ejecuta ¹³. La falta de competencias específicas, o incluso una incapacidad física, de por sí no reprochable, es adscrita a la “imprudencia”, y ésta es adscrita a la culpa, si es necesario poseer tales competencias o poseer una particular idoneidad física para realizar una cierta actividad emprendida voluntariamente, porque “nadie debe pretender hacer aquello en lo que o sabe, o debe saber, que su insuficiencia de fuerzas ha de ser peligrosa para otro” ¹⁴.

Sancionar la culpa poniéndola como criterio de imputación se insiere en una perspectiva de “prevención” del daño, porque lleva a un empeño continuo de diligencia, prudencia y pericia, a fin de no tener que resarcir daños.

Ciertamente, la eficacia de tal estímulo para la prevención, hoy en día está minada por los sistemas de aseguración y, en ciertos casos, por cálculos de costo-beneficio y de la posibilidad de “transferir” indirecta-

¹² El texto del jurista Quinto Mucio dice “haber avisado”, porque el ejemplo discutido se refiere a una persona que ejecuta un trabajo que puede ser peligroso para otros y el “proveer” al cual la persona está obligada consiste en un “avisar previamente” del peligro.

¹³ Confr. la referencia a la impericia del médico en D.1,18,6,7; D.9,2,7,9; para las demás actividades profesionales, en D.9,2,8,1.

¹⁴ D.9,2,8,1. Trad. García del Corral.

mente la carga del resarcimiento del daño sobre otros sujetos. Sobre ambos aspectos se puede operar con mecanismos que hacen más o menos onerosa la aseguración en relación a los daños resarcidos (*bonus-malus*), o a través del cálculos de la ventaja que tiene quien, no teniendo que resarcir daños, tiene menores costos; pero ambos constituyen mecanismos que no dan respuesta adecuada en relación al daño concreto, singularmente considerado. Por esto, la “prevención” debe hacer uso también de otros instrumentos que no quedan comprendidos en el cuadro de la “responsabilidad por daños”, pero, me parece, quedan igualmente comprendidos en el ámbito de las problemáticas civilistas relativas al hecho ilícito: aunque se intervenga frecuentemente con reglas de otros ámbitos del derecho¹⁵, el sistema incluye instrumentos propios del Derecho civil, y una ley sobre la materia debe contener también algunas normas generales relativas a ellos (*infra* sobre las acciones populares).

Como dije anteriormente, la culpa, a la cual se adscriben la negligencia, la imprudencia y la impericia, tiene al centro la previsibilidad, traducida en experiencia y deber de proveer sobre tal base; la pericia, la experiencia de sectores profesionales, el conocimiento de las cosas en sus diversos sectores produce conjuntos de reglas, que son absorbidos por el derecho, “reglamentos, disciplinas, órdenes”, que tienen como fundamento el ser una guía para evitar daños previsibles, y la “impericia se adscribe a la culpa”¹⁶.

A veces, además, en las fuentes romanas encontramos calificada como culpa la violación de reglamentos, disciplinas u órdenes, incluso si su fundamento no está en la previsibilidad del evento de daño¹⁷. Esta

¹⁵ La inobservancia de las reglas de prudencia, diligencia, pericia frecuentemente, si no es seguida de un daño, no es sancionada. Las consecuencias de los problemas ejemplificados (aseguración, conveniencia en base al cálculos de los costos/beneficios) pueden, por ejemplo, ser contrastadas sancionando (en vía administrativa o penal) directamente la inobservancia de tales reglas: muchas reglas sobre tránsito vehicular son reglas de prudencia y su infracción, si no produce daño, no conlleva consecuencias sancionadoras bajo el perfil del Derecho civil, empero, igualmente se ha considerado necesario asignar sanciones autónomas de carácter administrativo y/o penal. Lo mismo ocurre con muchas reglas relativas a la seguridad en el lugar de trabajo, etc..

¹⁶ Confr. D.50,17,132 y en general *supra*, n. 12.

¹⁷ Confr. I.4,3,4: mientras que la regla según la cual se puede ejercitar el lanzamiento de la jabalina sólo en un campo destinado a ello es una regla que tiene como

posibilidad de extender el concepto de culpa tiene como consecuencia que al concepto de culpa general, que se extiende naturalmente hacia las circunstancias y eventos que, de vez en vez, conforme a la experiencia se conozcan y cuyos desarrollos devienen previsibles e imponen el deber de proveer a fin de evitar daños, lo puedan flanquear situaciones típicamente descritas en reglas específicas. Esta conclusión puede encontrar aplicación en numerosos casos, mas indicaré sólo uno, que hoy en día está en el centro de nuestra atención.

En las fuentes, en relación a problemas diversos de aquél en examen, encontramos afirmaciones de carácter general asaz interesantes, es decir, que hay casos siempre nuevos, casos que no son susceptibles de ser conocidos con certeza ni siquiera por los más expertos¹⁸. Este límite de la experiencia y del conocimiento, de la pericia, es hoy agudamente percibido de frente a la aceleración en la producción de hechos nuevos a través de procesos tecnológicos innovadores y de frente a la falta de conocimiento y previsibilidad en relación a ellos. Ello incita a reflexionar sobre la necesidad de “precaución”. El término “precaución” nos retrotrae a una idea de “garantía”. Ha sido afirmada la regla según la cual, en ciertos ámbitos específicos (por ejemplo, con referencia al ambiente), no basta “proveer” para prevenir el hecho de daño previsible, sino que para proceder es necesario esperar hasta que haya una “garantía”, un conocimiento que garantice la inocuidad o permita medir la peligrosidad; es decir, que sea prevista la inocuidad, o la medida del peligro de daño del proceso causal que se pone en marcha¹⁹. Esta regla debe guiar la acción de la administración pública. Empero, la violación de reglas que hayan sido dictadas con este fin de precaución perfeccionaría la culpa entendida en la acepción, antes vista, de viola-

fundamento la previsibilidad y la prudencia, la regla según la cual en un campo destinado a ello se pueden ejercitar sólo los militares no tiene tal fundamento, y podemos considerarla una regla de policía según la cual quienes no sean militares no deben hacer ejercicio con las armas. Los ejemplos podrían ser muchísimos.

¹⁸ Confr. C.1,17,2,18 : “[...] la naturaleza se apresura a producir muchas formas nuevas” y D.22,6,2: “como quiera que el derecho pueda y deba ser definido, y la interpretación del hecho engañe las más de las veces aún a los más prudentes”. Trad. García del Corral.

¹⁹ Tratado Comunidad Europea, art. 174 n. 2.

ción de reglamentos, órdenes, disciplinas; por tanto, el principio general en examen resulta idóneo para incluir también esta problemática ²⁰. Empero, en relación a ella, el principio general tendría el límite de no tener aquella capacidad de extensión directa que, en cambio, tiene cuando se trata de violaciones del núcleo ligado a la previsibilidad.

4. Hipótesis de responsabilidad sin culpa. Otros instrumentos de prevención

En el derecho romano, junto al principio de la responsabilidad por culpa seguida de daño concurre una serie de otras hipótesis que permanecen típicas, y que se fundan en criterios de imputación diversos de aquel de la culpa ínsito en dicho principio. Algunas de ellas, como dije más arriba, fueron reunidas en el mismo libro de los Digestos, junto a la ley Aquilia, poniendo en evidencia la tensión entre las diversas visuales, y abriendo camino a los desarrollos interpretativos que han seguido direcciones opuestas, es decir, por un lado, está la línea de asimilar estas hipótesis al principio de la culpa, por el otro, aquella opuesta, y que considero más correcta en consideración a cuanto dicen las fuentes, de tener presente la pluralidad de criterios de imputación madurada a través de una larga experiencia y abierta a desarrollos que van incluso más allá de lo dispuesto. En efecto, otros criterios están ligados a la consideración de fundamentos específicos para cada especie, fundamentos que, precisamente, motivan el abandono del principio general. Así, la exigencia de

²⁰ E. DEL PRATO, Il principio di precauzione nel diritto privato: spunti, in Liber amicorum F. Busnelli, 1, Milano, 2008, 545 y ss..

Con referencia al ambiente: S. SCHIPANI, Rileggere i Digesti: contributi romanistici al sistema cit., 1084; A. DI PORTO, La tutela della salubritas fra editto e giurisprudenza, I, (Il ruolo di Labeone), Milano, 1990; A. DI PORTO, Interdetti popolari e tutela della res in usu publico. Linee di un'indagine, in Seminario Provera Torino 1991, Napoli, 1994; A. DI PORTO, La gestione dei rifiuti a Roma fra tarda Repubblica e primo Impero, in Scr. Serrao. Societas-Ius, Napoli, 1999; G. ACUÑA SOLORZANO, Los interdictos populares como instrumento de tutela de las *res in usu* público en el derecho romano y su influencia en las codificaciones latinoamericanas con atención a la tutela del ambiente, in Roma e America. Rivista di diritto romano comune, 25/2008, 53 y ss..

«seguridad» funda, en la hipótesis de las cosas versadas hacia abajo o caídas desde un piso superior de una casa en una calle, o lugar donde la gente pasa o se detiene, la adopción del criterio de imputación a aquel que habita la misma casa, independientemente de que haya o no tenido una conducta causante del evento (D.9,3). Esta exigencia de “seguridad” podría intervenir también en otras circunstancias y justificar también otras soluciones. Así, no es explicitada la exigencia que está a la base de la responsabilidad del propietario (no de quien lo usa) por el daño acarreado por el animal doméstico (D.9,2). Así, la confianza es la razón específica que está en la base de la responsabilidad del titular de la potestad por los hechos de las personas, hijos bajo potestad y siervos, que están bajo la potestad del mismo (D.9,4). A estas hipótesis, se puede todavía agregar aquella de la responsabilidad de los posaderos, comandantes de naves, etc., por el hecho ejecutado por sus colaboradores en daño de los viajeros, por los cuales no había culpa de ellos, y que emplea un criterio todavía diverso (D.4,9; D.47,5) ²¹.

Me parece esencial esta complementariedad entre las dos técnicas, o sea: adopción de un principio general (“la culpa, cuando produzca un daño, debe ser sancionada”); concurrencia junto a éste de hipótesis típicas que emplean diversos criterios de imputación, que, en consideración a las específicas exigencias que los fundan, derogan el requisito de la culpa, razón por la cual, en su conjunto, son denominados de responsabilidad objetiva.

Para las situaciones recordadas en último lugar, con respecto a las cuales no se pone el requisito de la culpa, es decir, en ausencia del rol de estímulo a la prevención del daño que el principio de la culpa desempeña, debe recordarse que se recurre a otros instrumentos de prevención. Es el caso, ejemplar, de las cosas situadas peligrosamente en una cornisa o cobertizo en la calle, o lugar donde la gente pasa o se detiene, cuya caída pueda acarrear daño a alguien. En este caso, se concede una acción popular contra aquellos que tienen tales cosas en dicha situación de peligro, quienes son condenados al pago de una suma de dinero en favor del actor. Este ejemplo nos demuestra la pluralidad de

²¹ S. SCHIPANI, *Actio de effusis ac deiectis*, y *Actio de positis ac suspensis cit.* (=Id., *Contributi cit.*, 103 ss.).

líneas a tener presentes en base al derecho romano para poner en práctica la exigencia de prevención del daño en el ámbito del derecho civil en materia de hechos ilícitos ²².

5. El necesario equilibrio entre “la culpa debe ser punida” y “el daño debe ser resarcido”

Por tanto, considero que se deba, además, destacar que el sistema no puede centrarse en un sólo polo: el daño, o la culpa, como si estuvieran en oposición el uno con el otro: del Derecho romano emerge un equilibrio entre ambos. Centrar todo el sistema en el principio según el cual la responsabilidad está dirigida a punir la culpa del autor del daño dejaría insatisfechas algunas exigencias específicas indicadas últimamente ²³. Pero también la afirmación opuesta, según la cual el daño debe ser resarcido, siempre y en todo caso, es decir, que todos los daños deben ser resarcidos ²⁴, no parece una vía a seguir. Ello no sólo porque un sistema fundado sobre responsabilidad y patrimonios personales no puede soportarlo, y se debería recurrir a un sistema de aseguración obligatoria para cada tipo de daño, que socializara las consecuencias con costos elevadísimos; mas también porque el sistema relativo al hecho ilícito no tiene como fin exclusivo el resarcimiento, sino además, como dije (*supra*), la prevención del daño y el criterio de la culpa, el deber de diligencia pareciera ser que ofrece un apoyo en el ámbito de la medida humana del derecho, que considero sea todavía central, no obstante los límites relativos (*supra*). En ausencia de tal mecanismo, que sanciona con el deber de resarcimiento las violaciones del deber de diligencia, vemos que es necesario intervenir con otros instrumentos sancionadores o inhibidores de amplio ejercicio popular dirigido a desarrollar un control social preventivo que no debe considerarse como monopolio del Estado y del derecho administrativo o

²² S. SCHIPANI, De la ley Aquilia a Digesto 9 cit..

²³ Esta era la tendencia emergida de la Escuela del derecho natural y prevaleciente en consideración al Cc.fr./1804.

²⁴ Esta es una tendencia hoy en día prevaleciente en nombre del principio de solidaridad.

público. Empero, la base del sistema está orientada a balancear las dos tendencias, y el correcto punto de equilibrio puede variar en base a muchos factores propios de cada ordenamiento.

6. No sólo daño a la persona, sino también ofensa a su dignidad: necesidad de un concurso acumulativo entre resarcimiento y condena en cuanto sea bueno y equitativo

Otro punto relevante en esta problemática es el relativo a los daños y a los actos injustos contra la persona. Estos son normalmente encuadrados bajos dos aspectos, aquel del daño, y aquel del llamado “daño moral”. El derecho romano admitía la esclavitud, y por ende elaboró criterios diversos para los libres y para los esclavos, pero igualmente, haciendo nosotros ahora referencia solamente a las personas libres, el derecho romano nos ofrece indicaciones sobre las cuales reflexionar. Él maduró una doble perspectiva: aquella según la cual la persona puede sufrir un daño patrimonial, sindicado principalmente en los gastos médicos, en la ganancia frustrada y en la eventual permanente reducción de la posibilidad de ganancia; y aquella según la cual el acto injusto contra la persona no puede ser objeto de valoración patrimonial, empero, de él puede surgir una obligación en favor del ofendido no para resarcirlo por un daño, sino para el pago de una suma de dinero indicada en base a aquello que sea “bueno y equitativo”, o por un suma fija de dinero, como “pena” por la ofensa objetiva a la dignidad de la persona ²⁵.

Esta perspectiva se chocaría con el principio en base al cual nuestro Derecho civil regula las relaciones entre ciudadanos como privados y no puede tener funciones “punitivas”, sino sólo de “reparación” de los daños, mientras que el monopolio en la irrogación de “penas” corresponde al Estado que organiza a tal fin un tipo de proceso que tiene garantías específicas.

Empero, es propia del Derecho civil la tutela de bienes, como los derechos de la personalidad, que no son esencialmente patrimoniales, no

²⁵ S. SCHIPANI, Leer los Digestos de Justiniano, revisar el derecho: ejemplos cit., par. 3.B.

obstante la obligación que nazca sea, por su esencia obligación civil, siempre susceptible de ser conducida a una valoración patrimonial. Por tanto, es necesario salir de algunos esquemas que tiendan a reducir el derecho civil a derecho exclusivamente patrimonial, y reconocer que algunos actos de ofensa a la dignidad de la persona no pueden ser encuadrados en base a criterios de repartición de los daños, sino que deben ser tomados en consideración según su naturaleza con criterios adecuados a ésta (por ejemplo, precisamente, aquello que sea “bueno y equitativo”), incluso en el caso en que la obligación no pueda consistir sino en el pago de una suma de dinero, o, para el caso en que consista en otro tipo de conducta, ante el incumplimiento deba necesariamente ser valorada en dinero.

7. Distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual

La distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual constituye otro punto clave de la organización romana de la materia, no obstante la relectura *iusnaturalistica* tienda a superarla, y no obstante haya habido, y continúe a haber, una comunicación entre los conjuntos de normas ²⁶.

8. El deber de diligencia del perjudicado consigo mismo y de cooperar para contener el daño

En esta sede, quisiera retomar la lectura de los Digestos, a partir de un texto asaz simple, pero que considero merezca nuevas meditaciones.

D.9, 2, 52pr. ALFENUS, *libro secundo Digestorum*. “Si ex plagis servus mortuus esset neque id medici inscientia aut domini neglegentia accidisset, recte de iniuria occiso eo agitar”.

D.9, 2, 52pr. ALFENO, *Digesto*, libro II. “Si un siervo hubiese muerto de las heridas, y esto no hubiese sucedido por ignorancia del médico, o

²⁶ S. SCHIPANI, *Rileggere i Digesti: contributi romanistici al sistema cit.*, 1082 y ss..

por negligencia del dueño, debidamente se reclama porque ‘el siervo’ fue matado injustamente”²⁷.

En este ejemplo, nos encontramos delante a una conducta que produce directamente algunas heridas, seguidas, después de un cierto tiempo, de la muerte del siervo herido.

En este caso, a diferencia de otros en los cuales la conducta produce inmediatamente el evento por el cual se entabla la acción, la intervención de un lapso de tiempo entre la conducta y el evento muerte hace necesario profundizar la problemática, que el mismo Alfeno califica como “la solución jurídica se encuentra en la causa”²⁸: es decir, se trata de individualizar ¿cuál es la causa del evento muerte?, o sea, si las heridas continúan a ser la causa del evento muerte.

Si la causa de la muerte está en las heridas, se accionará “porque ‘el siervo’ fue muerto injustamente”; diversamente, se accionará sólo porque el siervo fue injustamente herido. Ahora bien, si se hubiese accionado primero por las heridas, pero sucesivamente, en consecuencia de las mismas, el siervo hubiera muerto, tenemos otro texto que nos aclara que se puede accionar nuevamente, por la muerte; pero en la condena del segundo juicio será descontado cuanto haya sido ya pagado en virtud de la condena del primero²⁹.

Sin embargo, en esa secuencia simple de los hechos se pueden insertar algunas variantes, que precisamente el ejemplo pone en evidencia: la incompetencia del médico o la negligencia del amo; es decir, se puede producir la interferencia de otros factores causales.

Nótese que, en este ejemplo, no nos encontramos de frente a una pluralidad de factores causales que concurren contemporáneamente, como sucede en otros ejemplos también discutidos por los juristas (como el ejemplo, siempre de Alfeno, del carro tirado por mulas en una vía pendiente³⁰, o aquel referido por Ulpiano de varias personas que hieren con-

²⁷ En esta traducción me alejo de la versión de García del Corral, corrientemente utilizada, toda vez que ésta emplea la expresión “acción de injuria” que, dado su preciso valor semántico-jurídico, resulta inexacta en el contexto de este pasaje [N.d.T].

²⁸ D.9, 2, 52, 2.

²⁹ D.9, 2, 46-47.

³⁰ D. 9, 2, 52, 2 cit..

temporáneamente al siervo ³¹), ni tampoco se puntualiza, como en textos posteriores, que la herida es “mortal” ³². En este ejemplo, de Alfenio tenemos una causa sobre cuyos primeros efectos pueden intervenir sucesivamente otras causas.

Nótese, además, que en otros textos se examinan situaciones similares, en las cuales, mientras el siervo está herido, sobreviene una herida que lo lleva a la muerte antes que se concrete el éxito de la primera herida, o sobreviene un naufragio o un derrumbe ³³. Como dije, se trata de ejemplos similares, mas no iguales, porque en ellos los factores causales sobrevinientes son factores causales presentados como distintos y autónomos respecto de la primera herida: el naufragio o el derrumbe, es decir, intervienen después, pero no a causa de la primera herida, lo mismo sucede con la segunda herida por parte de uno que mate definitivamente al siervo. A la eventual observación que, si el siervo no hubiera estado herido, quizás habría podido sobrevivir, se podría contestar con el parecer de Labeón que destaca que se responde por aquello que efectivamente se provoca porque “una conducta suele ser mortal para uno, y no mortal para otro” ³⁴. Además, para el caso en que la primera herida fuera «mortal», los juristas disentían en cuanto a la relevancia factor causal sobreve-

³¹ D. 9, 2,11,2. La concurrencia de concausas contemporáneas la encontramos también, por ejemplo, en D. 9, 2, 11pr.; D. 9, 2, 11, 4 e D. 9, 2, 51, 2 parte final. En estos podemos ver que se trata de individuar cuál es la “única” causa que ha producido el evento, aquella determinante; a fin de individuar tal causa, el carácter reprochable de la conducta desempeña un rol importante. Si no se puede individuar tal causa, todas lo son igualmente, con la consecuencia que, si entre ellas está la conducta de la víctima todos los demás sujetos son exonerados de responsabilidad. Se debe tener presente que, en relación a la pluralidad de factores causales concurrentes contemporáneamente, los juristas romanos no admitieron la repartición de la responsabilidad en cuotas porcentuales, sino que siguieron la idea en base a la cual la causa es una, y a ella es conducido en modo total el evento (todo o nada). La repartición es introducida por Ch. Wolff, jurista de la Escuela del derecho natural (confr. R. ZIMMERMANN, *The Law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, South Africa-Boston, 1992, 1010).

³² En cambio a herida “mortal” se hace referencia en D. 9,2,11,2; D. 9,2,15,1; D. 9,2,21,1; D. 9,2,51pr., sobre los cuales infra; nótese que, en cambio, en un texto posterior, Paulo (D.9.2.30.4), en cual el parecer de Alfenio resulta ya consolidado, se hace referencia a herida “no mortal”

³³ D. 9, 2, 11, 3; D. 9, 2, 15, 1; D. 9, 2, 51pr.

³⁴ D. 9, 2,7, 6.

nido; así, algunos consideraban que sólo al segundo factor causal, que había determinado efectivamente la muerte, se debía atribuir el evento muerte, mientras que el autor de la primera herida debía responder sólo por la herida; otros, en cambio, consideraban que también el autor de la primera herida debía responder por la muerte ³⁵.

En cambio, en el ejemplo en examen los factores causales que intervienen sucesivamente a las heridas son consecuencias de éstas.

En efecto, la intervención del médico, no se habría verificado si el siervo no hubiese estado herido. Pero la intervención de un médico se inserta siempre en procesos causales que ya conllevan el deterioro de la integridad física de la persona sobre la cual se realiza la intervención. El médico, interviniendo, debe ser competente, debe ser perito: en efecto, una persona «no debe tratar de hacer aquello que entiende, o debe entender» que su impericia será peligrosa para los demás; su incompetencia, su impericia puede poner en acto un nuevo proceso causal o no interrumpir aquel que debía ser interrumpido. La conducta del médico incompetente es reprochable, se incluye en la culpa, viola el general deber de diligencia en la propia actuación, en su específica cualificación y deviene la causa del evento muerte del cual él deberá entonces responder. En todo caso, la conducta del médico se insiere como una intervención voluntaria del mismo; a veces, ella es incluso objeto de un contrato y se presenta el problema de la relación entre las dos responsabilidades ³⁶.

También la conducta del propietario, es decir el perjudicado, puede constituir un factor causal y el texto pone en evidencia que la muerte podría depender de una negligencia suya, que podría consistir precisamente en no haber llamado al médico ³⁷. El punto merece una atención específica, porque la conducta del perjudicado no es como aquella del

³⁵ D. 9, 2, 51pr.; D. 9,2,11,3 ; D. 9, 2, 15, 1.

³⁶ D. 9, 2, 7, 8.

³⁷ En D. 21,1,31,12, con referencia al perecimiento de un siervo vendido, cuyo riesgo y peligro corresponde al comprador si no hay culpa del vendedor, se puntualiza que el siervo ha muerto por culpa del vendedor si, por ejemplo, él «no ha hecho uso de un médico para sanar» al siervo vendido. Empero, en este caso, hay una obligación del vendedor que el mismo debe cumplir, y nos encontramos en el ámbito de la responsabilidad contractual antes del cumplimiento por parte del obligado.

médico que interviene voluntariamente sobre el proceso causal en acto, sino que se configura como no activarse para contener, para limitar el daño, en circunstancias que, en seguida de las heridas inferidas al siervo, tal actividad habría sido debida; mas tal deber no surge por la voluntad de aquel que resulta obligado. En otras palabras, las heridas del siervo dan origen a un deber del perjudicado de activarse para curarlas a fin de evitar el evento muerte, o, en todo caso, a fin de reducir la gravedad de las mismas. Bajo el aspecto de la relación de causalidad naturalísticamente entendida, de hecho, la inactividad del perjudicado no podría incumbir diversamente de cuanto lo hacen las demás circunstancias presentes; ella incumbe sólo desde una perspectiva jurídica en la cual es calificada como reprochable, es decir, como violación de un deber y, por tanto, en cuanto hay un deber de actuar diversamente, de cooperar con el agente para reducir el daño, o, más genéricamente, de actuar diligentemente en relación a sí mismo ³⁸. Los gastos en cuidados médicos son, por tanto, resarcibles ³⁹ precisamente porque el perjudicado con las heridas está obligado a sufragar tales gastos ⁴⁰.

Esta problemática tiene también desarrollos asaz interesantes y extendidos en el ámbito de la responsabilidad contractual, que aquí evidentemente omito, y que, en Italia, antes que el legislador dictara una norma en materia (Ccit./1942, art. 1227 inc. 2 ⁴¹), habían sido afrontados y resueltos sobre la base del Derecho romano. La doctrina hizo referencia a D.19,1,21,3, y a otros numerosos textos, y la Casación, también ésta con referencia a la compraventa, interpretó la facultad reconocida al comprador en el *Codice di commercio*/1882 art. 68 inc. 3 de proveer en lugar y por cuenta del vendedor como un deber de no permanecer inerte, afirmando la existencia de un principio de deber de

³⁸ Sobre el tema, está produciendo una válida contribución la doctoranda de la Università di Roma “Tor Vergata”: L. San Martín Neira.

³⁹ Al resarcimiento de los gastos en cuidados médicos se refiere D. 9,2,7pr.

⁴⁰ Merece ser profundizado el tema de la extensión de los deberes del perjudicado en la diligencia hacia sí mismo. Un ámbito delicado a indagar es aquel del estado de necesidad, es decir, si uno tiene la facultad (D. 47,9,3,7) o el deber de intervenir para evitar un daño a sí mismo incluso con daño para otros.

⁴¹ Art. 1227 inc. 2: “Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l’ordinaria diligenza”.

cooperación dirigido a reducir el daño, y afirmando que la raíz de tal deber está en la buena fe. Empero, pareciera que el fundamento de tal deber puede, de modo general, o sea tanto para el ámbito contractual como extracontractual, estar enraizado en un general deber de diligencia que concierne a todos los hombres en sus relaciones con los demás, con una lectura muchos más acorde a la aplicabilidad tanto del principio, como del citado artículo de ley que lo ha codificado tanto en uno como en el otro ámbito de la responsabilidad civil ⁴².

9. Conclusiones: releer los digestos, individuar los principios, proponerlos

Concluyendo, quisiera realizar una sintética observación de método sobre el uso derecho romano.

La doctrina no sólo prepara los códigos, sino que puede prepararlos porque, en nuestro sistema, tiene el soporte de los principios de aquél.

Releer los digestos lleva a una reflexión crítica para enuclear principios madurados en la edad de la formación del Sistema y consolidados en los códigos de Justiniano, y también puede llevar a la individuación de nuevos o diversos desarrollos de los mismos. Estos principios son sometidos al confronto con los códigos actuales y las perspectivas más recientes presentes en el Sistema, y, eventualmente, fuera del Sistema, para buscar la solución «mejor y más equitativa», como indica Justiniano.

⁴² En efecto, el art. 1227 es traído a colación en materia de hechos ilícitos por el art. 2056, inc. 1.

Un artículo similar al 1227 inc. 2 se encuentra en la ley china sobre los contratos. En efecto, art. 119 recita: “Después que una parte resulta incumplida, la otra debe adoptar las medidas idóneas para evitar la agravación del daño. En caso que a causa de la falta de adopción de medidas idóneas, el daño sea agravado, no es posible solicitar el resarcimiento por las ulteriores pérdidas sufridas”. Se presenta entonces la cuestión si la aplicabilidad del principio, consagrado en tal artículo para la responsabilidad por incumplimiento de la obligación, se extiende o no a la responsabilidad extracontractual, y a favor de tal extensión cobran valor las consideraciones sobre el texto de Alfeno y sobre el rol de los principios.

Por tanto, releer los Digestos sirve también para guiar la lectura de las leyes existentes y, si es necesario, integrarlas. En este sentido resulta ejemplar el principio al que he aludido por último: el Cc.it./1865, sobre la huella del Cc.fr./1804, había callado sobre un principio que había sido elaborado en la edad de la formación del Sistema, y que fue redescubierto por la doctrina; ello lleva a una utilización directa del mismo por parte de los tribunales y, más tarde, lleva a formular un artículo nuevo que, inserto en el Cc.it./1942, es leído y releído siempre a la luz de los principios, que lo inspiraron y que pueden ayudar a extraer de él contribuciones nuevas. Pero también la relectura de la hipótesis de las cosas derramadas o caídas desde un piso elevado de un edificio (D.9,3), dejada de lado en muchos códigos, pero conservada en otros, ofrece un esquema útil para la tutela de la “seguridad”. O, como lo referido en relación a las ofensas a la integridad y dignidad de la persona, la reflexión sobre los actos injustos contra ésta (*iniuria*) merece ser renovada ⁴³.

Las fronteras de la renovación: del rol de la culpa como instrumento de prevención del daño incorporado en el principio general; de la individuación de los límites de la pericia y de las exigencias de precaución; de la individuación de ámbitos en los cuales razones importantes fundan el

⁴³ [La ley de la RPC, aprobada el 26/12/09, solicita ulteriores reflexiones: elaborada como una ley autónoma, aunque destinada a formar parte de un futuro Cc., ella no nace al interno de la sistemática de los Cc., de las Instituciones de Gayo (Gai. 3,88 ss.), de Justiniano (J.3,13), que asumen como macro-categoría ordenadora aquella de las “obligaciones”, e insieren el “delito”/ “hecho ilícito” en el tratamiento de las fuentes de las obligaciones. En efecto, ella considera el hecho ilícito como macro-categoría ordenadora, y regula todas las implicaciones jurídicas que él produce, previendo no sólo la “responsabilidad” (zeren), sino, en primer lugar, la interrupción de la actividad lesiva, para la cual, evidentemente, no se requiere ningún presupuesto de culpa del autor del hecho mismo; me parece que los Principios Generales del derecho civil de la RPC de 1986, encuadran la materia con directa referencia a la responsabilidad civil (minsi zeren) poniendo en un primer plano el principio de la culpa, art. 106, inc. 2, aunque el art. 134 n. 1 indicaba además la interrupción de la actividad lesiva). La ley, en todo caso, en relación al efecto del surgimiento de una obligación de resarcir, afirma el principio general de la “culpa” (cfr. art. 7 inc. 1, como ya los Principios Generales del derecho civil, art. 106 cit.); tal principio es, a veces, atenuado, a veces, derogado en relación a la configuración de hipótesis típicas, directamente previstas en la ley, o que pueden ser previstas en otras leyes. No es esta la sede para realizar ulteriores observaciones (alguna referencia, sobre el Proyecto, que ha permanecido invariado, en Leer los Digestos de Justiniano, revisar el derecho: ejemplis cit.).

abandono del principio de la culpa y la adopción de criterios diversos de responsabilidad; de otros instrumentos civilistas de prevención, como las acciones populares; de la valoración del daño y de las ofensas a la integridad y dignidad de la persona con un concurso acumulativo entre resarcimiento y condena en aquello que sea bueno y equitativo; del correcto equilibrio entre “la culpa debe ser punida” y “el daño debe ser resarcido”; de la conservación de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual; y, por último, del deber de diligencia del perjudicado hacia sí mismo y de cooperación para contener el daño, me parecen problemas para los cuales la relectura de los Digestos nos permite dialogar en la búsqueda de las soluciones mejores para ofrecer a todo el sistema.

[Trad. LILIAN DE SAN MARTIN N.]

CLÁUSULAS ABUSIVAS. UNA LESIÓN PRESUMIDA POR LA LEY 24.240

MARÍA LAURA ESTIGARRIBIA BIEBER *

A pesar de haber sufrido una enfermedad que nos impidiera trabajar por largo tiempo, hemos querido estar presentes en este tan merecido homenaje al Maestro Luis Moisset de Espanés, a quien considero un Jurista que ha marcado rumbos en el Derecho Argentino y en otros; con sus análisis medulares y su amplio conocimiento del derecho comparado, que me honra con su amistad

Ha trascendido las fronteras, tanto hacia Europa como a América Latina, siendo distinguido numerosas veces por Universidades y Academias de Derecho. En nuestro país, ha ocupado los máximos cargos en la administración de Justicia, en la Universidad Nacional y en su querida Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Más allá de sus notables antecedentes, queremos destacar que es un ser humano de excepcional bonhomía y probidad; afable, atento y con un profundo compromiso con el ejercicio de la docencia, que pone de relieve su espíritu generoso.

Este breve aporte partirá de uno de los temas en que el Prof. Moisset de Espanés invirtió mucho esfuerzo y dedicación -de hecho, sobre éste ha versado su tesis doctoral- y en el que siempre ha sido un referente: la lesión. Ahora bien, la tomaremos como punto de partida para estudiar su

* Doctora en Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional del Nordeste, Argentina. Profesora titular, por concurso y directora del Departamento de Derecho en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional del Nordeste. Miembro correspondiente y directora del Instituto Nordeste de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

proyección en la sanción a las cláusulas abusivas, prevista en la ley argentina de Defensa del Consumidor, N° 24.240.

El Código Civil, luego de la reforma introducida por la ley 17.711, contempla el instituto en su art. 954, que dice al respecto: “*También podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones...*”

Cabe recordar la etimología del término, “[d]el latín *laesio - onis*, cualquier daño, perjuicio o detrimento”¹. Al respecto, Rivera sostiene que “[e]l concepto amplio de lesión, es decir el que incluye sus diversos tipos, puede expresarse diciendo que es el daño en un contrato a título oneroso que deriva del hecho de no recibir el equivalente de lo que se da”².

Por su parte, la ley 24.240, prevé la existencia de cláusulas abusivas y su consecuente sanción en el art. 37, al expresar: “*Interpretación. Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa*”.

En la aplicación de esta norma “[l]os tribunales han dicho que debe tratarse de una ventaja patrimonial que excede toda medida de lo que habitualmente ocurre en los negocios, que no tiene relación con las osci-

¹ José de Jesús LÓPEZ MONROY, “Lesión”, en *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007, t. VII, p. 65, Universidad Nacional Autónoma de México.

² Julio César RIVERA, *Instituciones de derecho civil. Parte General*, reimpr., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, t. II, p. 823.

laciones del mercado, con las contingencias ordinarias de las transacciones, y que cobra un volumen que inquieta a cualquier observador desprevenido; que la notable desproporción debe entenderse como grosero desequilibrio entre las prestaciones, suficiente para revelar la absurda explotación a que se refiere la ley; debe ser tan chocante que hiera los sentimientos de moralidad y equidad de que se nutre la norma”³.

Resulta interesante la postura que sostiene que “[I]a reforma de 1968 introdujo una modificación sustancial en el art. 954 del Código Civil, que a los efectos que estamos analizando importan desde un doble aspecto, el uno concerniente a lo ‘económico’, y el otro a lo ‘cultural’⁴... En cuanto al acápite cultural, se admite -ante principios regidos en contrario que poseía el Código Civil de Vélez Sársfield- que los sujetos de derecho (de existencia física) pueden no estar preparados todos de igual forma para emprender negocios jurídicos, de ahí la mención de los “necesitados” (aquellos que enfrentan el negocio con carencias), el ‘ligero’ (no negligente, sino que alude a situaciones patológicas y fronterizas, como la demencia o inhabilidad) y el ‘inexperto’ (aquel que no está preparado para un determinado métier en desigualdad con el experto)... En suma, el precepto responde a toda la filosofía de la reforma, consustanciando el negocio jurídico con la realidad, lo que no debemos perder de vista como principio general”⁵.

Es dable poner de resalto que “[e]n la actualidad, la legislación comparada, siguiendo uno u otro criterio (objetivo o subjetivo), decididamente acepta la lesión. Algunos códigos que lo hacen son los siguientes: 1) Los códigos civiles francés (arts. 1674 y 1683), chileno (art. 1889), y boliviano (art. 561, inc. II), que adoptan la modalidad objetiva basándola en la desproporción de valores. 2) Los códigos alemán (art. 138); suizo de las obligaciones (art. 21); portugués de 1967 (art. 282); peruano de 1984 (art. 1447); quebequés de 1992 (arts. 1405 y 1406); del Distrito Federal mejicano (art. 17) que consagran la modalidad subjetiva. 3) El Código Civil

³ Cámara 1ª C. y C. Bahía Blanca, 25/4/74, E.D. 57-449, citado por Julio César RIVERA, ob. cit., ps. 839/840.

⁴ Carlos Alberto GHERSI, *Contratos civiles y comerciales*, 6ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2006, p. 55.

⁵ Carlos Alberto GHERSI, ob. cit., p. 56.

italiano de 1941 (art. 1448), que adopta la modalidad mixta que requiere la concurrencia de elementos objetivos y los subjetivos. Nuestro art. 954 sigue ese criterio. 4) El Código Civil austríaco (art. 819), consagra alternativamente uno u otro criterio (objetivo-subjetivo). 5) La lesión como correctiva del abuso y la injusticia es también reconocida por los códigos ruso, chino, japonés, libanés, polaco, paraguayo, etcétera”⁶.

También el moderno Código Civil brasileño, de 2002, la acoge en su art. 157, que reza: “*Ocorre la lesión cuando una persona, con apremiante necesidad, o por inexperiencia, se obliga a una prestación manifiestamente desproporcionada con el valor de la prestación opuesta*”⁷.

Puede observarse que en esta norma se ha tomado como centro a la víctima de la lesión, considerándose sólo dos elementos: la existencia de alguna circunstancia que la ponga en una situación de debilidad jurídica ante el otro contratante y el hecho objetivo de la desproporción manifiesta. Omite hacer referencia a factores subjetivos atinentes a la contraparte del negocio.

Evidentemente, esta postura responde a la filosofía que trasunta dicho cuerpo legal, de poner a la persona humana como centro de atención, en especial a aquella que reviste el carácter de débil por cualquier circunstancia, plasmado ya anteriormente en su Código del Consumidor con quién, al decir de Claudia Lima Márques, mantiene un “permanente diálogo de fuentes”. A este respecto, explica la distinguida jurista brasileña que “el uso de la expresión del maestro -refiriéndose a Erik Jayme-, ‘Diálogo de fuentes’, es una tentativa de expresar la necesidad de una aplicación coherente de las leyes de derecho privado, coexistentes en el sistema”⁸.

El Proyecto argentino de Unificación Civil y Comercial de 1998, trata el tema en el acápite correspondiente a “los vicios de la voluntad y de

⁶ Eduardo L. GREGORINI CLUSELLAS, *Derecho de los contratos*, t. 1, Parte general, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, p. 527.

⁷ La traducción nos pertenece.

⁸ Claudia LIMA MÁRQUES, “Diálogo de las fuentes”, en: Benjamín, Antônio Herman, Lima Márques, Claudia y Roscoe Bessa, Leonardo. *Manual de derecho del consumidor*, San Pablo, Editora Revista dos tribunais, 2008.p. 87 (la traducción es propia).

los actos jurídicos”⁹; en su art. 327, “recoge las ideas más modernas y agrega a la explotación de la necesidad, la inexperiencia y la ligereza, la explotación de la ‘condición económica, social o cultural que condujo a la incomprensión del alcance de las obligaciones’, ‘la avanzada edad’, ‘el sometimiento de la otra a su poder resultante de la autoridad que ejerce sobre ella o de una relación de confianza’ y el haber sido ‘sorprendido por la otra parte’. En la realidad negocial moderna, debe asignársele a la sorpresa un papel relevante, habida cuenta de que es un modo empleado con frecuencia por la parte fuerte para quebrar la plena voluntad jurídica de su cocontratante débil; muchas veces es usada por el proveedor en las relaciones de consumo”¹⁰.

Ahora bien, ya en 1983, el Dr. Moisset de Espanés planteaba que “Uno de los problemas más serios con que se enfrenta el legislador al dar forma a las normas destinadas a combatir los aprovechamientos lesivos, y optar por las modernas fórmulas que conjugan elementos subjetivos que se suman a la desproporción de las prestaciones, es determinar con precisión en qué casos la situación de la víctima configura realmente una inferioridad digna de protección jurídica”¹¹.

Dicha problemática, en cambio, no resulta tan trascendente en el caso del Derecho del Consumidor, puesto que éste se maneja con criterio de tipicidad, al estar concebido en base a un standard, y en virtud de cuestiones que afectan a un “individuo medio” de ese colectivo. En este entendimiento y tomando en cuenta que la sola existencia de la masificación de la producción y consecuente standarización de los contratos pone de manifiesto una notable asimetría en las negociaciones entre proveedor y consumidor, surge palmariamente la existencia de una debilidad estructural para este último, digno de la señalada protección jurídica.

⁹ En los fundamentos del Proyecto de 1998 se expresa: “Un capítulo aparte merece el tratamiento de la lesión, que si bien aparece en principio como un vicio propio de los contratos, se conserva en el tratamiento general de los actos jurídicos siguiendo en ello el criterio de la reforma de 1968 y atendiendo a que cierta doctrina considera posible su aplicación en actos no contractuales”.

¹⁰ Atilio Aníbal ALTERINI, *Contratos*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, p. 346.

¹¹ Luis MOISSET DE ESPANÉS, “¿Aprovechamiento lesivo de la inexperiencia o acción dolosa?”, L.L.C. 1983, N° 1, p. 23.

Ante este panorama, cabrían dos soluciones: “[o] el orden jurídico se conforma con dejar actuar a los interesados, mientras sus convenciones sean la obra de voluntades aparentemente libres; o, por el contrario, el derecho se considera obligado a ordenar a cada uno la línea de conducta que debe seguir y reprime todos los ataques contra la regla moral superior que domina las relaciones de los hombres...”¹².

Consideramos que corresponde que el Estado -en ejercicio del “orden público económico”¹³ de protección¹⁴- proceda, mediante el derecho y sus operadores, a cumplir la obligación indelegable de proteger al débil, a los fines de permitir recuperar el equilibrio del sinalagma.

“La lesión es un instituto que en el derecho moderno expresa las características de la proyección actual del contrato y su aceptación puede considerarse generalizada, diremos casi pacíficamente. Está asociada con la vigorización y creciente presencia del orden público, la relativización de la autonomía de la voluntad, la progresiva relevancia de la equidad en la realidad negocial, así como el rol acrecido del juez para corregir con su intervención vicios del contrato”¹⁵.

Existen varios factores que aportan a la asimetría entre estos sujetos; así, la calidad de experto del proveedor con referencia al producto o servicio que pone en el mercado, frente a un consumidor que a ese respecto es un profano, un inexperto.

Con respecto a este aspecto, pero refiriéndose a la lesión, nuestro homenajeado opinaba, en 1983: “Entre las situaciones protegidas una de las que se encuentra con más frecuencia... es la ‘inexperiencia’... El

¹² E. DEMONTÉS, *De la lésion dans les contrats entre majueurs*, París, 1924, p. 11, citado por Luis MOISSET DE ESPANÉS, *La lesión en los actos jurídicos*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, Dirección General de Publicaciones, 1979, p. 16.

¹³ Citando al profesor De Castro, se ha sostenido que “[e]l orden público económico se exterioriza en mandatos legales imperativos; su finalidad sería obtener el cumplimiento de la ordenación económica prevista y tendría una eficacia positiva: imponer haceres para establecer la prevista ordenación económica” (María Paz SÁNCHEZ GONZÁLES, *Bases de las obligaciones contractuales en la Constitución. Artículo 149.1.8ª*, Madrid, Trivium, Madrid, 1992, p. 62).

¹⁴ Ricardo Luis LORENZETTI, *Consumidores*, 2ª ed., Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 27.

¹⁵ Eduardo L. GREGORINI CLUSELLAS, ob. cit., p. 525.

legislador ha procurado salvaguardar al sujeto en casos donde no alcanza a estar viciada su voluntad por error, ni por dolo, ya que ha asumido voluntariamente el acto, y no han mediado maniobras o ardidés de la otra parte, que se ha limitado a aprovechar una falta de conocimientos que proviene por lo general de la escasa cultura o extrema juventud de la víctima”¹⁶.

Antes se hablaba, además, de la procedencia del instituto en caso de gente campesina o de espíritu simple¹⁷; en la actualidad podríamos agregar, simplemente, revestir la calidad de consumidor, quién cuenta entre sus elementos la mentada inexperiencia frente al proveedor, sumándose a ello toda la carga contextual que conlleva.

Con preclara anticipación, nos ilustra el Dr. Moisset de Espanés, al expresar que “[a] incluir la situación de ‘inexperiencia’ en las fórmulas represivas de la lesión se ha querido caracterizar una situación de desigualdad que existe entre las partes y que puede ser aprovechada por el más fuerte, capaz o conocedor, en detrimento del débil o inexperimentado, aunque no se alcance a configurar casos de ‘dolo’, porque no han mediado artificios, ardidés o maquinaciones engañosas”¹⁸.

Nuevamente el párrafo parece escrito para explicar la situación de minusvalía estructural en que se encuentra el consumidor, si bien “[q]uienes procuran beneficiarse con la necesidad e inexperiencia del prójimo buscan en la actualidad medios menos llamativos, que disfracen su avidez, y no dejan traslucir de manera tan clara la intención de aprovechamiento”¹⁹.

Aquí es donde podemos situar a las cláusulas abusivas en la contratación con consumidores, cuya sanción se encuentra prevista en el ya citado art. 37 de la ley 24.240. Evidentemente, en los supuestos allí previstos nos encontramos ante un abuso de la posición dominante del proveedor que va más allá de su experticia, y está constituida por la posibilidad que le otorgan los modernos medios de contratación, de pre-determinar la totalidad del clausulado contractual, generalmente mediante el establecimiento de condiciones generales que obvian las cir-

¹⁶ Luis MOISSET DE ESPANÉS, “¿Aprovechamiento...” cit., p. 23.

¹⁷ Luis MOISSET DE ESPANÉS, “Lesión (art. 954 C.C.): problemas de la renuncia anticipada y de la ‘confirmación’ del acto viciado”, L.L.C. 1980-A, p. 493.

¹⁸ Luis MOISSET DE ESPANÉS, “¿Aprovechamiento...?” cit., p. 23 y ss..

¹⁹ Luis MOISSET DE ESPANÉS, “Lesión...” cit., p. 493 y ss..

cunstancias particulares de cada sujeto y son definidas para una cantidad indeterminada de contratos.

En estos instrumentos, la autonomía de la voluntad del consumidor se encuentra absolutamente limitada. Su opción es adherir al contenido dispuesto por el proveedor o verse privado del producto o servicio a que se refiere que, en casos de primera necesidad realmente hacen desaparecer, prácticamente, la posibilidad de ejercer tal opción.

En el caso de la inclusión de cláusulas abusivas, el factor objetivo de la lesión estaría configurado al existir un claro aprovechamiento de la situación de superioridad que dispone el proveedor, en su beneficio y en detrimento de los derechos del consumidor o usuario.

Así es que, en lo que respecta al factor subjetivo éste puede presumirse partiendo de la señalada desigualdad en la negociación de consumo y la notable superioridad que ostenta el proveedor en los aspectos antes expuestos. Obviamente, esta situación se agrava en aquellos casos en que se trata de un proveedor que posee una situación de monopolio o, al menos, dominante en el mercado respecto del producto o servicio en cuestión o en aquellos casos en que el consumidor se encuentra en una situación de mayor indefensión -subconsumidores²⁰- como en los casos de servicios públicos, medicamentos o alimentos de primera necesidad.

En tal sentido, la Jurisprudencia ha opinado que “[p]robada la notable desproporción de las prestaciones, debe presumirse, salvo prueba en contrario, el aprovechamiento de la situación de inferioridad (necesidad, inexperiencia o ligereza) del perjudicado” (CNCiv., Sala F, 14/5/03, “V.M., A. c/ V., A.T. y otros”, J.A. 2003-III-826). Estableciendo claramente la posibilidad de presumir la existencia de lesión, ya prevista en la norma respectiva.

También sostuvo que “[e]n la inteligencia del art. 954 del Código Civil el vicio de lesión aparece configurado cuando se reúnen tres requisitos, uno de ellos objetivo y los otros dos subjetivos: a) la obtención de una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación; b) estado de necesidad, ligereza o inexperiencia del lesionado; c) explotación de esa inferioridad por el lesionante, que se

²⁰ Santiago CABANILLAS MUGICA, *Responsabilidad civil y protección del consumidor*, Palma de Mallorca, 1985, p. 173; citado por Ricardo Luis LORENZETTI, *Consumidores*, cit., p. 265.

presume, salvo prueba en contrario, en caso de notable desproporción de las prestaciones”²¹.

Empíricamente podemos vislumbrar la existencia de todos los factores anotados, en el caso de incorporación de cláusulas abusivas en la contratación con consumidores, dado que hay ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación, aunque ésta no se traduzca en el precio sino en una eximición o limitación de responsabilidad por parte del proveedor.

Hemos expuesto ya acerca de la inexperiencia como cuestión ínsita en la calidad de consumidor ante el proveedor a la cual, en muchos casos, puede sumarse la existencia del estado de necesidad o especial desprotección, cuando nos referimos a los subconsumidores; la explotación de esa inferioridad por el lesionante se configura cuando éste, que posee el poder de predeterminación del contenido contractual, tuvo la oportunidad de actuar de buena fe y hablar claro (*clare loqui*) y no lo hizo²², razón por la cual resulta aplicable el principio de interpretación *contra proferentem*.

Asimismo, “la ley exige que esa ventaja patrimonial no tenga justificación. Esto es falta de causa suficiente que explique satisfactoriamente la desproporción de las prestaciones”²³, que obviamente queda demostrada con la inclusión de las cláusulas lesivas y sus consecuencias negativas sobre el patrimonio de quien resulta más vulnerable.

Cabe destacar que, refiriéndose al instituto primigenio, Rivera opina que “[p]arte de la doctrina justifica la inclusión de la presunción en el artículo 954 a partir del beneficio que ello acarrea para la parte más débil de la relación, considerando que es tan dificultosa la prueba de la ausencia como de la existencia de la lesión”²⁴. En el caso de la ley 24.240, la debilidad resulta estructural y corresponde a todos los individuos que pertenecen a la categoría de consumidor.

He aquí que “[M]oisset de Espanés considera que el acto lesivo es un acto ilícito por verificarse en él los elementos de éste, a saber:

²¹ CNCiv., Sala H., 20/11/02, “B.G. D.B. c/ M., J.C.”, Sem. Jur. 2003-1-559.

²² Federico DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1971, p. 88.

²³ Julio César RIVERA, ob. cit., p. 840.

²⁴ *Idem*, p. 845.

antijuridicidad, daño, imputabilidad, señalando que además de la comisión del acto ilícito nos encontramos con un defecto de buena fe, en la medida en que la actitud del explotante es contraria a la buena fe, principio básico de los actos bilaterales”²⁵.

Actualmente, el alcance de la buena fe debe ser interpretado en un sentido objetivo; así lo afirma Etcheverry, al exponer que “la buena fe también significa esfuerzo. La malicia, la negligencia, la culpa, la torpeza, no son buenos compañeros jurídicos de la buena fe. El sujeto debe actuar con atención y cuidado en sus negocios o actos; poner la mayor diligencia tendiente a la concreción del resultado, con lealtad hacia la otra parte; esa es la conducta querida por el orden legal”²⁶.

Ahora bien, “[d]e otro lado, tampoco es exacto sostener que el acto abusivo es siempre inicialmente lícito; bien puede existir abuso del derecho en el mismo origen del negocio de que se trate. Esto demuestra lo difícil que resulta diferenciar el abuso del derecho de la lesión. Es que, como lo hemos dicho antes, ambos son corolarios del principio más amplio de la buena fe lealtad”²⁷.

En esta dirección, una “[n]ovedad sobresaliente que se encuentra en el Código Civil alemán, cuando sostuvo en el a. 138 que un negocio jurídico que atente contra las buenas costumbres es nulo, y que, en especial, es nulo el negocio por el cual alguien explota la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de otro; se haga prometer o se procure a cambio de una prestación unas ventajas patrimoniales que sobrepasen de tal forma el valor de la prestación que estén en manifiesta desproporción”²⁸.

Especial mención merecen las cláusulas sorpresivas, en las cuales la expresión de la mala fe está dada por la incorporación de aquellas que no guardan relación con el contrato correspondiente y que, subrepticamente han sido incorporadas al clausulado general, incluyendo cuestiones absolutamente ajenas al motivo de la contratación y, aún, al tipo contractual; están fuera de contexto y muchas veces el consumidor ni

²⁵ *Ibidem*, p. 828.

²⁶ Raúl Aníbal Etcheverry, *Derecho comercial y económico*, Buenos Aires, Astrea, 1998, p. 144.

²⁷ Julio César RIVERA, ob. cit., p. 829.

²⁸ José de Jesús LÓPEZ MONROY, ob. cit., p. 65.

siquiera pudo imaginar su existencia en este ámbito negocial. De tal modo, resulta palmario el abuso de la posibilidad del predisponente, lo que automáticamente debe ser sancionado con la nulidad, aplicándose el principio *contra proferentem*.

Todas las situaciones anotadas nos permiten coincidir con el derecho alemán en el cual “[s]e dice que, nada se opone a que se tenga por contrario a la moral un contrato en el que las prestaciones son absolutamente desproporcionadas, aun cuando no medie la explotación de la ligereza, necesidad o inexperiencia, pero se acredite la intención reprobable como sucede en los casos de aprovechamiento inmoderado de la prepotencia económica o de la posición absoluta o relativa de monopolio”²⁹.

En definitiva, consideramos que el fundamento de la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas estriba en la presunción de existencia de lesión, por parte del Proveedor, en perjuicio del consumidor.

Decimos Lesión Presumida, en virtud que podrían justificarse los tres requisitos para que aquella se constituya, cuales son: 1) situación de inferioridad (hemos referido anteriormente el tema de la diversidad de fuerzas en la negociación, en la que claramente el consumidor actúa desde una posición de debilidad estructural); 2) Aprovechamiento (de la posición de superioridad que le otorga al proveedor su facultad de predisponer la totalidad del contenido contractual, normalmente mediante condiciones generales; o aún mediante la incorporación de cláusulas sorpresivas) 3) Excesiva rentabilidad (sea económica propiamente dicha o en virtud de ampliar los derechos del proveedor o disminuir o dificultar el ejercicio de aquellos que corresponden al consumidor, como, por ejemplo en el caso de eximición de responsabilidad o inversión de la carga de la prueba).

Esta presunción, en el sentido que la inclusión de cláusulas abusivas importaría la existencia de una lesión, trae como consecuencia un aligeramiento en la carga de la prueba de sus circunstancias, que permitirá que el Juez pueda decretar su nulidad, aún de oficio.

La existencia de lesión, en los términos del art. 954 del Código Civil traería como consecuencia la declaración de nulidad de la cláusula en cuestión. Sin embargo esa nulidad resultaría relativa, pudiendo ser dejada

²⁹ Julio César RIVERA, ob. cit., p. 844.

sin efecto mediante una oferta de mejoramiento de las condiciones por parte del acreedor (en este caso el proveedor).

El art. 954 del Código Civil propone en su cuarto párrafo: “El accionante tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se transformará en acción de reajuste si éste fuere ofrecido por el demandado al contestar demanda”.

Por su parte, la ley 24.240, en el ya citado art. 37, dispone que “[e]n caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario”.

La gran diferencia estriba en que, al tener el derecho de consumo un fin tuitivo, de carácter público y con trascendencia social, la posibilidad de conseguir un nuevo equilibrio en las prestaciones ha sido delegada en el Magistrado que, una vez decretada la nulidad de una o más cláusulas, puede integrar el contrato, de manera que no opere su frustración, cuyo principal objetivo es que se concrete el acto de consumo.

Esta privación de la posibilidad de propuesta de recomposición por parte del proveedor resulta de la aplicación de los principios de buena fe, *contra proferentem* y *favor consumatore*, ya expuestos, y la intervención del juez en la solución de este conflicto, permitiéndole integrar el contrato responde al ejercicio del “orden público económico”, por parte del Estado a través de quienes, desde sus distintos Poderes, trabajan por una mayor y mejor protección del “débil jurídico”.

En fin, hemos querido presentar estas reflexiones como un aporte a la visión integradora del Derecho privado, en todas sus fuentes, poniendo como centro al individuo que hoy ha devenido como consumidor, cuando actúa en el mercado y como tal se ha develado como un ser frágil, pasible de ser abusado fácilmente y necesitado de la protección que el conjunto de los operadores jurídicos podemos brindarle.

Una vez más, celebramos la idea de realizar un homenaje al Maestro Luis Moisset de Espanés y nos sentimos felices de poder participar en él. Deseamos que nuestro homenajeado continúe enriqueciendo el horizonte de las Ciencias Jurídicas, a través del ejercicio de las virtudes y actitudes

que lo han hecho merecedor de este reconocimiento y que su vida continúe plena de acciones, realizaciones y satisfacciones.

CLÁUSULAS ABUSIVAS: RÉGIMEN ACTUAL Y SOLUCIONES DE DERECHO COMPARADO

AGUSTÍN ALVAREZ Y VICTORIA CORNET OLIVA

Sumario: I. Las prácticas contractuales en la actualidad: del contrato al negocio jurídico masificado. 1. Pilares del contrato. 2. La masificación de las relaciones. 3. ¿Crisis del contrato? 4. La concepción actual del contrato. 5. Las prácticas contractuales. Contratos predispuestos. II. Delimitación del concepto de cláusula abusiva: a. Las cláusulas abusivas y el contrato por adhesión. b. La buena fe. c. ¿Son cláusulas abusivas las que se refieren a los elementos esenciales del contrato? d. Método. III. Régimen de protección contra las cláusulas abusivas en Argentina: 1. La ley de defensa del consumidor: a. Efectos. b. Interpretación e integración del contrato. c. Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones. d. Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los de la otra parte. e. Criterios particulares. f. La buena fe en el derecho de consumo. 2. La protección contra las cláusulas abusivas fuera de las relaciones de consumo: a. Las nulidades implícitas. b. El orden público. c. La moral y las buenas costumbres. d. La lesión. e. El abuso del derecho. f. El principio cardinal de la buena fe. IV. Soluciones de derecho comparado: 1. ¿Para qué y cómo comparar? 2. Soluciones en Europa: a. Derecho europeo. b. Italia. c. España. d. Alemania. e. Bélgica. f. Portugal. 3. Soluciones en el derecho latinoamericano: a. Perú. b. Brasil. c. Chile. d. Uruguay. V. Conclusión: La necesidad de proteger contra las cláusulas abusivas desde el Código Civil

“La educación es valiosa y válida, pero también es un acto de coraje, un paso al frente de la valentía humana. Cobardes y recelosos abstenerse”¹.

¹ Fernando SAVATER, *El valor de educar*, Barcelona, Ariel, 2008, p. 20.

Dedicamos estas líneas a nuestro querido maestro Luis Moisset de Españés. Un profesor valiente, generoso y atento, que dedica su vida a todos nosotros: sus discípulos.

Además de profesor, es uno de esos maestros que buscan formar a la persona, más allá de los conocimientos técnicos que imparte. Su enseñanza está marcada por consejos que se dirigen a la formación en valores sanos, firmes e innegociables, y no solamente a la formación jurídica. A esto, suma ser una gran persona él también.

Su capacidad de crítica le ha valido el sobrenombre de Criticón, seudónimo con el que firma varias de sus obras ². Sin embargo, su crítica, aunque precisa y certera, es transmitida de un modo amigable, surge desde el cariño y apunta a la búsqueda de la verdad. El mismo aclara que la controversia científica robustece los lazos de amistad, y puede resultar ampliamente esclarecedora del punto en discusión ³.

Muchas veces sus críticas se dirigen faltas gramaticales u ortográficas. Esta clase de errores es muy frecuentes en los textos jurídicos, por lo que el maestro aconseja -insistentemente- consultar siempre un diccionario mientras se escribe y se lee.

Es un amigo, con quien compartimos además de detalles jurídicos, también anécdotas, comentarios, actividades y proyectos. Lo admiramos por su capacidad intelectual, su dedicación desinteresada y por su sencillez humana.

Trataremos de que este homenaje esté a la altura semejante maestro.

² Recomendamos ver *Desventuras de Criticón y cuadros de la hostería*, Buenos Aires, Zavalía, 2001 y *Cuadros de un congreso y otras cartas al cielo*, Buenos Aires, Zavalía, 2001, entre varios trabajos firmados por “Criticón”.

³ Luis MOISSET DE ESPAÑÉS, *Estudios de derecho civil. Cartas y polémicas*, Córdoba, 1982, p. 10. Cuando cumplió 25 años de docencia, sus discípulos y amigos le obsequiaron un libro realizado con trabajos propios titulado *Estudios de derecho civil*. Moisset de Españés, se los agradeció con cartas personales con comentarios y críticas a cada autor. Esto muestra su afecto por sus discípulos.

I. Las prácticas contractuales en la actualidad: del contrato al negocio jurídico⁴ masificado

1. Pilares del contrato

Los cimientos que sostienen al contrato clásico son la autonomía de la voluntad y el efecto relativo.

La autonomía de la voluntad fue consagrada en el art. 1134 del Code français y tuvo recepción legal en nuestro ordenamiento en el art. 1197 del Código Civil. Este principio parte de la idea de que el individuo es el mejor defensor de sus intereses.

Spota la define como aquel principio que confiere a la voluntad jurídica la atribución de crear negocios jurídicos sin ultrapasar el ordenamiento coactivo, brindándoles su contenido y eficacia jurídica⁵.

No es otra cosa que la posibilidad de autodeterminarse, de elegir la situación y las reglas por las que uno se va a regir⁶. La autodeterminación es una de las capacidades fundamentales del hombre⁷.

Esta capacidad de autodeterminación está íntimamente vinculada con la libertad⁸. Pero tiene un importantísimo efecto: una vez que el individuo

⁴ No debe limitarse la extensión del término “negocio” sólo a los actos que tienen un fin lucrativo, sino deben asimilarse sus efectos a los del “acto jurídico” (ver Luis MOISSET DE ESPANÉS, “¿Actos o negocios jurídicos?”, a publicarse en *Libro Homenaje a Fernando Vidal Ramírez*, Lima, 2010, facilitado por el autor). Si bien la denominación “negocio jurídico” no aparece en nuestro ordenamiento jurídico, es frecuentemente en nuestro país, por influencia de autores italianos y alemanes (Santos CÍFUENTES, *Negocio jurídico*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 141; Alberto J. BUERES, *Objeto del negocio jurídico*, 2ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 1998, p. 21).

⁵ Alberto G. SPOTA, *Instituciones de derecho civil. contratos*, vol. I, Buenos Aires, Depalma, 1974, p. 20.

⁶ Guillermo P. TINTI, “Autonomía de la voluntad en el contrato y criterios para su consideración judicial”, www.acaderc.org.ar/doctrina.

⁷ Karl LARENZ, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, trad. Luis Diez-Picazo, Madrid, Civitas, 1985, p. 74.

⁸ “*Los contratantes tienen en esto perfecta libertad...*”, Lisandro SEGOVIA, *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, t. I, 2ª ed., Buenos Aires, La Facultad, 1933, nota 117, p. 352; “*La fuerza obliga-*

empeña su palabra, debe cumplirla. Las partes están sometidas a su declaración de voluntad común tan rigurosamente como a la ley misma ⁹.

López de Zavalía distingue la libertad de conclusión -consistente en la posibilidad de elegir no contratar o contratar y, en este caso, elegir con quién- y la libertad de configuración (llamada por los alemanes *inhaltsfreiheit*), que consiste en la posibilidad de determinar el contenido contractual ¹⁰. Estos dos supuestos, son caras de la misma moneda.

Por ser un acto jurídico con fuente en la autonomía de la voluntad, el contrato sólo puede engendrar obligaciones para quienes lo celebren ¹¹. Esto es lo que se llama el efecto relativo de los contratos.

Significa que no puede hacer surgir obligaciones a cargo de terceros ¹². El contrato genera una relación oponible a los terceros y éstos no pueden inmiscuirse en ella ¹³.

toria del contrato llega como consecuencia de la libertad", Guillermo P. TINTI, "Autonomía de la voluntad en el contrato y criterios para su consideración judicial", www.acaderc.org.ar/doctrina). También destaca el ámbito de libertad Federico de CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985, p. 12.

⁹ El art. 1197 C.C. reza: "Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma".

¹⁰ Fernando J. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos*, 4ª ed., Buenos Aires, Zavalía, 1997, t. 1, p. 148 y ss..

¹¹ Ricardo L. LORENZETTI, *Tratado de los contratos. Parte general*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 476.

¹² El art. 1165 del Code Français estipula: "Los contratos sólo tendrán efecto entre las partes contratantes; no afectarán a terceros, y sólo les aprovecharán en el caso previsto del art. 1121". El art. 1195 del C.C. argentino dice: "Los efectos de los contratos se extienden activa y pasivamente a los herederos y sucesores universales, a no ser que las obligaciones que nacieren de ellos fuesen inherentes a la persona, o que resultase lo contrario de una disposición expresa de la ley, de una cláusula del contrato, o de su naturaleza misma. Los contratos no pueden perjudicar a terceros."

¹³ Piénsese por ejemplo en la lesión al derecho de crédito (conf. Atilio A. ALTERINI, "Los pilares del contrato moderno", RCyS 2008-V, 3.

2. La masificación de las relaciones

Afirma con razón Diez-Picazo que nos encontramos en un mundo cada vez más lleno de gente, y este hecho es una causa evidente de transformaciones sociales ¹⁴.

La explosión demográfica y los avances en la tecnología dieron como resultado la producción en masa, el tráfico en masa y la sociedad de masas ¹⁵. Es el fenómeno de la masificación.

Si bien lo ideal sería que todas las personas cuenten con igualdad de oportunidades para el acceso a los bienes ¹⁶, evidentemente, no puede garantizarse el acceso indiscriminado de todas las personas a todos los bienes, por eso la economía diseñó el mercado para la asignación de los recursos ¹⁷.

Muchas de las relaciones jurídicas son relaciones con personajes anónimos ¹⁸. Son relaciones despersonalizadas, caracterizadas por la celeridad del tráfico.

Lo cierto es que el derecho no puede permanecer ajeno a los cambios que la vida, en su constante devenir provoca en el organismo social ¹⁹. Existe una estrecha relación entre el derecho, los cambios sociales y la economía.

Los avances antes mencionados, han afectado a la concepción clásica del derecho, que ya no alcanza para cubrir los supuestos de la realidad negocial.

¹⁴ Luis DIEZ-PICAZO, *Derecho y masificación social. Tecnología y derecho privado (dos esbozos)*, 2ª ed., Cuadernos, Madrid, Civitas, 1987, p. 22.

¹⁵ Conf. Luis DIEZ-PICAZO, *Derecho y masificación...* cit, p. 23. El autor explica: “Las masas se piensan como conjuntos humanos en los cuales el hombre se integra como un ser anónimo y despersonalizado”.

¹⁶ LORENZETTI lo atribuye a la lógica democrática igualitaria.

¹⁷ Ricardo Luis LORENZETTI, *Las normas fundamentales de derecho privado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, p. 73. Es imparable la aspiración igualitaria, remarca DIEZ-PICAZO, op. cit., p. 22.

¹⁸ DIEZ-PICAZO, op. cit., p. 51.

¹⁹ Luis MOISSET DE ESPANÉS, “El cambio social y el jurista”, Sem. Jur. N° 63, 21/11/78.

Más estrecha aún es la relación entre “contrato” -con su papel central en el tráfico de bienes y servicios- y “mercado”²⁰. Justamente por eso, es una de las instituciones que más afectada se ve por los cambios de la sociedad actual.

3. ¿Crisis del contrato?

Muchos autores sostienen que el contrato se encuentra en crisis. Esto porque los presupuestos jurídicos contractuales parecen no adaptados a la realidad del hombre²¹.

Se reclama una teoría contractual basada en principios más simples, que modifique los clásicos fundamentos para adecuarse a lo que ocurre en la actualidad²².

Apunta ZAGO, que es necesario reconocer que lo que se denomina crisis del contrato, resulta ser solamente crisis de la autonomía de la voluntad²³.

²⁰ “La relación entre el ‘contrato’ y el ‘mercado’, es esencial para la sociedad de nuestros días”. “La figura del contrato siempre ha cumplido funciones económicas, individuales y macroeconómicas” (Ricardo Luis LORENZETTI, “Problemas actuales de la teoría contractual”, www.acadec.org.ar/doctrina, p. 30); “Todo sistema tipológico contractual es una emanación emergente de la realidad económica con la cual se intervincula en términos de retroalimentación, de manera que si bien resulta ser un factor determinante de las condiciones económicas, también es un efecto consecencial a partir de ellas” (Arturo CAUMONT, “Contribución al estudio del contrato en perspectiva evolutiva: de la génesis obligacional por la estructura a la génesis obligacional por la función”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., *Responsabilidad civil*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 686).

²¹ Jorge A. ZAGO, “Supervivencia del contrato clásico”, J.A. 1994-IV-938; “Las leyes regulatorias del contrato tradicional no alcanzan para captar la realidad”, Noemí L. NICOLAU, *Tecnología y masificación en el derecho contractual*, L.L. 1992-B-767.

²² Ricardo L. LORENZETTI, *Tratado de los contratos. Parte general*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 121; “Los cambios en los paradigmas contractuales obedecen a nuevas claves culturales que repercuten en las concepciones económicas y, como corolario, en las conductas de relevancia jurídica”, Arturo CAUMONT, “Contribución al estudio del contrato...”, op. cit., p. 690).

²³ Jorge A. ZAGO, “Supervivencia del contrato clásico”, J.A. 1994-IV-938.

Esto porque existen algunos casos en los que pueden diferenciarse sus dos caras (libertad de conclusión y libertad de configuración -ver *supra*-): en los contratos predispuestos, el adherente no cuenta con libertad de configuración, ya que la otra parte es la que fija unilateralmente el contenido del contrato ²⁴, pero sí conserva la libertad de conclusión, pues no se ve obligado a contratar.

También ocurre que gran parte de las obligaciones impuestas en los contratos no son causadas por la autonomía privada, sino por la ley ²⁵. Nos referimos a los llamados deberes secundarios de conducta y a las obligaciones establecidas por normas de orden público, las cuales no pueden ser derogadas ni modificadas ni siquiera por el acuerdo de las partes ²⁶.

Lo cierto es que cuantitativamente cada día se celebran más contratos ²⁷, y esto debido a que existe un ensanchamiento del número de personas que aspiran a adquirir o disfrutar los bienes y los servicios que las grandes empresas proporcionan ²⁸.

Se ha roto por completo la idea tradicional del contrato, como cauce de expresión de la voluntad o de la autonomía de la voluntad y como cauce de autorregulación de los intereses de dos partes en pie de igualdad ²⁹.

²⁴ Conf. José María GASTALDI, "El derecho de los contratos a la luz de los principios del Código Civil de Vélez Sársfield. Su adaptabilidad y perdurabilidad", en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, *Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield*, t. II, Córdoba, 2000, p. 162.

²⁵ Ricardo Luis LORENZETTI, *Las normas fundamentales de derecho privado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, 462. "La regulación privada expresa lo que las partes quieren hacer: la regulación legal lo que la colectividad pretende que hagan. Ninguna de ellas son neutras en términos económicos distributivos", en Ricardo Luis LORENZETTI, "Análisis crítico de la autonomía privada contractual", J.A. 1994-III-953.

²⁶ Messineo resume a los límites a la libertad contractual en: 1) contrato preparado en todo o en parte por uno solo de los contratantes; 2) normas legales imperativas, corporativas y de política económica planificada; 3) contratos con los que se busca realizar intereses no merecedores de tutela jurídica; 4) materias dominadas por normas imperativas (Francesco MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, Buenos Aires, E.J.E.A., 1952, p. 16).

²⁷ Jorge A. ZAGO, "Supervivencia del contrato clásico", J.A. 1994-IV-938.

²⁸ Luis DIEZ-PICAZO, *Derecho y masificación...* cit., p. 42.

²⁹ Luis DIEZ-PICAZO, *Derecho y masificación...* cit., p. 49.

El consensualismo ³⁰, que entendía la voluntad humana como eje de la obligación ³¹, está dejando paso a una concepción objetiva, que tiene como centro del negocio a las relaciones de intercambio y a la búsqueda del equilibrio entre las partes contratantes.

4. *La concepción actual del contrato*

En la búsqueda de acomodar las normas a las circunstancias sociales, respetando los principios clásicos, debe decidirse si conviene defenderse la libertad y la autorregulación a ultranza hasta el punto de aceptar que el contrato pueda resultar injusto, o si en nombre de la justicia del contrato, deben aceptarse algunos límites ³².

Han surgido algunos conceptos que buscan acercar la materia contractual a la realidad. El llamado “solidarismo” cuestiona el dogma de la autonomía de la voluntad. Considera que existen otros valores que deben ser protegidos ³³, principalmente el equilibrio entre las partes.

³⁰ “El consensualismo había alcanzado su apogeo cuando la voluntad de las partes superó en importancia a las exigencias de la forma” (Noemí L. NICOLAU, *Fundamentos de derecho contractual*, Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 5). “En la actualidad el consensualismo clásico sólo rige en los contratos cualitativamente significativos pero que son cuantitativamente insignificantes, y se llega a admitir que el contrato quede formado cuando se pasa el mouse de la computadora por una página de Internet; en cambio son relevantes los actos demostrativos de la intención de quedar obligado en cuanto generadores de confianza. La autonomía de la voluntad del modo en que lució su esplendor en el s. XIX es considerada un mito perimido. La fuerza obligatoria de lo convenido depende cada vez más de default rules -establecidas, según los sistemas, por las leyes o por los tribunales- que determinan los alcances en que el contrato es vinculante o no lo es. El contrato singular es oponible a terceros, o vincula a terceros en un mecanismo imbricado de relaciones y de redes.” (Atilio A. ALTERINI, “Los pilares del contrato moderno”, RCyS 2008-V, 3).

³¹ Atilio A. ALTERINI, “Los pilares del...” cit..

³² Conf. FRANCESCO GALGANO, “Libertad contractual y justicia del contrato”, L.L. 2008-B-977.

³³ Luis. D. CROVI, “La autonomía de la voluntad, la fuerza obligatoria de los contratos y la equidad”, J.A. 2001-II-856.

Esta doctrina busca conciliar los imperativos tradicionales de estabilidad y la seguridad jurídica con principios como la solidaridad, la proporcionalidad, la coherencia, cooperación, equilibrio y buena fe ³⁴.

En nuestro derecho privado, tuvo clara influencia en la reforma de la ley 17.711 al Código Civil, que introdujera -entre otras importantes modificaciones- la lesión, el abuso del derecho, el principio de la buena fe y la teoría de la imprevisión. Esta reforma puso el acento en la equidad y el equilibrio, sin descuidar la seguridad ³⁵.

5. Las prácticas contractuales. Contratos predispuestos

A la producción en masa, sigue la venta en masa y el derecho proporciona el contrato-masa ³⁶. Debido al tráfico de bienes en la actualidad no es posible que la gran empresa establezca contratos peculiares con cada uno de sus eventuales clientes ³⁷.

Es una necesidad impuesta por la vida moderna ³⁸ utilizar formularios preimpresos. Resulta antieconómico que una empresa se permita discutir y negociar cláusula por cláusula de cada contrato que realiza con sus clientes. Es preciso utilizar cláusulas prerredactas, estudiadas previamente ³⁹.

³⁴ Conf. Mariana BERNAL-FANDIÑO, *El solidarismo contractual -especial referencia al derecho francés-*, Bogotá (Colombia), Universitas, N° 114, 15-30, julio-diciembre de 2007, p. 17.

³⁵ Luis MOISSET DE ESPANÉS, "Los últimos cincuenta años del derecho civil argentino", www.acaderc.org.ar/doctrina. Agrega el maestro: "A partir de esta reforma campea en nuestros textos legales un espíritu más solidarista...". Ver también del mismo autor: "Balance de las reformas introducidas al Código Civil, por la ley 17.711 a los diez años de su vigencia", publicado en Revista Notarial de Córdoba, N° 49, año 1985-1, p. 21 y en www.acaderc.org.ar/doctrina.

³⁶ Conf. Noemí L. NICOLAU, *Fundamentos de...* cit., p. 194. Las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bariloche, 1989), recomendaron que "es menester distinguir conceptualmente el contrato tradicional del 'negocio jurídico masificado'".

³⁷ Luis DIEZ-PICAZO, *Derecho y masificación social. Tecnología y...* cit., p. 44.

³⁸ Guillermo P. TINTI, El contrato por adhesión en la ley de defensa del consumidor, www.acaderc.org.ar/doctrina.

³⁹ La standarización de los contratos se traduce en grandes ahorros de tiempo y costos. Según Atilio A. ALTERINI, *Estudios de Derecho Civil, La Ley, Buenos Aires, 2007*.

Esto evidentemente elimina las negociaciones previas, entendidas como el proceso de intercambio de expectativas futuras para celebrar un contrato ⁴⁰. Se han abandonado las discusiones preliminares al punto tal que se ha propuesto una razonable clasificación: contratos negociados y contratos no negociados ⁴¹.

Lo que ocurre en los contratos no negociados, es que su conclusión no va precedida por una discusión del posible contenido sino que las cláusulas del contrato no pueden ser más que pura y simplemente aceptadas o rechazadas ⁴².

Surgen de esta manera los llamados “contratos por adhesión”, “contratos con cláusulas predispuestas” y las “condiciones generales de contratación”. También surge el perfeccionamiento del contrato por medios electrónicos ⁴³, que en la mayoría de los casos, también ocurre con un acto de adhesión ⁴⁴.

En este tipo de contratación, la oferta se convierte en una estipulación, y la aceptación en un acto de adhesión ⁴⁵, porque el oferente no tiene ninguna intención de negociar.

La ausencia de negociación produce un eclipsamiento de la libertad de configuración contractual ⁴⁶ que existe en forma completa sólo para el predisponente. Se critica que las partes no puedan elegir los términos en

⁴⁰ Conf. Ricardo Luis LORENZETTI, Tratado de los contratos. Parte general, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 287.

⁴¹ Juan M. FARINA, Contratos negociados y contratos no negociados, LL 1993-A, 853.

⁴² Luis DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 5ª ed., Madrid, Civitas, 1996, t. I, p. 347.

⁴³ “La noción misma de contrato no se modifica. Es el medio el que es sustancialmente diferente, pues carece de corporeidad” (José Fernando MÁRQUEZ - Luis MOISSET DE ESPANÉS, “La formación del consentimiento en la contratación electrónica, www.acaderc.org.ar/doctrina).

⁴⁴ Vallespinos entiende por contrato por adhesión a aquel en el cual el contenido contractual ha sido determinado con prelación, por uno solo de los contratantes al que se deberá adherir el co-contratante que desee formalizar una relación jurídica obligatoria (Carlos Gustavo VALLESPINOS, *El contrato por adhesión a condiciones generales*, Buenos Aires, Universidad, 1984, p. 273).

⁴⁵ Carlos Gustavo VALLESPINOS, *El contrato por adhesión a...* cit., p. 273.

⁴⁶ Conf. Juan Carlos REZZÓNICO, “Libertad contractual y condiciones negociales generales”, L.L. 1982-C-729.

que se obligarán ⁴⁷, ya que si el adherente no acepta las condiciones fijadas por el estipulante, sólo le queda la opción de no contratar.

Sin embargo, las cláusulas predisuestas no son reprochables por el sólo hecho de ser estipuladas por una sola parte del contrato, sino que su justicia dependerá de su contenido (ver *infra*).

El homenajado Moisset de Espanés sostiene al respecto de estas formas de contratación: “*Esta modalidad contractual no es por sí misma condenable, y resulta casi indispensable para el aprovechamiento y comercialización de bienes y productos que son de consumo masivo, pero en otros casos se convierte en instrumento de explotación que es utilizado por quien tiene el monopolio de esos bienes, para imponer condiciones abusivas o leoninas*” ⁴⁸.

Sin embargo, existen numerosas oportunidades en las que el predisponente, aprovechándose de su posición dominante, utiliza la ausencia de poder de negociación del eventual adherente para agravar la situación jurídica y las obligaciones de éste, y limitar sus propias responsabilidades ⁴⁹.

Cuando las obligaciones de ambas partes queden significativamente desequilibradas estaremos en presencia de una cláusula abusiva, concepto que será analizado en el apartado siguiente.

II. Delimitación del concepto de cláusula abusiva

Cuando hablamos de cláusulas abusivas nos referimos a aquellas estipulaciones con las cuales una de las partes de un negocio jurídico, aprovechándose de su mayor poder de negociación, obtiene una situación

⁴⁷ Barbara H. FRIED, “¿What’s morality got to do with it?”, *Harvard Law Review*, vol. 120, 2007, N° 3, p. 53.

⁴⁸ Luis MOISSET DE ESPANÉS, “Condiciones generales y cláusulas predisuestas”, artículo facilitado por el autor.

⁴⁹ Raymundo M. SALVAT, *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, 2ª ed., actualizada por Arturo ACUÑA ANZORENA, Buenos Aires, TEA, 1957, t. I, p. 249.

jurídica ventajosa en desmedro de la otra parte, alterando considerablemente el equilibrio negocial.

Refiriéndose a ellas enseña Messineo que son vejatorias porque están dirigidas a mantener a la contraparte en condiciones de inferioridad jurídica o, peor, a agravar esta inferioridad ⁵⁰.

Por lo general, tanto en el derecho nacional como en el derecho comparado, se define o regula la temática de las cláusulas abusivas circunscribiéndolo al derecho del consumidor. Así, el art. 37 del decr. 1798/94, reglamentario de la ley 24.240, establece que “Se considerarán términos o cláusulas abusivas las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes”. El art. 37 de la ley 24.240 las sanciona afirmando que se tendrán como no convenidas sin perjuicio de la validez del contrato.

Si bien es cierto que, donde por primera vez se advirtió la necesidad de regular las cláusulas abusivas fue en el marco de las relaciones de consumo, creemos que hoy en día debe ampliarse el espectro contemplado por el derecho.

Lo que ocurre es que las cláusulas abusivas no aparecen únicamente cuando se vinculan un proveedor con un consumidor, sino que pueden aparecer en cualquier tipo de relación jurídica donde una parte es más débil que la otra, ya que es justamente aprovechándose de esa debilidad como la parte fuerte logra establecer cláusulas que alteran el equilibrio contractual en su beneficio ⁵¹.

Es por esto mismo que, en algunos casos, la jurisprudencia argentina ha optado por aplicar analógicamente el art. 37 de la ley de defensa del consumidor. En otros casos, se han tomado sus estándares (“renuncia o restricción de derechos” o “desnaturalización del contrato”) y se invalidaron cláusulas sin hacer mención expresa a dicha ley ⁵².

⁵⁰ FRANCESCO MESSINEO, *Doctrina general...* cit., 3ª ed., 1952, t. I, p. 445.

⁵¹ En este sentido, Blengio extiende el control de abusividad contractual a todo tipo de contrato cuando las partes no cuenten con un mismo poder negocial, citado por Lucía OTERO COLCIAGO, “Contrato de adhesión vs. Responsabilidad de asistencia médica”, en www.elderechodigital.com.uy

⁵² Carlos A. HERNÁNDEZ, en su artículo: “El desequilibrio en los contratos paritarios, predisuestos y de consumo”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2007-1,

De ahora en más nos referiremos a las cláusulas abusivas en general, y no sólo circunscriptas a la relación de consumo. Esto porque el elemento calificante de las cláusulas abusivas es el desequilibrio inequitativo en perjuicio de la parte más débil⁵³, y no la relación de consumo.

También se incluye en la categoría general de cláusula abusiva a las cláusulas sorpresivas⁵⁴. Rezzónico apunta que por la manera insidiosa en que se presentan al adherente, pueden ser también calificadas de subrepticias⁵⁵. Afirma este autor que dichas cláusulas son sorpresivas cuando sus efectos desfavorables son notoriamente inesperados para un cliente común o adherente, existiendo una discrepancia entre los efectos esperados y los jurídicamente procedentes. Así el fundamento de su ineficacia no es únicamente la injusticia interna de la cláusula sino su efecto de sorpresa que atenta contra la buena fe⁵⁶. Si bien este tipo de cláusulas requiere un plus de las simplemente abusivas, no se justifica su tratamiento por separado ya que sus efectos y los fundamentos de su ineficacia son los mismos.

Desequilibrio contractual, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 257, nos aporta ejemplos sumamente claros de la jurisprudencia como la causa “To talk S.A. c/ Minifon S.A.” la cual no quedaba encuadrada en la LDC ya que ambas partes eran profesionales de la comunicación, y sin embargo el tribunal sostuvo la nulidad de ciertas cláusulas demandadas como abusivas fundándose en la “injustificada restricción de los derechos” del adherente, estándar propio del derecho de consumo.

⁵³ Rubén S. STIGLITZ habla de dos elementos inescindibles: a) el desequilibrio que resulte de la relación: provecho/sacrificio que derive del contrato importará abuso si b) de la/s cláusula/s resulta un perjuicio inequitativo al consumidor o usuario (Rubén S. STIGLITZ, “Cláusulas abusivas en las relaciones de consumo”, J.A. 2005-II-1403).

⁵⁴ Gustavo ORDOQUI CASTILLA, “Código de Principios de Derecho Americano de los Contratos”, facilitado por el autor. El N° 42 art. 2.20 reza: “1. Una cláusula estándar no tiene eficacia si es de tal carácter que la otra parte no hubiere podido preverla razonablemente, salvo que dicha parte la hubiera aceptado expresamente...”.

⁵⁵ Juan Carlos REZZÓNICO, *Contratos con cláusulas predispuestas. Condiciones negociales generales*, Buenos Aires, Astrea, 1987, p. 450.

⁵⁶ Juan Carlos REZZÓNICO, *Contratos con cláusulas...* cit..., ps. 480-481.

a. Las cláusulas abusivas y los contratos por adhesión

La directiva 93/13 CEE del Consejo de las Comunidades Europeas ⁵⁷ introduce otro elemento al concepto de cláusula abusiva, estableciendo que sólo pueden considerarse tales las que no hayan sido negociadas individualmente (art. 3º). Esto quiere decir que las cláusulas que sean producto de la negociación y discusión de las partes no pueden ser reputadas de abusivas ⁵⁸.

Se protege a los adherentes de los contratos predispuestos, porque en los contratos negociados, las partes ejercen un control interno, discutiendo desde dentro del contrato el contenido de las cláusulas ⁵⁹. En los contratos no negociados no existe esa posibilidad.

Sin embargo, consideramos que no deben confundirse los contratos por adhesión y las cláusulas abusivas ⁶⁰. Son dos figuras, aunque relacionadas, distintas.

Los contratos por adhesión, se refieren a la forma en la que fue celebrado el acuerdo. En este caso mediante cláusulas prerredactadas unilateralmente que fueron adheridas por la otra parte ⁶¹; mientras que las

⁵⁷ Toda la documentación de la Unión Europea (directivas, comunicados, proyectos etc.) puede consultarse en su página web oficial: http://europa.eu/index_es.htm. En el mismo sentido que la directiva, se pronuncia el Código de Principios de Derecho Americano de los Contratos, elaborado por Gustavo Ordoquí Castilla, inédito, facilitado por el autor. Sobre cláusulas abusivas, ver art. 44.

⁵⁸ Art. 3.2: “Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido...”.

⁵⁹ Rubén S. STIGLITZ, “Régimen sobre cláusulas abusivas en la ley de defensa del consumidor”, en *Derecho del consumidor*, Gabriel A. STIGLITZ (dir.), Rosario, Juris, 1994, t. 4, p. 1.

⁶⁰ Esto no significa que la directiva las confunda, por el contrario, el considerando 12 aclara que regulará únicamente aquellos contratos que no hayan sido objeto de negociación entre partes, permitiendo a los Estados miembros garantizar una protección más elevada.

⁶¹ El art. 1390 del Código Civil peruano establece que hay contrato por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar.

cláusulas se vuelven abusivas por su contenido, independientemente de la forma en que comenzaron a ser ley para las partes.

Admitimos que, en la práctica, los contratos por adhesión aparecen como herramientas idóneas para introducir este tipo de cláusulas (*supra*). Sin embargo, puede ocurrir que, en un contrato negociado, encontrándose una de las partes en mejor posición negocial ⁶², imponga con gran facilidad su voluntad desequilibrando el negocio a su favor, actitud rayana a la abusividad.

El derecho no puede tolerar, y menos aún tutelar, aquellas situaciones en las cuales un contratante, beneficiándose de su situación, logre un desmedido desequilibrio afectando inequitativa e injustificadamente a la otra parte. Sin embargo, lejos estamos de afirmar que el derecho debe impedir toda clase de malos negocios. No es su deber garantizar que en todas las relaciones ambas partes obtengan de ahora en más el mismo provecho, ya que esto sería un dirigismo tal, que eliminaría de cuajo a la autonomía de la voluntad.

b. La buena fe

Continúa la Directiva estableciendo que se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

No en vano este artículo hace referencia a la buena fe y al equilibrio contractual, ya que ambos constituyen el fundamento de la protección contra las cláusulas abusivas.

Esta mención debe interpretarse como una reafirmación de estos principios, y no debe considerarse a la mala fe como un requisito necesario para la existencia de aquella figura. De ninguna manera deberá cargarse sobre quien pretende dejar sin efecto una estipulación, con la prue-

⁶² Puede tratarse de una mejor posición tanto económica como jurídica (ver José W. TOBIAS - Isodoro H. GOLDENBERG, "Abuso de posición dominante", L.L. 2005-D-1002.

ba de la mala fe de la otra parte, que tampoco se podrá liberar demostrando su buena fe.

Consideramos que la mejor posición obtenida sacando ventaja del desequilibrio en las posiciones negociales, atenta contra la buena fe *per se*.

c. ¿Son cláusulas abusivas las que se refieren a los elementos esenciales del contrato?

Según el art. 4.2 directiva 93/13 CEE, la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato, ni a la adecuación entre precio y retribución, siempre que dichas cláusulas sean redactadas de manera clara y comprensible ⁶³.

Sobre esta última parte se ha dicho que de la comprensibilidad depende el control de contenido. Si las cláusulas referidas al objeto y a la causa fueran redactadas de manera oscura y confusa, entonces sí podría analizarse su carácter abusivo ⁶⁴.

Nosotros consideramos que bajo ningún aspecto podrá analizarse en este sentido las cláusulas referidas a los elementos esenciales por las razones que expresamos a continuación.

Esos problemas se vinculan al objeto y a la causa del negocio jurídico, por lo que no corresponden a la problemática clausular, y deben ser atacadas por los remedios tradicionales del derecho común ⁶⁵ (ver *infra*).

Las relaciones privadas contractuales son reguladas por el derecho privado, contenido principalmente en los códigos Civil y Comercial, por lo

⁶³ El considerando 18 aclara que sí se podrán tener en cuenta las cláusulas referidas al objeto principal del contrato y la relación calidad precio para la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas.

⁶⁴ Lucía OTERO COLCIAGO, “Contrato de adhesión vs. Responsabilidad de asistencia médica”, Suplemento de Derecho Médico, <http://www.elderechodigital.com.uy/>. Cabe aclarar que esta interpretación se refiere al art. 30 de la ley de relación de consumo de Uruguay, que tiene una redacción similar a la de la directiva.

⁶⁵ Diego H. ZENTNER, “Los contratos de consumo”, en Dante D. Rusconi, *Manual de derecho del consumidor*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, p. 333.

que los inconvenientes relacionados con sus elementos esenciales deben ser solucionados con herramientas propias de esos ordenamientos.

Cabe agregar, que esto no es irrelevante, ya que la sanción prevista para los actos que no tengan un objeto idóneo será la nulidad total del acto, que será relativa o absoluta dependiendo de las circunstancias del caso y del interés implicado ⁶⁶.

d. Método

En el derecho comparado existen tres principales métodos para regular las cláusulas abusivas, aunque es común que se presenten combinados.

El primer método consiste en fijar una cláusula general o norma abierta que determina en sentido amplio qué se entiende por cláusula abusiva o cuáles son sus características, por lo que le permite al juez evaluar en cada caso concreto si la cláusula es o no abusiva. Así encontramos el art. 1469 bis del Código Civil italiano, el art. 9.1 del AGB-Gesetz alemán, art. 31 de la ley belga de 14 de julio de 1991, art. 1399 del Código Civil peruano y el art. 16 inciso g de la ley chilena 19.496. Habitualmente esta cláusula general se utiliza para complementar alguno o ambos de los métodos siguientes.

En segundo lugar encontramos el dictado de una llamada “lista negra” que enumera cuáles son las cláusulas que se reputarán abusivas y lo serán en todos los casos. Es decir, de presentarse alguna de ellas, el juez deberá siempre privarlas de efecto. Yendo más lejos aún, en el código de defensa del consumidor brasileño estas estipulaciones son nulas de pleno derecho.

⁶⁶ Santos CIFUENTES, *Negocio...* cit., p. 213. Sobre nulidades relacionadas con este tema: Eric MARTÍNEZ PALACIOS, “Contribución a la teoría de la nulidad parcial del negocio jurídico”, *Themis, Revista de Derecho*, Lima, 1998, 38:125-140; Federico DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1991, p. 461 y ss.; Marcelo J. LÓPEZ MESA, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos y procesales*, Buenos Aires, Depalma, 1998; Jorge Joaquín LLAMBÍAS, *Efectos de la nulidad y anulación de los actos jurídicos*, 2ª ed., actualizada por Patricio Raffo Benegas, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009.

Esta lista puede ser abierta o cerrada según se permita o no declarar como abusivos otros supuestos de los establecidos expresamente por la ley. Como ejemplo del *numerus apertus* encontramos el segundo párrafo del art. 1341 del Código Civil italiano, el art. 32 de la ley de 14 de julio de 1991 belga y el art. 16 de la ley chilena 19.496. Un ejemplo de lista negra *numerus clausus* el art. 1398 del Código Civil peruano.

El tercer método consiste en fijar una “lista gris”, es decir, establecer una lista ejemplificativa de cláusulas que no necesariamente serán abusivas sino que dependerá del caso concreto. Son ejemplos de listas grises la lista de la directiva 93/13 CEE y el art. 10 del AGB-Gesetz.

III. Régimen de protección contra las cláusulas abusivas en Argentina

1. La ley de defensa del consumidor

Se considera que los derechos del consumidor contenidos en la ley 24.240, constituyen un *minimum* de protección, por lo que no se puede colocarlo en una situación peor que la prevista.

a. Efectos

La calificación de un contrato como de consumo, no acarrea la declaración de abusividad de sus cláusulas ⁶⁷, sino que las cláusulas consideradas como abusivas se tendrán por no convenidas (art. 37), sin que esto afecte la validez del contrato.

Con buen criterio, el legislador establece una nulidad parcial dirigida sólo a las cláusulas que sean consideradas como desmedidas. En esta materia, se ve con malos ojos la frustración, y se prefiere que el consumidor obtenga el bien ⁶⁸.

⁶⁷ Conf. Ricardo Luis LORENZETTI, *Consumidores*, 2ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 282.

⁶⁸ Ricardo Luis LORENZETTI, *Consumidores* cit., p. 298.

Rige en este sentido el llamado “*principio de conservación del negocio*”⁶⁹, por el cual el derecho asume que los intervinientes en el contrato han querido declarar su voluntad con la idea de lograr un efecto práctico y un efecto jurídico⁷⁰.

b. Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones

Creemos que una cláusula desnaturaliza las obligaciones de las partes cuando la prestación a cargo del consumidor reviste una carga injustificada para él tomando en cuenta la contraprestación que se encuentra a cargo del proveedor⁷¹.

Lorenzetti entiende que la desnaturalización importa un apartamiento injustificado del derecho dispositivo, y considera que el juez debe construir un modelo razonable para el caso, y compararlo con el caso a interpretar⁷². Esto constituye un buen parámetro para saber cuándo hay desnaturalización de las obligaciones.

Debe tratarse de un desequilibrio significativo⁷³ que afecte palmaria-mente la relación de equivalencia⁷⁴.

⁶⁹ Ver al respecto, Carlos GÓMEZ VÁSQUEZ, “El principio de conservación del contrato en el derecho contractual internacional (análisis dogmático y contextual)”, *Revista Ambiente Jurídico*, Universidad de Manizales, Colombia.

⁷⁰ Conf. Cristina D. DODDI, *Cláusulas de restricción de responsabilidad contractual*, Buenos Aires, LexisNexis, 2005, p. 117.

⁷¹ Luis R. SÁENZ, “Comentario al artículo 37”, en Sebastián Picasso - Roberto A. Vázquez Ferreyra, *Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada*, Buenos Aires, La Ley, 2009, t. I, p. 449.

⁷² Ricardo Luis LORENZETTI, *Consumidores* cit., p. 293.

⁷³ Rubén S. STIGLITZ, “Contrato de consumo y cláusulas abusivas”, en *Derecho del consumidor*, Gabriel A. Stiglitz (dir.), Rosario, Juris, 1997, t. 8, p. 16.

⁷⁴ Rubén S. STIGLITZ, “Cláusulas abusivas en las relaciones de consumo”, J.A. 2005-II-1403.

c. Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los de la otra parte

Los derechos futuros asignados por la LDC son irrenunciables (por tratarse de una norma imperativa), mientras que son perfectamente disponibles los derechos ya adquiridos ⁷⁵. Con esto se trata de que no se impongan al consumidor renunciaciones que desequilibren la justicia conmutativa del contrato ⁷⁶.

d. Criterios particulares

La ley establece expresamente dos tipos de cláusulas que serán tachadas de abusivas. Las disposiciones que limiten la responsabilidad por daños del proveedor (inc. a in fine) y las que inviertan la carga de la prueba (inc. c).

Señala Ossola, que los pactos que restringen la responsabilidad importan una verdadera renuncia de derechos futuros ⁷⁷, y por lo expresado en el apartado anterior, tal cosa es inadmisibles en este ámbito.

En el segundo supuesto, no se está imponiendo la carga de la prueba al proveedor ⁷⁸, sino que se impide que convencionalmente se alteren los principios probatorios generales como el que indica que quien afirma algo debe probarlo y la teoría de las cargas dinámicas de la prueba.

⁷⁵ Horacio H. DE LA FUENTE, “Renuncia de derechos y defensa del consumidor”, J.A. 2009-III-1278.

⁷⁶ Ricardo Luis LORENZETTI, *Consumidores* cit., p. 297.

⁷⁷ Federico A. OSSOLA, “Limitación voluntaria de la responsabilidad derivada del incumplimiento obligacional. (Las denominadas ‘cláusulas restrictivas de responsabilidad’”, en Carlos G. VALLESPINOS, *Cuadernos de obligaciones*, N° 4, Córdoba, Alveroni, 2010, p. 176. Recomendamos ver este trabajo, que es un valiosísimo aporte para la comprensión del tema de las cláusulas de restricción de responsabilidad.

⁷⁸ Guillermo P. TINTI, *Derecho del consumidor*, 2ª ed., Córdoba, Alveroni, 2001, p. 82. Agrega un autor que el 3º párrafo del art. 53 LDC sólo establece un “deber genérico de colaboración”, y no traslada el riesgo probatorio en cabeza del proveedor, aunque no caben dudas de que es él quien se encuentra en mejores condiciones de probar (Mariano A. DÍAZ VILLASUSO, “Reforma al Estatuto del Consumidor. Impacto en los ordenamientos adjetivos provinciales”, J.A.. 2010-I-fásc. 10, p. 35).

e. Interpretación e integración del contrato

Establece el 2º párrafo del art. 37 LDC que la interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor, y agrega que cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa.

La interpretación pro consumidor se justifica en lo dispuesto en el art. 3º, y más aun en los contratos por adhesión, en donde existe una regla que manda a interpretar -en caso de duda- en contra del predisponente. Esto porque al proveedor, que es quien generalmente redacta el contrato y es el supuesto experto de la relación, debe imputársele el no haberse expresado mejor ⁷⁹.

No es inútil la siguiente aclaración: interpretar significa establecer el sentido y alcance de determinada estipulación ⁸⁰, por lo que sólo en caso de duda sobre el sentido de una expresión debe estarse a favor del consumidor. No debe olvidarse que el fundamento de esto es la justicia ⁸¹. De ninguna manera puede pretenderse que con la interpretación deba perjudicarse al proveedor.

La última parte del art. 37 LDC dispone que cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario.

Para permitir la funcionalidad del contrato que ha sufrido la nulidad de algunas de sus cláusulas, éste deberá ser integrado teniendo

⁷⁹ Atilio A. ALTERINI, *Contratos*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, p. 379. En el mismo sentido, el art. 1370 del Código Civil italiano reza: “Interpretazione contro l'autore della clausola. Le clausole inserite nelle condizioni generali di contratto (1341) o in moduli o formulari (1342) predisposti da uno dei contraenti s'interpretano, nel dubbio, a favore dell'altro”. (Interpretación en contra del autor de la cláusula. Las cláusulas incluidas en las condiciones generales de contrato (1341) o en formas o formularios (1342) preparado por una de las partes se interpretarán en caso de duda, a favor del otro).

⁸⁰ Según las conclusiones de la Comisión de Contratos de las *XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Córdoba, 2009), despacho N° 1.

⁸¹ Conf. Luis MOISSET DE ESPANÉS - Guillermo P. TINTI, “Consideraciones sobre el consumo y el derecho del consumidor”, *Anuario de Derecho Civil*, N° II, Facultad de Derecho, U.C.C., Córdoba, Alveroni, p. 85.

en cuenta, principalmente, el objetivo que tuvieron en miras las partes al celebrarlo ⁸².

La Comisión de Contratos de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Córdoba, 2009), arribó a la siguiente conclusión: “la integración de los contratos de consumo debe regirse por las reglas y los principios del sistema de consumo, que establecen la aplicación de la solución más favorable para el consumidor (arts. 42 Constitución Nacional; 3° y 37, ley 24.240)” (Despacho 9.1).

Nosotros no compartimos del todo esta posición, ya que creemos necesaria la integración con normas propias del derecho común, porque entendemos que el microsistema es insuficiente para integrar el contrato por sí mismo ⁸³.

Creemos que no debe modificarse el negocio a beneficio del consumidor, sino que se debe intentar que resulte lo más acorde a lo querido por las partes.

Cabe aclarar que según el art. 8° LDC, la publicidad se encuentra incluida en el contrato de consumo, por lo que es necesaria tenerla en cuenta a la hora de integrarlo ⁸⁴.

f. La buena fe y el principio de reciprocidad en el trato

En caso en que el oferente viole el deber de buena fe... el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas (art. 37). Señala con agudeza Alvarez Larrondo que esto no se trata solamente de una pauta de interpretación, sino que es

⁸² María Laura ESTIGARRIBIA BIEBER, “Ideas para la optimización del control de las cláusulas abusivas en la contratación con los consumidores”, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, *Anales* 2008, 2009, p. 300.

⁸³ En el mismo sentido la ponencia presentada por Carlos Silvero FERNÁNDEZ, “Integración del contrato en la relación de consumo”, *XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil - V Congreso Nacional de Derecho Civil*, ponencias, t. 2, Córdoba, Advocatus, 2009, p. 275.

⁸⁴ Ver Rubén S. STIGLITZ - Ramón D. PIZARRO, “La publicidad como fuente heterónoma de integración del contrato”, *XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil - V Congreso Nacional de Derecho Civil cit.*, t. 2, p. 212.

un requisito esencial ⁸⁵ del acto de consumo, tanto que es capaz de afectar su validez.

El “principio de reciprocidad” de trato permite al proveedor introducir al plexo contractual algunas cláusulas que serán tenidas por legítimas, si otorgan la misma oportunidad al consumidor ⁸⁶, ya que en estos casos, no habría ningún desequilibrio que corregir ⁸⁷.

2. *La protección contra las cláusulas abusivas fuera de las relaciones de consumo*

El Código Civil, no establece un régimen concreto para la protección de los contratantes frente a las cláusulas abusivas, y esto hace suponer que las relaciones jurídicas surgidas antes de la sanción de la ley de defensa del consumidor, y aun aquellas que no sean consideradas relaciones de consumo, no cuentan con ningún mecanismo para lograr el equilibrio contractual perdido con la introducción de dichas cláusulas.

Sin embargo, analizando algunas disposiciones del Código Civil, puede construirse un sistema de tutela contra los abusos contractuales que puede aplicarse a las relaciones que no queden comprendidas dentro de la LDC.

a. Las nulidades implícitas

Si bien el art. 1037 C.C., señala que los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que se establecen en el Código, creemos que si el intérprete descubre en algún caso incompatibi-

⁸⁵ Federico M. ALVAREZ LARRONDO, “La buena fe en la ley 24.240”, L.L. 2009-C-1271.

⁸⁶ Ricardo Luis LORENZETTI, *Consumidores* cit., p. 300.

⁸⁷ Más allá del estructural por el cual surge en un principio la ley de defensa del consumidor, ver al respecto, Fulvio G. SANTARELLI, “El desarrollo del derecho de los consumidores y usuarios”, en el comentario al Título I, en Sebastián Picasso - Roberto A. Vázquez Ferreyra, *Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada*, Buenos Aires, La Ley, 2009, t. I, p. 17.

lidad con una norma imperativa pese a no estar formalmente expresada, el acto será susceptible de invalidez⁸⁸.

Esto porque el art. 18 C.C., establece que los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, y dentro de los actos prohibidos debe entenderse comprendida la referencia a la buena fe, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Estas contribuyen a determinar la esfera de lo que es reconocido como lícito por el derecho, por lo tanto, cuando se efectúe una cita genérica a la licitud, debe entenderse comprendida la referencia a estas figuras⁸⁹.

Por lo tanto entendemos que además de los actos específicamente señalados como prohibidos, el Código consagra algunos supuestos en los que las consecuencias de actos que -si bien no están expresamente vedados por las normas- se vuelven ineficaces por ser contrarios a la buena fe, las buenas costumbres, la equidad, el orden público, etc.⁹⁰.

Aunque las cláusulas abusivas no estén incluidas en los actos explícitamente prohibidos, creemos que para lograr su esterilidad pueden ser atacadas desde la combinación de lo dispuesto por el art. 18 y lo establecido por estas instituciones, que analizaremos a continuación.

b. El orden público

El art. 21 señala que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres. Este es uno de los mayores límites a la

⁸⁸ Marcelo J. LÓPEZ MESA, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos y procesales en la doctrina y jurisprudencia*, Buenos Aires, 1998, p. 17. Ver: Lisandro SEGOVIA, *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, 2ª ed, Buenos Aires, La Facultad, 1933, nota 4, t. I, p. 292.

⁸⁹ Conf. Jorge A. MAYO, "Buenas costumbres, Su significado en el Código Civil", J.A. 2000-III-1272.

⁹⁰ De ninguna manera puede considerarse que estas soluciones afecten la seguridad jurídica, ya que la estabilidad de las relaciones supone que son constituidas y ejercidas de buena fe (conf. Julio César RIVERA, *Instituciones de derecho civil. Parte General*, 4ª ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2007, t. I, p. 353.

autonomía de la voluntad, que sólo puede dejar sin efecto el derecho dispositivo integrado por normas supletorias, interpretativas o permisivas. La convención particular que pretenda dejar sin efecto una ley de orden público será nula en ese aspecto ⁹¹.

Se entiende por orden público a un conjunto de principios a los cuales se vincula digna la subsistencia de la organización social establecida ⁹². Implica considerar el interés general o comunitario sobre el particular, y hace a los valores permanentes del Estado ⁹³.

c. La moral y las buenas costumbres

El art. 953 dispone que no pueden ser objeto de los actos jurídicos los hechos ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, los que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero y agrega que los actos incompatibles a esta disposición serán nulos como si no tuviesen objeto.

Las buenas costumbres están integradas por reglas de conducta expresadas por la conciencia y la moral social, y por los principios éticos que estas constituyan ⁹⁴. De ninguna manera creemos que se trate de un concepto relativo, pero advertimos que será de vital importancia el criterio judicial a la hora de determinar la conciencia colectiva ⁹⁵.

⁹¹ Santos CIFUENTES, *Código Civil. Comentado y anotado*, Buenos Aires, La Ley, 2003, t. I, p. 24.

⁹² Conf. Jorge Joaquín LLAMBIAS, *Tratado de derecho civil. Parte general*, 21ª ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2007, t. I, p. 145.

⁹³ CNCom., Sala A, 17/5/00, “Western Universal Management Inc. v Nosiglia, Enrique”, L.L. 2001-A-642.

⁹⁴ Jorge A. MAYO, “Buenas costumbres...” cit..

⁹⁵ Bueres considera que sería muy peligroso dejar en manos de los jueces la valoración de las reglas morales, y propone para las buenas costumbres la siguiente definición: “*Se trata de la moral media de un pueblo en un momento dado*” (ver Alberto J. BUERES, *Objeto del negocio jurídico*, 2ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 1998, p. 188).

d. La lesión

La lesión, que está consagrada en el art. 954, permite demandar la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación ⁹⁶.

e. El abuso del derecho

Señala Borda que es necesario cuidarse de los excesos en los que se suele incurrir en el ejercicio de los derechos ⁹⁷. El art. 1071 prohíbe su ejercicio abusivo, y considera como tal al que contraría los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Ordoqui Castilla enseña que el abuso del derecho es un instrumento de flexibilización y adaptación, que se utiliza cuando se ejerce un derecho con fines distintos a los que justificaron su existencia, no estando aquellos reconocidos por el ordenamiento ⁹⁸.

f. El principio cardinal de la buena fe

La buena fe es la herramienta más importante que provee el Código para evitar la malicia en casos de ejercicio disfuncional de derechos a través de resortes legales inicialmente legítimos ⁹⁹.

⁹⁶ La lesión es la figura más adecuada, junto con el abuso del derecho (ver Luis MOISSET DE ESPANÉS, *La lesión en los actos jurídicos* (tesis doctoral), Buenos Aires, Zavalía, 1965 y *La lesión y el nuevo art. 954*, Córdoba, Imprenta UNC-Zavalía, 1976.

⁹⁷ El autor agrega: “Y si es legítimo usar de los derechos que la ley concede, no lo es abusar de ellos” (Guillermo A. BORDA, *Tratado de derecho civil. Parte General*, 12ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, reimp., 2006, t. I, p. 45).

⁹⁸ Gustavo ORDOQUI CASTILLA, *Abuso de derecho*, Montevideo, Ediciones del Foro, 2009, p. 48.

⁹⁹ Marcelo J. LÓPEZ MESA, *Curso de derecho de las obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, 2001, t. I, p. 19.

Si bien en el art. 1198 parece referirse sólo a los contratos, tiene tantas aplicaciones en el derecho positivo que sin duda alguna, lo convierten en un principio general del derecho de la mayor importancia ¹⁰⁰. Agrega Diez-Picazo que todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones ¹⁰¹.

Así como de este principio han surgido numerosas obligaciones ¹⁰², también funciona como un principio de corrección que permite identificar otras prohibiciones no contenidas en la ley ¹⁰³.

El principio general de la buena fe exige que las partes no defrauden ni abusen de la confianza ¹⁰⁴, que actúen con lealtad recíproca ¹⁰⁵ y de modo transparente y coherente ¹⁰⁶. Cuando una de las partes introduce en el contrato cláusulas sorpresivas o abusivas, no parece comportarse de acuerdo con este principio.

Su conducta tampoco parece compatible con los conceptos de buenas costumbres y moral, sino que se asemeja más a lo dicho sobre el ejercicio abusivo de los derechos ¹⁰⁷.

¹⁰⁰ Guillermo A. BORDA, *Tratado de derecho civil. Parte General*, 12ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, reimp., 2006, t. I, p. 23.

¹⁰¹ Conf. Luis DIEZ-PICAZO, Prólogo a la obra de Franz WIACKER, *El principio general de la buena fe*, traducción de José Luis Carro, Madrid, Cuadernos Civitas, Madrid, 1982, p. 12.

¹⁰² Tales como los deberes secundarios de conducta (cooperación, lealtad...), el deber de seguridad, la teoría de los actos propios, etc..

¹⁰³ Marcelo J. LÓPEZ MESA, *Curso de derecho de las obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, 2001, t. I, p. 18.

¹⁰⁴ CNCiv., Sala L, 29/11/96, "Vázquez, Esteban G. v. Huarte Empresa de Cemento Armado", L.L. 1997-D-84.

¹⁰⁵ CNCiv., Sala G, 6/3/98, "Ravelli, Juan C. v. Asociación Mutual El Hogar Obrero", D.J. 1999-2-451.

¹⁰⁶ CNCom., Sala A, 21/5/03, "Sena, Jorge A. y otro v. Provincia Seguros S.A.", RCyS 2004-I, 144.

¹⁰⁷ "El acto abusivo no es un acto ilícito típico, sino una especie dentro del género, porque en el acto ilícito común -delito, cuasidelito- la transgresión es a cara descubierta, en cambio en el ejercicio abusivo de los derechos la transgresión es solapada: el transgresor, bajo la máscara de una facultad exórbita, invoca una facultad determinada y va más allá de ella" (Cámara C. y C. Morón, Sala 2ª, 27/10/98, "Sterlin, Alberto v.

En consecuencia, las estipulaciones excesivamente desequilibrantes, sea en contratos negociados o no negociados, no son conformes a la buena fe, a la moral ni las buenas costumbres, por lo que según lo analizado, son prohibidas ¹⁰⁸. Podrán ser atacadas a través de figuras como la lesión, el abuso del derecho, etc..

IV. Soluciones de derecho comparado

1. *¿Para qué y cómo comparar?*

Resulta de suma utilidad para enriquecer las perspectivas ¹⁰⁹, acudir al método comparativo. Luis Moisset de Espanés nos enseña que el valor del derecho comparado es que nos permite contemplar las grandes corrientes de evolución jurídica, y aprovechar el ejemplo de las experiencias vividas en otros países, pero también nos advierte que no hay que descuidar los particularismos propios de la idiosincrasia de cada pueblo, que otorgarán matices diferentes a cada figura ¹¹⁰.

Suárez, Eleuterio”, L.L.B.A. 1997-1177). “La teoría del abuso del derecho aparece como una reacción contra la rigidez de las disposiciones legales y la aplicación mecánica del derecho y de su adaptabilidad a las realidades sociales y económicas” (CNCiv., Sala L., 16/10/98, “Shayo, Marcos v. Consorcio de propietarios de Avda. Libertador 2002/2004”, L.L. 1999-C-743).

¹⁰⁸ Dellaferrera enseñaba con gran firmeza, que el desarrollo económico, así como la voluntad de planificación que lo dirige, el uso de los recursos y el modo de utilizarlos no están exentos de respetar las exigencias morales (Nelson C. DELLAFERRERA, “Aspectos ético-morales del derecho, la política y la economía”, www.acaderc.org.ar/doctrina. Aprovechamos la cita para recordar a quien fuera contemporáneo del homenajeado en este trabajo, el estudioso sacerdote Dr. Nelson C. Dellaferrera. Dedicamos estas líneas en su memoria.

¹⁰⁹ “*Ne peut ignorer deux exigentes dont il faut absolument tenir compte: la méthode comparative et la méthode pluridisciplinaire*” (Guido ALPA, « L’avenir du contrat: aperçu d’une recherche bibliographique », R.I.D.C. (Revue internationale de droit comparé), vol. 37, 1985-1, p. 8).

¹¹⁰ Luis MOISSET DE ESPANÉS, “Cambio social y derecho comparado”, Boletín Fac. Derecho Córdoba, año XLIV, 1980, p. 207, y en www.acaderc.org.ar/doctrina.

Se ha señalado, con acierto, que el derecho comparado ha llegado a ser moda ¹¹¹. Son numerosos los textos jurídicos en los que abundan citas y referencias a legislaciones extranjeras, pero son muy pocos los que lo hacen entendiendo la diferencia entre “legislación” y “derecho” comparado.

Lo cierto es que no se compara solamente normas legales, ya que estas no constituyen la única fuente de la que se nutre un sistema jurídico ¹¹². Nadie pretendería comprender adecuadamente una institución, leyendo sólo las normas del Código Civil argentino, sino que, para una acabada comprensión, habría que remitirse también a lo dicho por la doctrina y la jurisprudencia.

Ha dicho un notable comparatista que el uso del derecho comparado para fines prácticos resulta un abuso en el caso que venga compenetrado de un espíritu legalista que ignore el contexto de la ley ¹¹³.

Otro aspecto a destacar es el relacionado con el fin de la comparación. ¿Se compara sólo para adornar el texto? ¿Se comprara para alargar el texto? ¿Se compara con algún propósito?

Creemos que la comparación por la comparación misma carece de sentido. Resulta útil el derecho comparado si se utiliza como herramienta con algún propósito práctico o científico: como instrumento para la reforma de las leyes o la “transferencia de figuras”, por ejemplo.

En este apartado dedicado a las “soluciones de derecho comparado”, procuramos a través de la investigación en los sistemas jurídicos extranjeros -con especial referencia a los de Europa y Latinoamérica- sobre posibles aportes para la construcción de un medio de protección contra las cláusulas abusivas en nuestro sistema.

¹¹¹ OTTO KAHN-FREUND, “Sobre el uso y abuso del derecho comparado”, reproducción de la conferencia dictada en honor de Lord Chorley en la London School of Economics el 26 de junio de 1973, traducida al italiano por B. Veneziani para la “Revista de Derecho Moderno” y al español por Mario Blanc Ughetti para el curso de posgrado en Derecho Comparado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

¹¹² LUIS MOISSET DE ESPANÉS, “Cambio social...” cit., p. 207, y en www.acaderc.org.ar/doctrina.

¹¹³ OTTO KAHN-FREUND, “Sobre el uso y abuso del...” cit

2. Soluciones en Europa

a. Derecho europeo

Desde hace ya varios años, Europa está tratando de homogeneizar su derecho privado, por lo menos en lo que referente a los principios generales que iluminan cada materia. Este fenómeno -que ha sido llamado “europeización del derecho privado”¹¹⁴- se ha desarrollado especialmente en el área de Contratos, con los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL) realizados por la “Comisión Lando”, y por el Proyecto del Código Europeo de los Contratos del “Grupo de Pavía”.

Debido a la globalización de los mercados, los contratos aparecen como la materia más simple de unificar¹¹⁵. En las otras materias la situación asoma más complicada, ya que tienen sesgos más localistas, que rechazan la idea de que el derecho se pueda universalizar, sino que por el contrario, crece natural y orgánicamente en lugares y tiempos concretos¹¹⁶.

Lo cierto es que no es tarea fácil, la de crear un ordenamiento completamente nuevo, e introducirlo para ser aplicado en todo el territorio de la Unión Europea. Un sistema jurídico es como un barco que va por el océano: uno no puede detenerlo rápidamente o cambiar su rumbo¹¹⁷. Es por esto que tanto profesores, académicos, políticos, gobernantes, empre-

¹¹⁴ Miquel Martín Casals, “Reflexiones sobre la elaboración de unos principios europeos de responsabilidad civil”, ponencia presentada al 2º Congreso de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, realizada en Granada el 14, 15 y 16 de noviembre 2002.

¹¹⁵ Sobre los problemas de la armonización legislativa en el resto de las materias (familia, sucesiones, obligaciones etc...) ver Angel SERRANO DE NICOLÁS, “Hacia la integración de un Código Civil Europeo”, en www.juridicas.unam.mx.

¹¹⁶ Raoul C. VAN CAENEGEM, *Pasado y futuro del derecho europeo. Dos milenios de Unidad y Diversidad*, trad. por Luis Díez-Picazo, Madrid, Thompson-Civitas, 2003, p. 159.

¹¹⁷ Raoul C. VAN CAENEGEM, *Pasado y futuro del derecho...* cit., p. 157. Este profesor de historia ejemplifica con acierto diciendo que “*El derecho canónico medieval fue el primer derecho común de toda la Europa occidental en cuanto fue administrado, enseñado y estudiado en toda la cristiandad latina, sin ninguna referencia a fronteras políticas, étnicas o lingüísticas*”, p. 25.

sas y asociaciones de toda Europa participan activamente en la formación y desarrollo de un nuevo derecho privado ¹¹⁸.

No nos referiremos en este apartado a lo referente a las cláusulas abusivas en el derecho contractual europeo, ya que esto fue desarrollado a la hora de delimitar el concepto de cláusula abusiva, con especial referencia a la Directiva CEE 93/13 (*supra*).

b. Italia

El ordenamiento italiano es uno de los pocos que ha cumplido con la Directiva 93/13 en lo relacionado a armonizar su ordenamiento con lo establecido por la misma directiva.

En 1996, se agregaron al *Codice Civile* cinco artículos que hacen referencia a las *clausole vessatorie* (cláusulas abusivas) en los contratos entre proveedores y consumidores.

El art. 1469 bis establece que se considerarán abusivas las cláusulas que establecidas más allá de la buena fe, determinen para el consumidor un desequilibrio importante en sus derechos y obligaciones.

También enumera distintas cláusulas que se presumen abusivas salvo prueba en contrario: exclusión de responsabilidad del proveedor, limitación de acciones a favor del consumidor, modificación unilateral del contrato a favor del proveedor etc..

Sobre las condiciones generales del contrato, el art. 1341 del C.C., establece que éstas son eficaces contra la parte que no las redactó, si al término del contrato las ha conocido o debiera haberlas conocido mediante el uso de las previsiones ordinarias ¹¹⁹.

¹¹⁸ Ver, por ejemplo, la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas al Consejo y Parlamento Europeo sobre el Derecho Contractual Europeo, Bruselas 11/7/01, en COM (2001) 398 final; y las Respuestas al plan de acción sobre un derecho europeo contractual más coherente, <http://ec.europa.eu>.

¹¹⁹ Messineo explica que este requisito simplemente constitutivo, y no es un medio de prueba, por lo que de nada serviría intentar probar de otro modo que el adherente conocía las estipulaciones (FRANCESCO MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, Buenos Aires, E.J.E.A., 1952, p. 445).

Sin embargo, establece que no tendrán ningún efecto, salvo que sean expresamente aprobadas por escrito, las cláusulas que limiten la responsabilidad (art. 1229), faculten a rescindir o suspender la ejecución del contrato de forma unilateral, o restrinjan la libertad contractual del adherente (arts. 1379, 2557, 2596).

La jurisprudencia italiana ha dicho que “la aceptación de estas cláusulas debe ser específica y determinada con objeto de llamar la atención del adherente, aunque no es necesario la repetición del contenido”¹²⁰.

Aunque con esto se busque que el adherente conozca las cláusulas para evitar que se perfeccione formalmente el contrato sin que éste las haya leído -esto sucede muy a menudo-, consideramos que el hecho de que el adherente conozca y apruebe formalmente las cláusulas no excluye la posibilidad de que dichas cláusulas sean abusivas, ya que precisamente por estar en una posición de desventajosa, se verá obligado a aceptarlas, le gusten o no, si es que quiere contratar¹²².

Como pauta interpretativa el art. 1342 dispone que en los contratos celebrados mediante la firma de formularios, destinados a regular las relaciones contractuales de manera uniforme, los términos negociados prevalecen sobre los incluidos en los formularios cuando sean contradictorios.

La apreciación de la vejatoriedad de las cláusulas, no debe hacerse en abstracto, sino que en concreto¹²³, atendiendo a la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, función de las circunstancias existentes en el momento de su celebración y de las otras cláusulas del contrato (art.1469 ter).

¹²⁰ Corte di Cassazione, Sentenza 18680 del 5 dicembre 2003, en www.diritto.it.

¹²¹ En el mismo sentido, ver Carlos A. HERNÁNDEZ, “El desequilibrio en los contratos paritarios, predispuestos y de consumo”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* 2007-1, *Desequilibrio contractual*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 253 y ss..

¹²² “... *para el empresario la libertad contractual será comprendida como la facultad que dispone para establecer de manera unilateral el contenido de la relación contractual que sostenga con los consumidores, mientras que para estos últimos la libertad contractual es entendida como el derecho a elegir entre varias ofertas colocadas en el mercado aquella que más le convenga*” (Juan ESPINOZA ESPINOZA, “Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente”, revista *Themis* N° 38, Lima, p.141.

¹²³ Filippo SCORNAJENGLI, “Ambito di comune applicazione tra gli artt.1341 e 1342 cod civ. e gli artt.1469 bis ss. cod. civ.”, www.diritto.it.

c. España

En el año 1998 se dictó la ley 2/1998 ley de condiciones generales de contratación (LGCGC), la que transpuso la Directiva 93/13/CEE y modificó la ley del año 1984, referida a la protección de los consumidores. A pesar de los avances de dicha ley, existen muchas dudas respecto a la legislación aplicable debido a la duplicidad de normas. Muchos autores se preguntan por qué el legislador no se limitó a incorporar la Directiva al derecho interno ¹²⁴.

La ley sobre condiciones generales de la contratación, establece en su art. 7º que no quedarán incorporadas al contrato: 1) las cláusulas que el adherente no haya tenido oportunidad de conocer; 2) las que sean ilegibles, oscuras e incomprensibles, salvo que fueran expresamente aceptadas.

Las cláusulas abusivas son definidas por el art. 10 bis de la ley general defensa de los consumidores y usuarios (LCU) como todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

El art. 10 LGCGC determina que la declaración de nulidad no afectará al contrato, si esté pudiere subsistir sin esas cláusulas, y será integrado por el juez, que también deberá referirse a la ineficacia total del negocio.

d. Alemania

La ley de condiciones generales de contratación alemana (AGB-Gesetz) ¹²⁵ ofrece un parámetro para la evaluación de las cláusulas muy completo, y utilizando la combinación de varios métodos ¹²⁶.

¹²⁴ Carlos LASARTE ALVAREZ, *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 144.

¹²⁵ Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

¹²⁶ Ver un interesante análisis del sistema alemán en Juan Carlos REZZÓNICO, *Contratos con cláusulas predispuestas. Condiciones negociales generales*, Buenos Aires, Astrea, 1987, p. 458.

El art. 9º vuelve ineficaces a las condiciones estándar si son el resultado de no cumplir con el requisito de buena fe y existiera una desventaja desproporcionada en contra del consumidor.

El art. 10 establece una enumeración de cláusulas prohibidas con posibilidad de ser valoradas por el juez según las particularidades de cada caso.

El art. 11 cuenta con una lista de dieciséis cláusulas absolutamente vedadas, sin posibilidad alguna de revisión por parte de los jueces. Se trata de una lista de aplicación automática, que declara la ineficacia de las cláusulas *ipso iure*.

e. Bélgica

Cuenta con dos niveles de protección del consumidor ante cláusulas abusivas:

La jurisprudencial: Es una protección más general que toma los principios del Derecho de las Obligaciones y se aplica a todo contrato. El poder judicial invalida solo aquellas cláusulas manifiestamente abusivas procurando así no violentar el principio de autonomía de la voluntad ¹²⁷.

La legal: además de algunas leyes especiales como la de contratos de créditos y contratos de seguro; la principal protección la brinda la ley del 14 de julio de 1991 sobre las prácticas del comercio, la protección y la información del consumidor, reformada por la ley del 7 de diciembre de 1998 para integrar las disposiciones de la directiva europea 93/13/CEE. Aquella ley protege contra cláusulas abusivas a los consumidores en sus relaciones con “vendedores” ¹²⁸, tutela que se complementa con la ley del 3 de abril de 1997 que otorga dicha protección en negociaciones con profesionales liberales.

¹²⁷ Conf. Catherine DELFORGE, “El control de las cláusulas abusivas en el derecho belga”, en Revista de Derecho Comparado N° 1, *Cláusulas abusivas-I*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 61.

¹²⁸ La ley otorga a este término un contenido más amplio que el tradicional, definiéndolo en el art. 31 como “... cualquier persona física o moral, en excepción de los titulares de una profesión liberal... , quien, en un contrato concluido con un consumidor, actúa en el marco de su actividad profesional.”

El art. 31 de la ley de 14 de julio de 1991 define como abusiva a “toda cláusula o condición que, por sí sola o combinada con una o varias cláusulas o condiciones, cree un desequilibrio manifiesto entre los derechos y las obligaciones de las partes”.

Consideramos acertada la alusión que se hace a la posibilidad de que la cláusula sea por sí sola abusiva o lo sea al combinarse con otras, ya que muchas veces la parte fuerte logra “ocultar” su aprovechamiento celebrando un contrato con cláusulas que a simple vista aparecen como inofensivas pero que, sumándose a otras también aparentemente inocuas, dan por resultado un negocio ampliamente ventajoso para sí e inequitativamente perjudicial para la parte débil.

Sin embargo podemos criticar el hecho de que establece en su art. 32 una “lista negra” -es decir, una enumeración de cláusulas que serán consideradas abusivas en todos los casos- taxativa y rígida. Si bien es conveniente que ciertas cláusulas sean prohibidas por la ley por ser evidentemente abusivas, una lista gris es más apropiada ya que otorga al juez una lista ejemplificativa sin impedirle apreciar si, en cada caso concreto, alguna de las cláusulas previstas por la ley es o no abusiva.

Este ordenamiento cuenta con una sanción novedosa para dichas cláusulas: la acción en cesación, es decir, otorga la posibilidad de no declarar su nulidad sino simplemente de impedir que la cláusula abusiva sea aplicada contra quien acciona.

f. Portugal

El decr. ley 446/85 sobre Cláusulas *contractuais gerais* (condiciones generales de contratación), fue modificado en varias oportunidades, y contiene un sistema de protección contra las cláusulas abusivas muy similar al alemán.

Cuenta con un triple sistema de protección, con una norma general, una lista de supuestos sujetos a consideración y una lista más rigurosa de aplicación obligatoria.

El art. 15 prohíbe las condiciones generales contrarias a la buena fe y el art. 16 establece dos criterios para la valoración de las cláusulas: la confianza creada entre las partes y el objetivo que tuvieron las partes al celebrarlo y circunstancias del contrato.

En el art. 19 están contenidas las cláusulas relativamente prohibidas, cuya validez depende del marco de negociación contractual, según surge de la propia ley.

Las cláusulas prohibidas están enumeradas en el art. 18, e impiden la limitación o exoneración de la responsabilidad del proveedor y la renuncia de derechos por parte del adherente.

3. Soluciones en el derecho latinoamericano

a. Perú

El Código Civil peruano de 1984, contiene dos disposiciones que se refieren a las cláusulas abusivas, desde la óptica de los contratos pre-dispuestos.

El art. 1399 establece la nulidad de las estipulaciones contrarias a las normas establecidas para el correspondiente contrato, a no ser que las circunstancias de cada contrato particular justifiquen su validez. Esto quiere decir que, en los contratos por adhesión no se podrá derogar el derecho dispositivo sin una causal que lo justifique.

El derecho supletorio (dispositivo) está diseñado por el legislador para ingresar al programa contractual en el caso de que las partes no se pronuncien sobre algún aspecto del contrato ¹²⁹. Se trata de un deber ser, un modelo que el legislador considera razonable para proteger los intereses de las partes ¹³⁰.

¿Cuál podrá ser una causal que justifique apartarse del derecho dispositivo? Muro Rojo y Huanco Piscoche creen que este sólo podría ser el caso de que las estipulaciones de las partes resulten más beneficiosas para el adherente ¹³¹. Nosotros agregamos que también se justificaría en

¹²⁹ Manuel MURO ROJO - Henry HUANCO PISCOCHE, *Comentario al artículo 1399, en Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, t. VII, Lima, Gaceta Jurídica, 2005, p. 361.

¹³⁰ Ricardo Luis LORENZETTI, *Consumidores* cit., p. 293.

¹³¹ Manuel MURO ROJO - Henry HUANCO PISCOCHE, *Comentario al artículo 1399...* cit., t. VII, p. 363.

el caso en que las partes prevean otra solución, más acorde a sus intereses, de la que resulte una relación contractual igualmente equilibrada.

El art. 1398 declara inválidas a las cláusulas que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindir-lo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.

Ninguna de las dos normas anteriores se aplica a los contratos celebrados con condiciones generales de contratación aprobadas administrativamente ¹³², porque se entiende que la entidad administrativa se ha ocupado de las cláusulas vejatorias.

b. Brasil

Como el Código Civil de Brasil es del año 2002, contiene una tendencia solidarista más acorde a nuestra época. Establece que la libertad de contratación debe ejercerse con mesura, y está limitada por la razón, la buena fe y la equidad ¹³³. Sin embargo, no contiene otros artículos referidos a la ineficacia de las cláusulas abusivas, para eso habrá que remitirse a lo dicho en el Código de Defensa del Consumidor ¹³⁴.

El CDC establece que serán nulas de pleno derecho las cláusulas que establezcan obligaciones injustas o abusivas. También las que coloquen al consumidor en desventaja exagerada o sean incompatibles con la buena fe y la equidad (art. 51 §1 inc. IV). Este es un criterio de apreciación abierto, que establece principios o directivas generales para apreciar

¹³² Las condiciones generales de contratación deben ser aprobadas administrativamente (conf. arts. 1396 y 1397 C.C. peruano).

¹³³ Art. 421: “La libertad de contratación se ejercerá dentro de los límites de la razón y la función social del contrato”.

Art. 422: “Los contratistas están obligados a guardar bien en la celebración del contrato, como en su aplicación, los principios de probidad y buena fe”.

¹³⁴ Karla Karênina ANDRADE CARLOS CAVALCANTE, “As cláusulas abusivas à luz da doutrina e da jurisprudência”, Jus Navigandi <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3387>.

las cláusulas ¹³⁵. Se le ha criticado a esta norma la excesiva gravedad de la sanción ya que, al ser nulas de pleno derecho, no se permite la posibilidad de corregirla o ajustarla acorde a la equidad, opinión que compartimos plenamente ¹³⁶.

El art. 51 establece una lista negra abierta de estipulaciones que también serán nulas de pleno derecho ¹³⁷, como por ejemplo, las que limiten la responsabilidad del proveedor, inviertan la carga de la prueba, determinen la utilización obligatoria del arbitraje, autoricen al proveedor a variar el precio o cancelar el contrato de forma unilateral, etc..

c. Chile

El ordenamiento jurídico chileno cuenta con un listado de estipulaciones que en ningún caso producirán efectos, con el fin proteger al consumidor de cláusulas abusivas (lista negra) y una cláusula general que establece como cláusulas abusivas aquellas que en contra de las exigencias de la buena fe, causen un perjuicio al consumidor o un desequilibrio importante que para las partes se derivan del contrato. Para establecer tal desequilibrio tiene en cuenta parámetros objetivos como la finalidad del contrato y las disposiciones que lo rigen.

Sin embargo, limitó este supuesto a las relaciones de consumo y a los contratos de adhesión.

El ordenamiento civil cuenta también con otros instrumentos que permiten la protección de la parte débil, sin embargo los tribunales no han dado lugar a estas instituciones, dando preeminencia a la regla *pac-*

¹³⁵ Ver al respecto Claudia LIMA MARQUEZ, “Combate às cláusulas abusivas no código brasileiro de defesa do consumidor: entre a radicional permeabilidade da ordem jurídica e o futuro pós-moderno do direito comparado”, Revista de Derecho Comparado N° 2, *Cláusulas abusivas-II*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 60.

¹³⁶ William NAMÉN VARGAS, “Las cláusulas abusivas”, en Revista de Derecho Comparado N° 2, *Cláusulas abusivas-II* cit., p. 189.

¹³⁷ Ana María GARMS ZAUHY, “Cláusulas abusivas en los contratos de adhesión a la luz del Código del Consumidor”, Jus Navigandi <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3387>.

ta sunt servanda ¹³⁸. Esto nos lleva a reafirmar la necesidad de contemplar la protección contra cláusulas abusivas de forma clara, expresa y amplia en el Código Civil argentino por más que, como explicamos *ut supra*, contamos ya con varias herramientas legales que podrían desempeñar esa función.

d. Uruguay

La ley uruguaya de relaciones de consumo (17.250) define en su art. 30 las cláusulas abusivas solamente en los contratos de adhesión en una relación de consumo.

Establece para ello dos criterios: será abusiva aquella que determine claros e injustificados desequilibrios entre los derechos y obligaciones de los contratantes en perjuicio de los consumidores o la que viole la obligación de actuar de buena fe. La doctrina uruguaya se divide entre: 1) aquellos que creen que pueden existir supuestos de desequilibrio sin que se viole el deber de buena fe o supuestos que violen este último sin importar un desequilibrio entre los derechos y obligaciones, lo que justificaría la distinción de estos dos criterios, y 2) quienes consideran que la falta de equilibrio atenta necesariamente contra la buena fe, por lo que constituyen dos elementos inescindibles de un único requisito ¹³⁹.

Nos inclinamos por esta segunda postura ya que no hay dudas de que, quien intencionalmente logra semejante perjuicio para su co-contratante, se comporta de mala fe. Sin embargo, consideramos que la distinción se justifica en el derecho uruguayo ya que el principio de Buena fe está contemplado únicamente en la fase de la ejecución del

¹³⁸ Jorge LÓPEZ SANTA MARÍA, “Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas, en cuadernos jurídicos”, Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, 1993, p. 22, citado por Claudia SCHMIDT HOTT, “Cláusulas abusivas (Informe del derecho chileno)”, en Revista de Derecho Comparado N° 1, *Cláusulas abusivas-I*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, p.51

¹³⁹ Entre los primeros encontramos a Mariño López (Andrés MARIÑO LÓPEZ, “El control del contenido del contrato de adhesión en la ley uruguaya de relaciones de consumo”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XXX) y en la segunda postura se encuentra ORDOQUI CASTILLA (Gustavo ORDOQUI CASTILLA, *Abuso de derecho*, Montevideo, Ediciones del Foro, 2009, p. 191).

contrato y no en el momento de celebración como sí lo prevé nuestro Código Civil.

V. Conclusión: La necesidad de proteger contra las cláusulas abusivas desde el Código Civil

La necesidad de proteger contra las cláusulas abusivas desde el Código Civil

Aunque se piense que la ineficacia de las cláusulas abusivas está en franca oposición con el principio de la autonomía de la voluntad, la creemos necesaria a la hora de equilibrar las situaciones de las partes. La misión consiste no tanto en impedir la libertad de contratar cuanto en proteger esa libertad impidiendo precisamente el abuso de una parte sobre la otra y eliminando en lo posible los efectos del desequilibrio económico de los contratantes ¹⁴⁰.

Más allá de los mecanismos -vigentes o propuestos- de tutela frente a las estipulaciones excesivas, éste es un tema de profundamente ético. La buena fe, el equilibrio, la razonabilidad, la ética y la equidad tienen una función trascendental ¹⁴¹.

Creemos valioso en este sentido la construcción de la *Teoría ética del contrato* de Arturo Caumont. Con mucha razón escribe que el reservorio ético es marca tipificante del contrato en cualquiera de sus concepciones varietales ¹⁴².

¹⁴⁰ Eduardo POLO, *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Madrid, Civitas, 1990, p. 30.

¹⁴¹ "... se podrá afirmar que ni la ciencia en general, ni el derecho, ni la política, ni la economía en particular pueden explicar la ética, pero deben someterse a ella" (Nelson C. DELLAFERRERA, "Aspectos ético-morales del derecho, la política y la economía", www.acaderc.org.ar/doctrina).

¹⁴² Agrega este gran civilista uruguayo: "En cualquiera de sus vicisitudes estructurales y funcionales y en todas las perspectivas conceptuales posibles el Contrato abreva ontológicamente en los manantiales de la lealtad, de la solidaridad, de la cooperación, de la conjunción de sus componentes subjetivos en pos de una finalidad que será insusceptible de alcanzarse si no es, precisamente, mediante el debido respeto a los

Si bien existe una tendencia a descodificar el derecho privado, erigiendo una multiplicidad de microsistemas (como el del derecho del consumo)¹⁴³, no debe abandonarse la estabilidad y seguridad que otorga el sistema de derecho privado codificado.

Irti señala que la relación de género a especie entre un Código Civil y las leyes especiales se caracteriza porque ambos tienen un elemento común: los datos de la norma general se reencuentran en la norma especial y esta le añade un dato más específico. En estos casos, la norma especial sustrae un grupo o una clase de relaciones a la norma general reduciendo su ámbito de aplicación¹⁴⁴.

Sin embargo, el problema de la introducción de cláusulas abusivas no es exclusivo de las relaciones de consumo, sino que afecta también a otros tipos de relaciones jurídico-privadas. No existe ninguna justificación para que una ley especial, como el derecho de protección a los consumidores, se apropie de la regulación de este supuesto.

Por lo tanto consideramos que es necesario incluir remedios contra la protección de estas cláusulas dentro del Código Civil. Para hacerlo de forma adecuada proponemos tener en cuenta algunos de los siguientes aspectos:

- El método más eficaz consiste en combinar: 1) una cláusula general; 2) una lista negra de cláusulas absolutamente prohibidas, y 3) una lista ejemplificativa de supuestos susceptibles de valoración judicial;

- Debe considerarse que una cláusula puede ser abusiva por sí sola, o apareciendo inofensiva a primera vista, devenir abusiva al combinarla con otras;

imperativos de conducta comunitaria que subyacen desde el fondo de los tiempos en el núcleo de todo pacto, configurando su propia definición, constituyendo su propia concepción" (Arturo CAUMONT, "La teoría ética del contrato. El negocio jurídico contractual como ámbito de eticidad preordenado para la composición autonómica de conflictos de intereses", trabajo facilitado por el autor).

¹⁴³ Natalino IRTI, *La edad de la descodificación*, trad. Luis Rojo Ajuria, Barcelona, Bosch, 1992, p. 19; Marcelo J. LÓPEZ MESA, "Luces y sombras de la codificación", artículo facilitado por el autor; Ricardo Luis LORENZETTI, *Las normas fundamentales de derecho privado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, p. 14.

¹⁴⁴ Natalino IRTI, *La edad de...* cit..

- Resulta útil para valorar las cláusulas, lo previsto por las normas dispositivas que corresponden al contrato en cuestión. Las partes sólo podrán apartarse en los casos en que sus circunstancias lo justifiquen;

- La abusividad está dada por el contenido de la cláusula, y no por la forma en la que fue celebrado el contrato, por lo que no hay necesidad de limitar su protección a los contratos por adhesión;

- Al ser la buena fe el fundamento de la ineficacia de las cláusulas abusivas, no debe confundírsela con un requisito independiente para su configuración. La mejor posición obtenida aprovechándose del desigualdad en las posiciones negociales, atenta contra la buena fe *per se*.

CAPÍTULO SEGUNDO
APORTES DESDE EL DERECHO
DE LAS OBLIGACIONES

SOBRE LA FUENTE DE LAS OBLIGACIONES

JUAN ESPINOZA ESPINOZA ¹

*“Obligaciones aut ex contractu
nascuntur aut ex maleficio
aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris”
(GAIO, D.44, 7, 1 pr.)*

*“Sequens divisio (obligationum) in quattuor
species deducitur: aut enim
ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex
maleficio aut quasi ex maleficio” (Inst. 3, 13, 2).*

Sumario: Premisa. 1. El contrato. 2. El enriquecimiento sin causa. 3. Sobre el carácter residual de la pretensión. 4. Gestión de negocios. 5. Contacto social. 6. La responsabilidad. 7. El binomio débito-responsabilidad. 8. La responsabilidad por débito.

Premisa

Se entiende por fuente *“el hecho jurídico, en sentido amplio, del cual nace la obligación”* ². Sólo por dato histórico, las fuentes de las

¹ Profesor de Derecho Civil en las facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima; presidente del Tribunal de Controversias del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN).

² Michele GIORGIANNI, voz *Obbligazione* (Diritto Privato), *Novissimo Digesto Italiano*, XI, Turín, UTET, 1965, p. 604.

obligaciones en el derecho justinianeo eran el *contractus* (el acuerdo que genera obligaciones), el *quasi contractus* (negocio obligatorio que no era *contractus*), maleficio (o *delictum*) (hechos ilícitos dolosos) y *quasi maleficio* (o *quasi delictum*) (hechos ilícitos culposos) ³.

Se propone la siguiente “orgánica y racional” clasificación de las fuentes de las obligaciones ⁴:

a. Obligaciones que surgen del negocio jurídico, sea un contrato dotado, o no, de una propia denominación o disciplina, o un acto unilateral.

b. Obligaciones que la ley vincula a un estado de hecho (Zustandsobligation) tal de generar un contacto social entre dos esferas de intereses.

c. Obligaciones que surgen de un desequilibrio patrimonial o de un hecho ilícito que causa daños.

Respecto de la calificación de “obligación legal”, se observa que *“esta expresión en sí considerada, no tiene ningún significado preciso: es una palabra incolora y equívoca. En efecto, debemos recordar que es siempre la ley, que vincula la obligación a una situación de la vida social. Sólo es nítida la diferencia entre obligación que tiene su fuente en un negocio jurídico o en un acto ilícito, y la obligación que surge sin que haya asomo de un comportamiento, lícito o ilícito de la persona a cargo de la cual se impone”* ⁵. Este último supuesto sería el de la obligación alimenticia ⁶ o el de una obligación *propter rem* (como una servidumbre) ⁷. Por otra parte, atentamente se advierte que *“ni el contrato, ni la ley, por sí solos, son verdaderas fuentes de obligaciones; deben reunirse siempre el hecho condicionante de estos efectos, y la ley, que ha erigido a ciertos hechos en creadores de obligaciones”* ⁸. Por ello, se afirma *“que no hay más que una fuente*

³ Emilio BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III. Fonti e vicende dell'obbligazione, Milán, Giuffrè, 1954, p. 52.

⁴ Emilio BETTI, op. cit., p. 8.

⁵ Emilio BETTI, op. cit., ps. 96-97.

⁶ Emilio BETTI, op. cit., p. 97.

⁷ Emilio BETTI, op. cit., p. 98.

⁸ Luis MOISSET DE ESPANÉS, con la colaboración de Manuel Cornet y José Fernando Márquez, *Curso de obligaciones*, Buenos Aires, Zavalía, 2004, t. 1, p. 251. El autor agrega que *“Si no fueras porque la ley les atribuye virtualidad, los hechos serían impo-*

de obligaciones: el hecho condicionante al cual la ley ha atribuido la virtualidad de dar nacimiento a una obligación” ⁹.

Se propone una clasificación dual de fuentes de las obligaciones en contractuales y extracontractuales, es decir “*entre las que derivan de un acto o hecho que tiene la virtud de imponer una obligación a cargo de un sujeto determinado y a favor de otro sujeto determinado (...) y aquellas que derivan de la violación de una regla de conducta puesta para la protección de la generalidad de las personas*” ¹⁰.

1. El contrato

El modelo del perfeccionamiento del contrato en base al acuerdo de las partes y que da nacimiento a la obligación (contenido en el art. 1321 C.C. italiano y asimilado por el art. 1351 C.C.), ha sido calificado como una “*fanfarronada socialmente absurda*” ¹¹, por cuanto el acuerdo o consenso acerca de un determinado orden de intereses no sería “autosuficiente”, debido a que “*para tener eficacia obligatoria debe responder a una típica función económico-social que es objeto de valorización por parte del orden jurídico, al cual corresponde apreciar si aquel orden sea merecedor de tutela*” ¹². Como ya se advirtiera en otra sede, la teoría de la “típica función-económico social”, basada en una ideología fascista, en la cual el Estado decide qué es merecedor de tutela y qué no, debe ser superada por el respeto a la iniciativa privada (y no sólo económica, como lo consagra el art. 58 Const.), sin más límite que

tentes para crear obligaciones; y si el hecho que la ley ha previsto como hipótesis fuese imposible, y no pudiese acontecer jamás, las propias disposiciones legales vendrían a ser letra muerta, disposiciones puramente líricas. Ambos elementos deben complementarse” (cit.).

⁹ Luis MOISSET DE ESPANÉS, con la colaboración de Manuel CORNET y José Fernando MÁRQUEZ, op. cit., quien se remonta al texto *La voluntad jurídica* de su maestro Henoch D. AGUIAR.

¹⁰ Michele GIORGIANNI, op. cit., p. 606.

¹¹ Emilio BETTI, op. cit., p. 6.

¹² Emilio BETTI, op. cit., p. 7.

las normas imperativas y el orden público: el respeto a la autonomía privada es el principio que todo Estado democrático debe respetar.

No se debe confundir el contrato con el acuerdo, “*el contrato se asimila a la idea de la composición de intereses en conflicto y el acuerdo, concebido en sentido estricto y técnico, se restringe a designar la fusión de intereses convergentes y paralelos*”¹³.

La tipicidad de un contrato puede ser legislativa o social, esta última se configura cuando, a falta de una norma legal (que caracteriza a la primera) que lo regule, tiene un reconocimiento a nivel de usos, sociales o comerciales. Dicho en otras palabras, responde a “*una función social típica*”¹⁴. Ello, por ejemplo, sucede con el contrato de *sponsorship* o de patrocinio publicitario. Respecto de la onerosidad o gratuidad, estas calificaciones contractuales sólo se pueden poner en relación a los denominados negocios de atribución (*Zuwendungsgeschäfte*) que procuran “*a otro una ventaja patrimonial*”¹⁵. Se suele afirmar que la nota característica diferenciadora de la onerosidad y la gratuidad es la “*espontaneidad*”, por cuanto, “*por actos no espontáneos se entenderían los actos que se realizan en fuerza de una necessitas juris, en ejecución coactiva de una determinada obligación: actos vinculados, debidos o coactivos*”¹⁶. Sin embargo, se prefiere hablar de “*actos de carácter libre*”, en contraposición a los “*vinculados*”¹⁷. Por otro lado, en los actos onerosos, “*la prestación deducida en contrato sea debida en función de un correspectivo (o contrapartida), que puede ser una contraprestación como un valor recibido o un evento esperado o una cooperación asociativa correspondiente*”¹⁸. De tal manera, se puede distinguir una correspectividad inmediata de una mediata¹⁹. Deberá distinguirse entre bilateralidad de obligaciones simultáneas y contrapuestas (como la compraventa) frente a la bilateralidad de cargas econó-

¹³ Emilio BETTI, op. cit.

¹⁴ Emilio BETTI, op. cit., p. 61.

¹⁵ Emilio BETTI, op. cit., p. 67.

¹⁶ Emilio BETTI, op. cit., p. 68.

¹⁷ Emilio BETTI, op. cit.

¹⁸ Emilio BETTI, op. cit., p. 69.

¹⁹ Emilio BETTI, op. cit.

micas (como el mutuo con intereses)²⁰. Un ejemplo de correspectividad mediata o indirecta lo encontramos en los contratos con estructura asociativa, por cuanto, “*en éstos, la prestación es debida para un fin único que es el interés común; pero no está dirigida a la otra parte que, a través del fin y el interés común, la beneficia*”²¹. No se puede identificar onerosidad con “equivalencia”, por cuanto “*no se trata propiamente de equivalencia, que puede tener sentido en matemática, sino de paridad de posición y proporcionalidad de ventajas y cargas correlativas; apreciación de la conveniencia de la proporción entre cargas que se asumen y ventajas que se van a obtener*”²².

2. El enriquecimiento sin causa

El enriquecimiento sin causa pertenece a la categoría de los remedios restitutorios, en la cual también se encuentran la gestión de negocios y el pago indebido²³. En el antiguo derecho romano, la *actio in rem verso*, nace “*como institución que permitía la recuperación del lucro sin causa a expensas de otros*”²⁴. Se sostiene que el enriquecimiento sin causa es un negocio jurídico, por cuanto para ser tal “*es suficiente un comportamiento social que sea caracterizado por una función económico-social típica considerada digna de tutela jurídica; es esta función la que debe estar presente con respecto a quien realiza el negocio, sin que haya necesidad de un particular intento (por parte suya) dirigido a producir efectos obligatorios; efectos, cuya determinación es de exclusiva competencia de la ley*”²⁵. Se individualiza,

²⁰ Emilio BETTI, op. cit., p. 70.

²¹ Emilio BETTI, op. cit., p. 80.

²² Emilio BETTI, op. cit., p. 71.

²³ Paolo GALLO, “Arricchimento senza causa. Artt. 2041-2042”, *Il Codice Civile. Commentario*, fundado por Piero SCHLESINGER y dirigido por Francesco Donato BUSNELLI, Milán, Giuffrè, 2003, p. 32

²⁴ Paolo GALLO, op. cit., p. 33.

²⁵ Emilio BETTI, op. cit., p. 113.

dentro de esta figura, cuando hay perfecta coincidencia entre el enriquecimiento y el empobrecimiento o *“simplemente cuando los dos factores no son entidades pares”* ²⁶.

En el enriquecimiento sin causa *“la falta de justificación está dada por el hecho que aún haberse operado válidamente la adquisición, falta un titulus retinendi, un titulus que justifique la conservación del aumento patrimonial obtenido”* ²⁷. Se diferencia del pago indebido, por cuanto *“en el enriquecimiento injustificado se debe devolver a la otra parte no lo que se ha recibido, sino aquello de lo cual se ha enriquecido. El perfil aquí es el del titulus retinendi, es decir, un título que justifique la conservación del aumento patrimonial: título cuya falta justifica la obligación de devolver el enriquecimiento conseguido sin causa”* ²⁸. En el pago indebido, *“el intento práctico perseguido por quien paga es siempre de una transferencia onerosa debida, en función de un corresponsivo; pero puesto que después este corresponsivo se revela insubsistente, la ley opera, en este caso, una conversión interpretativa de aquel típico intento, haciendo surgir, respecto de quien ha recibido lo indebido, una obligación de restituir lo que se le ha dado y, correlativamente, un derecho de repetir correspondiente a quien ha pagado”* ²⁹. El art. 1954 C.C. establece que: *“Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo”*.

Este artículo debe ser interpretado sistemáticamente con el art. 1955 C.C. que, a la letra expresa que:

“La acción a que se refiere el art. 1954 no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización”.

Autorizada doctrina italiana sostiene que *“presupuestos de la acción general de enriquecimiento son: a) el enriquecimiento de un sujeto; b) el correlativo empobrecimiento de otro sujeto; c) la falta*

²⁶ Paolo GALLO, op. cit., p. 38.

²⁷ Emilio BETTI, op. cit., p. 57.

²⁸ Emilio BETTI, op. cit., ps. 57-58.

²⁹ Emilio BETTI, op. cit., p. 115.

de una justa causa”³⁰. A propósito del enriquecimiento, se distingue el enriquecimiento positivo del negativo, en el primero hay “*un aumento sin causa legítima del activo*”³¹ y en el enriquecimiento negativo, se configura “*la no disminución del patrimonio, en los casos que debía disminuir*”³². El empobrecimiento puede ser tanto la pérdida de un bien, como de una expectativa³³.

Una nota esencial del enriquecimiento indebido es la falta de causa del desplazamiento patrimonial. Recordemos que la causa no es más que la función práctica individual del acto, que es sometida por el ordenamiento jurídico a una suerte de filtro de licitud (se entiende, de los negocios jurídicos en concreto), que permite su protección por dicho ordenamiento normativo, así como ofrece una pauta importante para su interpretación. Una de las funciones de la causa es la función justificadora de la atribución patrimonial, “*en especial, el paso de un bien de un patrimonio a otro. La que se manifiesta en: a) la distinción de negocios causales y abstractos, conforme a la que se separa el acuerdo puro de transmisión, del negocio jurídico que la origina (p. ej., en la venta); b) la justificación de la atribución de bienes, que se manifiesta negativamente en las condiciones*³⁴ *por falta de causa; c) la justificación de cada crédito y así de la correspondiente obligación; la que separándola artificiosamente de la causa del contrato, se ha llamado causa de la obligación o de la prestación*”³⁵.

³⁰ Massimo BIANCA, *Diritto Civile*, 5, *La responsabilità*, reimp., Milán, Giuffrè, 1994, p. 813.

³¹ Luis MOISSET DE ESPANÉS, con la colaboración de Manuel CORNET y José Fernando MÁRQUEZ, *Curso de...* cit., t. 3, p. 311.

³² Luis MOISSET DE ESPANÉS, con la colaboración de Manuel CORNET y José Fernando MÁRQUEZ, op. cit..

³³ Luis MOISSET DE ESPANÉS, con la colaboración de Manuel CORNET y José Fernando MÁRQUEZ, op. cit..

³⁴ *La conditio es una “tutela posterior de carácter restitutorio”* (Lina BIGLIAZZI GERI; Umberto BRECCIA, Francesco D. BUSNELLI y Ugo NATOLI, *Derecho civil*, t. I, vol. 2, Hechos y actos jurídicos, traducido por Fernando HINESTROSA, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 896), como, por ejemplo, la pretensión por enriquecimiento indebido (art. 1954 C.C.).

³⁵ Federico DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, reimp., Madrid, Civitas, 1991, p. 166. Esta función ha llevado a decir que “*la búsqueda de la ‘causa’ sirve sólo*

3. Sobre el carácter residual de la pretensión

Se afirma que *“la obligación de restituir los enriquecimientos injustificados o sin causa, por más que se la tilde como principio general del derecho posee un marcado carácter de excepcionalidad: la excepcionalidad misma de todas las obligaciones restitutorias”*³⁶. Autorizada doctrina italiana, comentando el art. 2042 del C.C. italiano -que es asumido por el art. 1955 C.C.- afirma que *“la acción de enriquecimiento tiene carácter subsidiario en cuanto ésta es improponible cuando el empobrecido puede ejercitar otras acciones para hacerse indemnizar”*³⁷, agregando que, *“por un lado, se confirma la generalidad del remedio, utilizable toda vez que el supuesto del enriquecimiento injustificado no entre en la previsión de otras normas jurídicas. Por otro lado, evidencia su estricta residualidad. Si el empobrecido puede valerse de otros remedios, la acción de enriquecimiento se excluye”*³⁸.

Se observa que, *“oportunamente, el carácter subsidiario de la acción es entendido y aplicado en sentido lato, estableciéndose que ésta no puede ser interpuesta cuando una acción pueda ser entablada contra el tercero que esté personalmente obligado, aunque éste no sea el enriquecido (Cas. No. 3398, 8 de octubre de 1956). Es justo que la limitación no valga cuando la acción contra el tercero se manifieste concretamente sin posibilidad de efectos favorables (Cas. No. 507, 21 de febrero de 1955)”*³⁹. En este sentido, también se sostiene que *“es una noción adquirida que el remedio esté precluido también cuando la acción principal no se dirija contra quien se en-*

para verificar la voluntad de despojarse efectivamente del bien” (Gino GORLA, “Causa, consideration e forma nell’atto d’alienazione inter vivos”, en *Causa e consideration, a cura*, de Guido ALPA y Mario BESSONE, Padua.. CEDAM, 1984, P. 136).

³⁶ Luis DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, “La doctrina del enriquecimiento injustificado”, en Manuel DE LLAA CÁMARA y Luis DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, 1ª reimp., Madrid, Civitas, 1991, p. 43.

³⁷ Massimo BIANCA, op. cit., p. 821.

³⁸ Massimo BIANCA, op. cit..

³⁹ Alberto TRABUCCHI, voz Arricchimento b) Diritto Civile, en *Enciclopedia del Diritto*, III, Milán, Giuffrè, 1958, p. 75.

riquece, sino con un tercero"⁴⁰. La excepción que admite la jurisprudencia italiana es que el tercero sea insolvente. Así, en la Cas. No. 507, del 21 de febrero de 1955, ya citada, se sostiene que:

“Sin embargo, la *actio de in rem* verso es proponible incluso cuando el dañado pueda interponer contra otro una acción contractual, siempre que por las condiciones de insolvencia de la persona, contra la cual se habría podido interponer, o fue propuesta tal acción, se demuestre que su interposición sea prácticamente irrelevante”.

La Casación No. 3398, del 8 de octubre de 1956, ya citada, expresa que:

“El carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento hace que ésta no pueda ser interpuesta no sólo cuando subsista otra acción susceptible de ser interpuesta por el dañado contra el enriquecido, sino también cuando la acción sea susceptible de ser interpuesta contra una persona diversa que esté contractualmente obligada”.

En la Casación No. 1073, del 19 de abril de 1974, se decide que:

“La acción prevista por el art. 2041 C.C. italiano tiene carácter subsidiario y a norma del sucesivo art. 2042 no puede ser interpuesta no sólo cuando subsista otra acción del dañado contra el enriquecido, sino también cuando la acción sea susceptible de ser interpuesta contra personas diversas, que estarían obligadas por ley o por contrato”.

La Casación No. 2087, del 4 de mayo de 1978, sostiene que:

“El carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento importa la imposibilidad de ser interpuesta cuando esté prevista una específica acción para la restitución o para la indemnización, aunque sea con otra persona”.

La Casación. No. 1849, del 19 de marzo de 1980, sanciona que:

“La acción general de enriquecimiento, por su carácter subsidiario, no puede ser interpuesta no sólo cuando subsista otra acción susceptible de ser interpuesta por el dañado contra en enriquecido, aunque esté prescrita, sino también cuando la acción sea susceptible de ser interpuesta contra persona diversa que esté obligada por contrato o por ley”.

⁴⁰ Sergio DI PAOLA y Roberto PARDOLESI, voz Arricchimento, I) Azione di arricchimento - Dir. Civ., en *Enciclopedia giuridica*, II, Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1988, p. 6, quienes citan la Cas. No. 1849 del 18.3.80, en Foro it. Rep., 1980, voz arricchimento senza causa, No. 11; Cas. No. 2087, del 4.5.1978, en Foro it., 1979, I, 180 y Cas. No. 1073, del 19.4.74, en Foro It. Rep., 1974, voz arricchimento senza causa, No. 10.

La Casación. No. 6355, del 27 de junio de 1998, postula que:

“El carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento indebido, sancionado por el art. 2042 C.C. italiano importa que dicha acción no pueda ser interpuesta no sólo cuando subsista otra acción típica deducible por el dañando frente al enriquecido, sino también cuando haya originalmente una acción deducible en contra de personas diversas del enriquecido que estén obligadas por ley o por contrato”.

Por último, la Casación. No. 17.028, del 12 de noviembre de 2003, afirma que:

“Se excluye el requisito de la subsidiaridad de la acción de enriquecimiento sin causa en la hipótesis en la cual se otorgue una acción frente a personas diversas del enriquecido, obligadas por ley o por contrato”.

Con respecto al pago hecho a un incapaz, el art. 228 C.C. (siguiendo el modelo del art. 1443 C.C. italiano) prescribe que:

“Nadie puede repetir lo que pagó a un incapaz en virtud de una obligación anulada, sino en la parte que se hubiere convertido en su provecho”.

Se comenta que, *“es así que el principio de la prohibición del enriquecimiento injustificado con cargo ajeno opera aquí, haciendo válido, en los límites del enriquecimiento, el pago inválido, obligando al incapaz a una restitución a la cual, de otra manera, no estaría obligado”*⁴¹. Se critica esta posición, objetando que *“no puede sostenerse contemporáneamente que la obligación de restituir nace del enriquecimiento, puesto que en tal caso éste no funge más de fuente de obligación, sino de una medida de la responsabilidad del incapaz”*⁴². Se agrega que, *“la sentencia constitutiva del juez, en fuerza de la cual un contrato concluido con un incapaz es anulado, no tiene efecto ex nunc, sino ex tunc, lo que equivale a decir que el precepto contractual es considerado como caduco y removido, aún más en este supuesto particular, siendo la anulación debida a la incapacidad, se desconocen también los derechos adquiridos por terceros de buena fe”*⁴³.

⁴¹ GRAZIANI, citado por Emilio BETTI, op. cit., p. 123.

⁴² Emilio BETTI, op. cit..

⁴³ Emilio BETTI, op. cit., ps. 124-125.

El enriquecimiento “*expresa propiamente un estado, una situación final, la cual implica lógicamente una confrontación con una situación inicial*”⁴⁴. Se agrega que “*se trata de aclarar qué falta para que el nuevo estado (incremento) pueda ser justificado y, en cambio, sea necesario constituir una obligación a favor de quien, a su costo, se ha realizado, para liberarlo del sacrificio económico sufrido*”⁴⁵.

Veamos un caso: Angel de las Casas Silva, en su testamento de fecha 29/1/32 y en su codicilo del 18.08.34, dejó en legado a la Sociedad de Beneficencia Pública de Lima los inmuebles que fueron de su propiedad ubicados en Jr. La Mar N^{ros} 823, 835, 851, 859 y 863 y Jr. Junín No. 520 del distrito de Pueblo Libre, con el cargo que destinase dichos inmuebles para la construcción de un asilo que albergue “señoritas pobres y decentes”, al cual se le denominaría “Casa de Nuestra Señora de los Angeles”. Se disponía además que la viuda del señor de las Casas mantendría el usufructo de los inmuebles hasta su muerte. Se nombró como albacea a su sobrina Clotilde Alvariano de Lisson, a fin de que entregase a la Sociedad de Beneficencia dichos inmuebles y vigilase la construcción de dicho albergue. Con fecha 16/3/62, la albacea hace la respectiva entrega. Lejos de no construir el albergue, con fecha 12/8/88, la Sociedad de Beneficencia hipotecó dichos inmuebles en favor de la Caja de Ahorros de Lima, hasta por la suma de US\$ 451,411.20. Con escritura pública de dación en pago del 28/8/95 y su modificatoria del 1/3/96, la Sociedad de Beneficencia transfirió la propiedad de los inmuebles a favor de la Caja de Ahorros de Lima en Liquidación, vendiéndose posteriormente a favor de la Orden de Agustinos Recoletos. Ante tal manifiesto incumplimiento del cargo, el nieto del causante, con fecha 10/5/02, interpone una demanda de indemnización por enriquecimiento indebido. Se pone en conocimiento del juez que el demandante interpuso un proceso de nulidad de contrato de dación en pago e hipoteca por la misma causa y en el Décimo Sexto Juzgado en lo Civil de Lima, con resolución No. 59, del 18/8/00, fue declarada infundada la demanda, siendo confirmada la decisión por la Corte Superior y la Corte Suprema.

⁴⁴ Emilio BETTI, op. cit., ps. 140-141.

⁴⁵ Emilio BETTI, op. cit., p. 141

La Sociedad de Beneficencia contesta la demanda argumentando que la acción ha prescrito el 14/11/94 (10 años después de la entrada en vigencia del Código Civil), no se ha perjudicado los derechos de los herederos forzosos porque el testador dispuso de su porción disponible y que el único que se encuentra facultado para cuestionar o exigir el cumplimiento de la voluntad es el albacea. Respecto del proceso de nulidad de contrato de dación en pago e hipoteca, se explica que se declaró infundada la demanda, por cuanto la Sociedad de Beneficencia, al ser propietaria, tenía la facultad de disposición del bien.

El Décimo Cuatro Juzgado Civil de Lima, con Resolución N° 16, del 11/7/04, declaró fundada en parte la demanda, entendiendo que la Sociedad de Beneficencia debe pagar a favor del demandante y a todos los herederos la suma de US\$ 150,000.00 o su equivalente en moneda nacional, atendiendo a que, con respecto al ya mencionado proceso sobre nulidad del acto jurídico:

“la decisión judicial se sustentó en que la donación hecha por el albacea había transferido de modo definitivo la propiedad del inmueble a favor de la demandada, estableciéndose en el noveno considerando de la sentencia citada en primer lugar que ‘... en el supuesto de que la Beneficencia Pública de Lima, no haya cumplido con efectuar las obras encomendadas por los legatarios, son los perjudicados de esa omisión los que tienen que seguir las acciones pertinentes, omisión que no puede servir de fundamento para la nulidad del acto jurídico...’”.

De ese fundamento se infiere que *el cargo no afectó el derecho de la donataria a transferir el dominio y por eso su incumplimiento no podía dar lugar a la nulidad del acto jurídico de dación en pago pero sí al ejercicio de las acciones pertinentes, habilitando al heredero del constituyente para el ejercicio de la presente acción indemnizatoria por enriquecimiento indebido.*

(...) La transferencia hecha por la legataria sin haber cumplido el cargo o transferirlo a la nueva adquirente, le ha procurado un beneficio sin causa ya que aplicó el valor del inmueble a la cancelación de deudas propias destinando la propiedad a fines diferentes a los dispuestos por el testador y causando daños a sus herederos ya que éstos vieron mermadas sus legítimas al sustraerse el inmueble legado de la herencia que les correspondía sin que a cambio hubieran visto satisfecha la última voluntad de su causante.

Esta situación configura el supuesto fáctico del art. 1954 del Código Civil que sujeta a la demandada a la consecuencia jurídica prevista en la norma, es decir, a la obligación de indemnizar a quien se empobreció a expensas suyas.

(...) El análisis precedente conduce a que se ampare la pretensión indemnizatoria, cuyo monto se fijará prudencialmente teniéndose en cuenta que la legataria vino poseyendo el inmueble desde la fecha de su entrega hasta que lo transfirió a favor de la Caja Municipal de Ahorros de Lima por escritura pública de fojas doscientos cincuenta y uno de los pedidos, así como que su valor a la fecha de la transferencia fue de cuatrocientos catorce mil novecientos dólares.

Con el mismo propósito se considerará que el inmueble fue bien social de Ángel de las Casas Silva y de su cónyuge doña Sara Menéndez Guerrero y, por tanto, la indemnización se fijará a favor de la sucesión del primero como patrimonio autónomo del que forma parte el demandante y en nombre de quienes obra, tal como lo expresa en el décimo y decimotercero fundamento de hecho de su demanda” (el destacado es mío).

Como era de esperarse, con escrito del 12/7/04, la Sociedad de Beneficencia apeló esta resolución, insistiendo en el hecho que el actor no ha demostrado el daño que se le ha producido. La Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con Resolución N° 9, del 6/12/06, revocó la sentencia de primera instancia, argumentando que:

“Es de acotar que los bienes pasaron a la esfera patrimonial de la entidad emplazada por voluntad expresa del donante (en este caso el abuelo del demandante), sin afectar la legítima de sus herederos, dado que se trató de un acto de liberalidad sobre la parte de libre disposición;

(...) En tal medida no se puede invocar que hubo un enriquecimiento indebido en detrimento del accionante, dado que los bienes donados no formaron parte de la masa hereditaria por propia voluntad del testador, quien hizo uso de su derecho de libre disposición;

(...) Asimismo, debe tenerse en cuenta que para estar ante un supuesto de responsabilidad y consecuente indemnización se debe probar el daño, el nexo causal y el factor de atribución; en cuanto al daño este debe ser cierto e injusto. El nexo causal es la relación causa-efecto que existe entre la conducta que se reprocha y el resultado dañino y los factores de atribución pueden ser de naturaleza subjetiva u objetiva, según se esté ante un supuesto de responsabilidad contractual o extracontractual (¿?);

(...) En este sentido, en el caso que nos ocupa no hay un nexo causal entre las partes, a efecto de poder determinar una indemnización como la reclamada por el accionante, lo que se corrobora inclusive del expediente acompañado, del que se desprende que se desestimó la nulidad de actos jurídicos de parte del mismo accionante”.

Estas decisiones motivan las siguientes reflexiones:

a) La moraleja de este proceso es clara: cuando una persona dispone de sus bienes en beneficio de otra y desea que ésta cumpla con determinada conducta, es mejor que sea bajo la modalidad de una condición y no la de un cargo, a efectos de incentivar su cumplimiento. También es preciso que dicha condición se dé dentro de un término para evitar que se genere una situación de incertidumbre *ad aeternum*.

b) Es importante tener en cuenta si la acción ha prescrito o no. La interpretación de la Beneficencia es que el plazo prescribió en 1994. El 16/3/62, la albacea hace la respectiva entrega. El 12/8/88, la Sociedad de Beneficencia hipotecó dichos inmuebles. Ha pasado un plazo más que prudencial para entender que no hubo un cumplimiento del cargo (26 años). No obstante ello, el plazo debería contarse cuando la parte interesada haya tomado conocimiento de la hipoteca. No queda claro en autos que la misma haya sido inscrita (de ser así, el plazo comenzaría a correr en la fecha de inscripción). La escritura pública de dación en pago del 28/8/95 y su modificatoria del 1/3/96, se inscribieron el 10/10/96. Entonces es a partir de la fecha de inscripción que corre el *dies a quo*, no como sostiene la demandada (a partir de la entrada en vigencia del Código civil). Por consiguiente la acción no ha prescrito: el plazo es de 10 años por tratarse de una acción personal (art. 2001.1 C.C.).

c) Hay que tener presente también que nos encontramos frente a un tercero con buena fe registral (2013 C.C.), que es la Orden de Agustinos Recoletos.

d) Ahora bien, ¿el nieto está legitimado para accionar?. En mi opinión, sí. Autorizada doctrina italiana sostiene que “*la falta de un beneficiario directo explica la regla que legitima a cualquier interesado para actuar para el cumplimiento de la carga*”⁴⁶. No se olvide que el cargo era en beneficio (aunque la expresión leída -con los ojos de un

lector contemporáneo- pueda generar alguna perplejidad) “señoritas pobres y decentes”. Además el art. VI del t.p. C.C. legitima para actuar a quien tiene legítimo interés moral y este se refiere, justamente, al agente o a su familia.

e) ¿Nos encontramos frente a una responsabilidad contractual o a un enriquecimiento indebido? Como ya se había adelantado, si el cargo tiene la naturaleza jurídica de una obligación, su incumplimiento debe regirse bajo las reglas de la responsabilidad contractual. El hecho que el beneficiario del cargo sea una persona determinada, o que sea un tercero o un grupo indeterminado, es irrelevante en lo que a calificación del supuesto se refiere. Existe una relación débito-crédito accesoria a la liberalidad y por ello, se justifica la aplicación de las normas de la responsabilidad contractual (*rectius*: por inejecución de las obligaciones). Al establecer el art. 1955 C.C. el requisito de la residualidad, no procedería la pretensión por enriquecimiento indebido. Insisto en que la obligación de restituir los enriquecimientos injustificados o sin causa “*posee un marcado carácter de excepcionalidad*”⁴⁷ y es una fuente de las obligaciones (aunque arriesgo, con esta última afirmación, a quedarme en la “*superficie de las cosas*”⁴⁸).

f) El error en el que incurre la segunda instancia es que, al analizar los elementos característicos que configurarían el enriquecimiento indebido, los confunde con aquellos propios de la responsabilidad civil. Comparto la opinión de quien sostiene que “*por más vueltas que al tema se dé, en la hipótesis del enriquecimiento injusto hay un daño y una manera de leer ese daño. Hay un daño. El hecho de colocar en primer lugar el ‘enriquecimiento’ de uno no puede hacer olvidar que la máxima sólo funciona cuando hay ‘empobrecimiento’, ‘detrimento’, ‘jactura’. Y que la regla es siempre determinante de una pretensión dirigida a obtener un valor económico*”⁴⁹. Sin embargo, en la “*genui-*

⁴⁶ Massimo BIANCA, Diritto Civile, 2, *La famiglia. Le successioni*, 2ª ed. revisada y actualizada, Milán, Giuffrè, 1989, p. 629.

⁴⁷ Luis DIEZ-PICAZO, op. cit..

⁴⁸ Como sostiene Luis DIEZ-PICAZO, op. cit., p. 51.

⁴⁹ Luis DIEZ-PICAZO, op. cit., p. 56.

na” responsabilidad civil *“hay daño y no hay necesariamente enriquecimiento”* ⁵⁰. El análisis debió centrarse entre la relación causal entre el enriquecimiento y el empobrecimiento injustificados. En doctrina se sostiene que *“la disminución patrimonial puede producirse por la pérdida de un derecho que deriva de una causa expresa de exclusión, o simplemente por la pérdida de la posibilidad de hecho de gozar un bien o de realizar aquellas ventajas de las cuales se tendría derecho”* ⁵¹. Se agrega que *“la acción general de enriquecimiento debe encontrar su justificación fuera del mismo derecho, por una general exigencia de justicia”* ⁵². Sin embargo, no se debe olvidar el carácter residual que tiene la acción de enriquecimiento.

g) Es indudable que hubo un enriquecimiento; pero ¿cuál es el empobrecimiento? Si bien, el nieto estaba legitimado a accionar, ya se advirtió que las beneficiarias son las “señoritas pobres y decentes”. Es cierto que no se afectó -en su momento- la legítima de los herederos forzosos; pero tampoco es menos cierto que no se cumplió con el cargo. En puridad, lo que se debió haber demandado es una cantidad de dinero (siempre argumentando enriquecimiento indebido) en beneficio (no de los herederos) sino de alguna persona jurídica sin fines de lucro que apoye a personas necesitadas. En otro escenario, se habría pensado en la Beneficencia; pero dadas las particulares circunstancias de este caso, ello sería del todo inadmisibles.

h) No está demás decir que los criterios para determinar si la responsabilidad es de naturaleza objetiva o subjetiva son independientes si son contractuales o extracontractuales.

i) De acuerdo al art. 787 C.C., sí le corresponde al albacea verificar si se cumplió el cargo, en la medida que haya sido un “encargo especial del testador” (inc. 9).

De una interpretación del art. 473 de Código Civil portugués de 1966, se afirma que puede haber enriquecimiento sin causa por falta de un resultado previsto. En efecto, este numeral establece que:

⁵⁰ Luis DIEZ-PICAZO, op. cit., p. 57.

⁵¹ Alberto TRABUCCHI, op. cit., p. 67.

⁵² Alberto TRABUCCHI, op. cit., p. 68.

“1. Aquel que, sin causa justificada, se enriquece a costa de otro está obligado a restituir aquello con que injustamente se enriqueció.

2. La obligación de restituir, por enriquecimiento sin causa, tiene de manera especial por objeto lo que fue indebidamente recibido, o lo que fue recibido en virtud de una causa que dejó de existir o en vista de un efecto que no se verificó”.

Se sostiene que se deben cumplir tres requisitos ⁵³:

a) Que se haya realizado una prestación para obtener, en armonía con el contenido del respectivo negocio jurídico, un especial resultado futuro.

b) Que se desprenda del contenido del negocio jurídico la fijación del fin de la prestación.

c) Que el resultado no se produzca.

Se agrega (art. 475) que el enriquecimiento no procedería en los siguientes casos ⁵⁴:

a) Si el autor, cuando realizó la prestación, ya sabía que el efecto previsto era imposible.

b) Si el autor impidió de mala fe la verificación del resultado.

En mi opinión, la vía para resolver este supuesto es por la responsabilidad contractual. Llama poderosamente la atención la interpretación que se hace, por cuanto, el art. 474 de este cuerpo de leyes reconoce expresamente el carácter subsidiario de esta acción.

4. Gestión de negocios

El art. 1950 C.C. (siguiendo el modelo del art. 2028 C.C. italiano) prescribe lo siguiente: “Quien careciendo de facultades de representación y sin estar obligado, asume conscientemente la gestión de los negocios o la administración de los bienes de otro que lo ignora, debe desempeñarla en provecho de éste”.

⁵³ Mário Júlio DE ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 6ª ed., Coimbra, Almedina, 1994, p. 426, siguiendo a VAZ SERRA.

⁵⁴ Mário Júlio DE ALMEIDA COSTA, op. cit., ps. 427-428.

Sobre este diseño legislativo, se afirma que *“quien emprende la gestión es conciente del contacto social entre su esfera de intereses y la de otra persona, así como del hecho que se encuentra en la delicada situación de componer un eventual conflicto entre lo que sería su interés y el interés del administrado (gestionado). Por otra parte, la necesidad de una correspondencia del negocio en el interés de este último (el criterio de valorización de la actividad de gestión también está presente en el negocio del mandato) no implica, a cargo del gestor, una obligación de proveer con seguridad el éxito de la gestión”*⁵⁵. Partiendo de una analogía con el mandato (el modelo italiano remite a estas normas en materia de gestión de negocios; pero el peruano no), se afirma que *“el juez puede reconocer, a favor del gestor, un derecho a ser retribuido”*⁵⁶. En efecto, si una parte asume “conscientemente” la gestión de negocios y se le impone la obligación de actuar en interés del titular de los mismos, puede ser que el derecho al reembolso y a la indemnización por daños (art. 1952 C.C.), no corresponda al “provecho de las ventajas de la gestión” obtenidos por el administrado. Ello obedece a la más elemental *aequitas*, se sobreentiende, del caso concreto.

5. Contacto social

Se observa que, *“la moderna civilización de masa, con el ritmo febril impreso en el tráfico y en la vida social, importa también que algunas veces se constituyan relaciones obligatorias de naturaleza contractual sin tener como base un contrato válido, sino sólo en virtud de un comportamiento que, según su típica contundencia social, despliega efectos vinculantes al igual que un negocio jurídico”*⁵⁷. En las obligaciones derivadas del denominado contacto social, o de las “relaciones contractuales de hecho”, *“se resume en una breve expre-*

⁵⁵ Emilio BETTI, op. cit., p. 111.

⁵⁶ Emilio BETTI, op. cit., p. 112.

⁵⁷ Emilio BETTI, op. cit., p. 117.

*sión una doble visión del fenómeno, observado sea en razón de la fuente (y es entonces decisiva la consideración del hecho jurídico en sentido estricto) sea en razón de la relación que surge y del relativo régimen (y deviene en absorbente la consideración de la relación, que se configura y es disciplinada según el esquema de la obligación derivada del contrato)”*⁵⁸. En este orden de ideas “cuando se habla de obligaciones que nacen del contacto social, se hace referencia a una hipótesis que ha estado codificada en el código civil vigente: se alude a la responsabilidad contractual, es decir, a aquel tipo de responsabilidad en la cual incurre un sujeto que entra en tratativas con otro y no observa las reglas de la buena fe contractual. En efecto, durante las tratativas hay una obligación a cargo de ambos sujetos de comportarse según la buena fe. La fuente de tal obligación de comportamiento se encuentra directamente en la ley: es la ley que establece en vía general, para todas las hipótesis en las cuales dos o más sujetos entren en tratativas en vista de la estipulación de un futuro contrato, una obligación de comportarse según la buena fe (art. 1337 C.C. italiano)”⁵⁹. Ello está regulado en el art. 1362 C.C..

No debemos olvidar que la doctrina de las “relaciones contractuales de hecho” (*faktische Vertragsverhältnisse*) nació en Alemania en 1941 y “el clima anti-individualista y socializante de la época nacional-socialista constituyó un marco adecuado para el desarrollo de estas ideas”⁶⁰.

Y aquí nos encontramos con la disciplina, relativamente reciente, del derecho de los consumidores. Comparto plenamente que “al estudiar y aplicar las normas del derecho de obligaciones habrá que realizar la necesaria correlación con las normas del derecho de consumo, para comprobar si se encuentran modificadas o comple-

⁵⁸ Pietro RESCIGNO, voz *Obbligazioni (nozioni)*, *Enciclopedia del Diritto*, XXIX, Milán, Giuffrè, 1979, p. 156.

⁵⁹ Enrico MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni. Corso di diritto civile*, 2ª ed., Turín, Giappichelli, 2009, p. 171.

⁶⁰ Rodolfo SACCO y Giorgio DE NOVA, *Il contratto*, tomo primero, Turín, UTET, 1993, p. 125.

mentadas” ⁶¹. Así, veamos el caso de un centro comercial, que no cumplió con señalar que un buzón ubicado en uno de sus corredores se encontraba sin tapa, lo cual originó que una señora cayera en su interior, la Comisión, con Resolución N° 2272-2007/CPC, del 28/11/07, a propósito de la configuración de la relación de consumo, se observó que: *“una persona puede entrar en contacto con un bien o un servicio de muchas maneras, sin que necesariamente lo haya adquirido directamente como propietario o sin que incluso medie una relación contractual con el proveedor. Así, por ejemplo, ocurre con los casos de discriminación, donde si bien no se llegó a configurar una relación de consumo, queda claro que la conducta del establecimiento vulneró los derechos de los consumidores.*

En el presente caso, la Comisión considera que Inversiones San Borja no puede eximirse de responsabilidad por los hechos denunciados, dado que en su calidad de centro comercial, resulta responsable por brindar un mínimo de seguridad a los consumidores que ingresen a su establecimiento. Por tanto, debe desestimarse la solicitud de la denunciada para que la denuncia sea declarada improcedente” (el destacado es mío).

Esta decisión fue confirmada por la Sala, mediante Resolución No. 0675-2008/TDC-INDECOPI, del 3/4/08, afirmándose que: *“la lógica de las normas de protección al consumidor no coincide exactamente con aquellas que guían el derecho contractual o el sistema de responsabilidad civil, sino que tiene un cariz distinto, una significación más amplia de sus conceptos, como es la noción de consumidor, debido a la vocación de dichas normas de otorgar una “especial protección” a los consumidores.*

(...) Por ejemplo, bajo la lógica de las normas de protección al consumidor, la noción de consumidor no se restringe a la persona que adquirió un producto o servicio, sino que tiene un alcance mayor, pudiendo abarcar a personas que, si bien no adquirieron un producto o servicio, únicamente disfrutaban de uno, *algo impensable bajo la lógica de la responsabilidad civil.*

(...) Por otro lado, no debe perderse de vista que los procedimientos por infracciones a las normas de protección al consumidor se orientan a cautelar el interés colectivo de los consumidores, mediante la evaluación de peticiones de naturaleza individual, operando como mecanismos a través de los cuales la autoridad administrativa puede monitorear la actuación de los proveedores en el mercado y sancionar las infracciones a la ley de protec-

ción al consumidor para disuadir o prevenir dichas conductas. *De ahí que éstos son procedimientos eminentemente sancionadores.*

(...) *La relación contractual entablada entre la señora Irigoyen e Inversiones San Borja debe ser evaluada considerando el sentido amplio de las definiciones contenidas en el art. 3º del decreto legislativo 716, a efectos de determinar si califica como una relación de consumo a la que le es aplicable dicha Ley o si, por el contrario, se trata únicamente de una relación de naturaleza civil entablada entre ambas partes, que no puede ser evaluada por este órgano administrativo.*

(...) El negocio de Inversiones San Borja consiste en ofrecer a empresas especializadas en venta al detalle, locales comerciales dentro de un espacio determinado. Una de las decisiones clave para que los negocios de venta al detalle atraigan la mayor cantidad de clientes es la adecuada ubicación de sus instalaciones. En la actualidad, la mayor parte de las tiendas se sitúan cerca de otras para aumentar su capacidad para atraer clientes y ofrecer a los consumidores la comodidad de efectuar consumos de distintos productos y servicios en un mismo lugar ⁶² (el destacado es mío)”.

Estas decisiones merecen las siguientes reflexiones:

a) La argumentación de la Comisión es más lograda que la de la Sala: En efecto, se recurre a la teoría del contacto social para justificar la competencia del órgano colegiado, sin que ello implique que se instaure una relación de consumo.

b) La fundamentación de la Sala (si bien se comparte su decisión) es confusa: se parte sosteniendo que la “lógica” de la tutela del consumidor y de la responsabilidad civil es distinta, se incurre en el inexcusable error de identificar la responsabilidad civil sólo con la contractual, se “inventa” una relación contractual entre la denunciante y el proveedor y, por último, se argumenta la teoría del “cliente potencial”. Todo ello se ve “reforzado” en el énfasis que se pone al carácter sancionador del procedimiento de tutela al consumidor.

⁶¹ Luis MOISSET DE ESPANÉS, con la colaboración de Manuel CORNET y José Fernando MÁRQUEZ, t. 1, cit., p. 69.

⁶² Ver Philip, KOTLER y Gary ARMSTRONG, *Fundamentos de marketing*, 6ª ed., México, Pearson Educación, 2003, Cap. 12.

c) En este caso, bastaba argumentar, sin necesidad de crear una relación de consumo, que se estaba frente a un consumidor equiparadoes decir, aquel que se encuentra expuesto a una relación de consumo ⁶³ (en cuyo caso se aplicarán las normas de responsabilidad extracontractual) y como el principal-proveedor responde por los daños de sus dependientes (ex art. 1981 C.C.) era plenamente aplicable el art. 8º LPC.

Observo, en la teoría del “contacto social” un terco esfuerzo en contractualizar una responsabilidad que, a todas luces es extra-contractual: en efecto, si estamos en el escenario de las tratativas o negociaciones del contrato, las reglas a aplicarse a la denominada responsabilidad pre-contractual, por haberse quebrantado el principio de la buena fe, son las de la responsabilidad aquiliana. Si una persona o consumidor equiparado ingresa a un local abierto al público, existe un deber genérico de protección a cargo del proveedor, cuya infracción genera responsabilidad; pero de naturaleza extracontractual. La teoría del contacto social es fuente de obligaciones; pero de carácter extra-contractual.

6. La responsabilidad

Como dato histórico, es importante tener en cuenta que la “*lex Aquilia no ponía expresamente a la culpa como extremo del daño, sino contenía el término genérico y por decir así, iridiscente de iniuria*” ⁶⁴. Al parecer, el principio “ninguna responsabilidad sin culpa” se remonta a los bizantinos ⁶⁵. La expresión responsabilidad contractual “*es una sinécdo-*

⁶³ Solange RETTMANN, “Do consumidor equiparado a bystandard”, Jus navigandi, Teresina, año 7, n. 88, 29/9/03. Disponible en: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4338>>. Acceso el 16/7/09 a las 20:00 horas y Dante RUSCONI, “La noción de ‘consumidor’ en la nueva Ley de Defensa del Consumidor”, especial para Lexis Nexis, publicado en SJA 28/5/08. Permítaseme remitir además, a mi artículo “Hacia la protección del ‘eslabón perdido’. El reconocimiento de la categoría del consumidor equiparado”, en Actualidad Jurídica, t. 188, Lima, Gaceta Jurídica Editores, julio 2009.

⁶⁴ Emilio BETTI, op. cit., p. 38.

⁶⁵ Emilio BETTI, op. cit., p. 37

*que, indica el todo con la parte: la parte, del resto, es largamente más importante, no sólo desde el punto de vista económico, sino también desde el punto de vista de la dogmática jurídica”*⁶⁶.

Frente a la contraposición de la responsabilidad contractual y extracontractual, se advierte que *“bajo el nombre de ‘contractual’ en realidad se comprende el incumplimiento de toda obligación ya constituida entre sujetos determinados, mientras queda fuera del esquema la relación que se produce entre el sujeto lesionado y el autor del daño como consecuencia de la violación del precepto neminem laedere”*⁶⁷. Sin embargo, *“en el plano legislativo la más conveniente solución es aquella largamente perseguida por la doctrina y la práctica francesa, de atenuar e incluso suprimir toda diferencia de régimen entre los dos tipos de responsabilidad, contractual y aquiliana”*⁶⁸.

7. El binomio débito-responsabilidad

Se sostiene que *“en la regla se sobreentiende la libertad, en línea de principio, que corresponde al deudor, de realizar actividades que incrementen o disminuyan sus bienes. La ley permite a los acreedores intervenir solamente si la actividad o la conducta del obligado ponen en peligro la ‘conservación de la garantía patrimonial’”*⁶⁹. Asimismo, *“hoy no reviste valor práctico la búsqueda de hipótesis en las cuales subsistiría a cargo del sujeto el débito sin la respectiva responsabilidad”*⁷⁰. En lo que a la garantía real por una deuda ajena se

⁶⁶ Luigi MENGONI, voz Responsabilità contrattuale (dir. vig.), *Enciclopedia del Diritto*, XXXIX, Milán, Giuffrè, 1988, p. 1072.

⁶⁷ Pietro RESCIGNO, op. cit., p. 161.

⁶⁸ Pietro RESCIGNO, op. cit., p. 206.

⁶⁹ Pietro RESCIGNO, op. cit., p. 206.

⁷⁰ Pietro RESCIGNO, op. cit., p. 207. Aunque admite como caso el de la hipoteca para garantizar la deuda de un tercero como de responsabilidad sin débito. Precedentemente, en el mismo sentido -ampliando el supuesto de la garantía mobiliaria- Emilio BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, cit., p. 88, quien entiende como casos de débito con una posible (no actual) responsabilidad, el del legado que el patrimonio heredado no baste para cubrirlo y el de un crédito paralizado por la prescripción (cit., p. 85).

refiere, se sostiene que no se trata de un débito secundario, “*recuperar, mediante el pago de la deuda, la cosa propia del vínculo real, el (tercero) puede; pero no debe: lo suyo es una carga (facultas alternativa), no una obligación ni un débito (propio)*” ⁷¹.

Se afirma que la garantía es “*la expectativa de satisfacción, en tanto se pre-constituye al cumplimiento*” ⁷². En este orden de ideas, “*toda relación obligatoria, en general crea desde su inicio, por el lado activo, una expectativa de satisfacción, bajo la forma de garantía sobre la persona o sobre el patrimonio del deudor; por el lado pasivo, una responsabilidad*” ⁷³. Se observa que “*los juristas alemanes entienden por ‘Haftung’ destinar una persona o cosa para satisfacer a otro (acreedor) por alguna razón o -en otra fórmula- el sometimiento de una persona o de una cosa a un poder de agresión (o de coacción, como otros dicen) del acreedor*” ⁷⁴. Agregando que “*la palabra italiana que más se acerca al concepto de ‘Haftung’ sería ‘garantía’. Si no que esta expresa el lado activo de la relación de responsabilidad, no el pasivo como la palabra alemana o como aquella latina obligatio en el significado que asume en la expresión obligatio rei*” ⁷⁵.

Así, la responsabilidad es definida, en un sentido genérico, “*como la posición creada a un sujeto por la necesidad jurídica de sufrir la pérdida de un bien a título de sanción (reparación o pena) debido a un evento determinado y, máxime, en razón de un daño ocasionado*” ⁷⁶. En el ámbito del derecho privado y en el derecho de las obligaciones, la responsabilidad “*es la situación jurídica de vínculo caracterizada por el peligro de perder un bien a título de satisfacción ajena (de sujeto con el cual uno se ha vinculado) por no verificarse un evento de-*

⁷¹ Emilio BETTI, op., cit., p. 89.

⁷² Emilio BETTI, op., cit., p. 23.

⁷³ Emilio BETTI, op. cit., ps. 23-24, siguiendo a Antonio CICU, “L’obbligazione nel patrimonio del debitore”, (curso 1922-23, reeditado en 1948) en apéndice 232.

⁷⁴ Emilio BETTI, op. cit., ps. 28-29.

⁷⁵ Emilio BETTI, op. cit., p. 32.

⁷⁶ Emilio BETTI, op. cit., p. 33.

terminado por el otro - o por producirse un evento temido por el otro"⁷⁷. Nótese que la doctrina que vengo siguiendo entiende a la responsabilidad como "un estado potencial" en el cual *"atraviesa, primero, un estado de pendencia, durante el cual no es aún actuable y es incierto si se producirá o caerá en la nada"*⁷⁸. Delimitando aún más este concepto, en su "función objetiva de garantía", como una *"particular posición de una persona que resulta de la destinación jurídica de un bien que le corresponde, para servir de satisfacción a otra persona por un evento esperado o temido por ésta: destinación independiente de la voluntad del titular del bien e independiente, tanto del bien como del evento"*⁷⁹. Se distinguen, pues, dos momentos:

a) La razón de la responsabilidad, caracterizada por el evento esperado o temido, su verificación (o no) motivo por el cual la responsabilidad subsiste⁸⁰.

b) El objeto de la responsabilidad, caracterizado por el bien, por la pérdida del cual la responsabilidad está destinada a realizarse cuando el evento no se verifica⁸¹.

Se puntualiza que *"el evento es razón de responsabilidad, en cuanto forma el objeto de una precedente expectativa -positiva o negativa- por parte de quien a su favor la responsabilidad está constituida. Sin esta previa expectativa, no es, por definición concebible una responsabilidad de derecho privado, ni, por consiguiente, una obligación"*⁸². Entonces, a la responsabilidad -entendida como una posición que resulta de la destinación de un bien que le corresponde a una persona debido a un evento esperado o temido por ésta- corresponde, por parte de esta persona, en cuyo favor la responsabilidad se constituye, *"una expectativa de satisfacción que se presenta propiamente -en cuanto está pre-constituida al cumplimiento- como una garantía"*⁸³. La ex-

⁷⁷ Emilio BETTI, op. cit., p. 35.

⁷⁸ Emilio BETTI, op. cit..

⁷⁹ Emilio BETTI, op. cit., p. 36.

⁸⁰ Emilio BETTI, op. cit., p. 37.

⁸¹ Emilio BETTI, op. cit., p. 38.

⁸² Emilio BETTI, op. cit..

⁸³ Emilio BETTI, op. cit., p. 40.

pectativa de satisfacción, en tanto garantía, y la responsabilidad son dos lados de la misma relación jurídica ⁸⁴.

El débito puede ser definido *“como el deber jurídico de seguir una determinada prestación que tiene un valor económico; brevemente, puede calificarse como un deber de prestación, que es socialmente una cooperación”* ⁸⁵. Para la doctrina que vengo siguiendo, la obligación natural es un supuesto de débito sin responsabilidad, calificándola como *“una figura anormal del débito puro”* ⁸⁶. Por ello *“hay una independencia absoluta entre débito y responsabilidad”* ⁸⁷. El crédito es entendido como *“un título jurídico a para obtener de una persona determinada una determinada prestación de valor patrimonial”* ⁸⁸. Al deber de la prestación (en cabeza del deudor) le corresponde la expectativa de la prestación (en cabeza del acreedor) ⁸⁹. La obligación es *“la relación jurídica patrimonial entre dos personas, en fuerza de la cual, una (el deudor) es responsable frente a la otra (el acreedor) de la verificación de un evento determinado (positivo o negativo) que, por regla general, es debido para ésta (= prestación)”* ⁹⁰. La prestación es considerada como el objeto de la obligación ⁹¹. Entonces se distinguen dos momentos ⁹²:

a) La obligación, cuando el evento esperado esté -como es la regla- en poder y en deber del obligado, se presenta de la parte pasiva (a) como débito, es decir, deber de la prestación; de la parte activa (b) como crédito, como expectativa de prestación.

b) La obligación se presenta de la parte pasiva (a) como responsabilidad del cumplimiento del débito; de la parte activa (b) como expectativa

⁸⁴ Emilio BETTI, op. cit., p. 42.

⁸⁵ Emilio BETTI, op. cit., p. 49.

⁸⁶ Emilio BETTI, op. cit., p. 51.

⁸⁷ Emilio BETTI, op. cit., p. 58.

⁸⁸ Emilio BETTI, op. cit., p. 54.

⁸⁹ Emilio BETTI, op. cit., p. 56.

⁹⁰ Emilio BETTI, op. cit., p. 60.

⁹¹ Emilio BETTI, op. cit..

⁹² Emilio BETTI, op. cit., p. 61.

de satisfacción, garantía del crédito: expectativa de realizar, “*en su valor económico social*”⁹³, la responsabilidad.

Así, débito y responsabilidad serían “*dos momentos de la obligación, que tiende a corresponderse, a unirse orgánicamente y adecuarse perfectamente: la responsabilidad tiende a ser -hasta donde ello sea posible- mesurada al débito, ni excesiva ni deficitariamente*”⁹⁴. Se agrega “*que el patrimonio del deudor sea el objeto genérico de la responsabilidad de quien tenga en general la función de ofrecer al acreedor la garantía común de sus expectativas de prestación, está fuera de dudas*”⁹⁵. El patrimonio del deudor es pues una garantía de la obligación “*en un sentido puramente relativo, genérico y virtual*”⁹⁶. En el derecho moderno, “*la responsabilidad se ha despojado por completo de su carácter personal para asumir un carácter patrimonial puro*”⁹⁷. El patrimonio es una “*garantía potencial, no actual*”⁹⁸.

8. La responsabilidad por débito

Se observa que “*cuando sea concomitante a un débito, la responsabilidad es -en el estado potencial- la suma de las consecuencias jurídicas que se derivan del incumplimiento del débito mismo. Esta expresa el contenido, único y principal, de la sanción jurídica correlativa al precepto (jurídico o al menos jurídicamente relevante) que es fuente del débito*”⁹⁹. La responsabilidad por débito tiene una doble función, destinada “*a superar, por diversa vía, la resistencia del deudor*”¹⁰⁰:

⁹³ Emilio BETTI, op. cit., p. 62.

⁹⁴ Emilio BETTI, op. cit., p. 127.

⁹⁵ Emilio BETTI, op. cit., p. 138.

⁹⁶ Emilio BETTI, op. cit., p. 139.

⁹⁷ Emilio BETTI, op. cit., p. 140.

⁹⁸ Emilio BETTI, op. cit., p. 141.

⁹⁹ Emilio BETTI, op. cit., ps. 64-65.

¹⁰⁰ Emilio BETTI, op. cit., p. 65.

a) Una función preliminar o preventiva, que es la de poner al deudor en una “situación de coacción” psicológica la cual, en un juicio de conveniencia, haga que cumpla con el débito ¹⁰¹.

b) Una función principal o sustitutiva, la de garantizar al acreedor (en caso la coacción psicológica falle) su satisfacción por subrogación (independientemente de la voluntad y actuación del deudor) ¹⁰².

Entonces, *“el bien propio con el cual el deudor responde y el evento que él debe prestar y del cual responde, coinciden objetivamente el uno con el otro, sin que por ello venga a menos la diferencia conceptual entre débito y responsabilidad”* ¹⁰³.

Se suele hablar de conversión de la obligación en los siguientes términos: *“si el interés del acreedor no se satisface por causa del incumplimiento, a la obligación originaria se agrega (cuando la prestación sea aún posible o útil) una obligación de resarcimiento, que en realidad constituye una modificación o conversión legal de la obligación primaria, a la cual está ligada, (...) puesto que siempre se adecua a la satisfacción del interés del acreedor (...) En esta fase aún no viene en consideración aquel aspecto de la ‘responsabilidad patrimonial’ del deudor que consiste en el sometimiento al procedimiento de ejecución forzada sobre los bienes que le pertenecen (...), si bien, como es sabido, sea difundida la tendencia a describir el fenómeno en términos de ‘responsabilidad’; pero con la precisión que se trata de responsabilidad “personal” o contractual”* ¹⁰⁴. Posteriormente, surge un segundo momento. Así, *“si el deudor aún no cumple con la obligación vinculada con tal primaria responsabilidad, el vínculo patrimonial, que al estado potencial y en formas cautelares asiste a la relación desde su nacimiento (se permite que el acreedor pueda ejercitar la acción subrogatoria o revocatoria o solicitar un secuestro conservativo [...]), deviene plenamente operante con la aplicación de las normas del proceso de ejecución”* ¹⁰⁵. Por ello, *“la fase*

¹⁰¹ Emilio BETTI, op. cit..

¹⁰² Emilio BETTI, op. cit., ps. 66-67.

¹⁰³ Emilio BETTI, op. cit., p. 68.

¹⁰⁴ Umberto BRECCIA, op. cit., p. 63.

¹⁰⁵ Umberto BRECCIA, op. cit..

'final' de la responsabilidad patrimonial es estructuralmente diversa de la obligación. El acreedor se vale de un derecho cuyo ejercicio puede consentirle satisfacer en vía coactiva el interés lesionado. El deudor está en una posición de sujeción. A diferencia de la relación obligatoria que nace por efecto de la violación de la obligación originaria, tal fase sucesiva es de naturaleza 'potestativa': no obligatoria" ¹⁰⁶.

En mi opinión, en materia de relaciones jurídicas patrimoniales, la responsabilidad es (cronológicamente) un *posterius* al débito y (ontológicamente) un instrumento de tutela de la lesión del (distinto) derecho de crédito. El *nomen* (atécnico) de garantía genérica, sirve para expresar en una sola fórmula, al potencial estado de sujeción del deudor, el cual (en su momento) se revela a través de todos aquellos mecanismos de los cuales puede valerse el acreedor, para que el deudor haga un correcto ejercicio de sus derechos, sin lesionar las situaciones jurídicas de las cuales el acreedor es titular. Autorizada doctrina española, describe esta situación de los acreedores como de "*poder de los acreedores sobre la gestión patrimonial del deudor*" ¹⁰⁷.

Nótese que el concepto de garantía genérica, que en puridad es un estado potencial de sujeción, no es extraño al Código Civil peruano. Así, en los supuestos de la excepción de caducidad del plazo y de incumplimiento, dichas medidas operarán hasta que se "garantice su cumplimiento". Ello se ve corroborado en el caso de la pretensión procesal de ineficacia (denominada acción pauliana), en la que se requiere al deudor o al tercero que acredite "la existencia de bienes suficientes para garantizar la satisfacción del crédito". En estos casos, no se solicita que el deudor constituya garantías (específicas) a favor del acreedor, sino que acredite su disponibilidad patrimonial sobre la cual (en su momento, vale decir, cuando se presente la lesión -o amenaza de lesión- del derecho de crédito) se genere el estado de sujeción entre acreedor y deudor.

Ahora bien, ¿existe un estado de sujeción (por parte del deudor) o tal situación de poder o de control (por parte del acreedor) antes que la

¹⁰⁶ Umberto BRECCIA, op. cit..

¹⁰⁷ Luis DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial, Las relaciones obligatorias*, II, 5ª ed., Madrid, Civitas, 1996, p. 729.

obligación sea exigible?. Veamos un ejemplo: Bassanio le debe dinero a Shylock ¿El patrimonio del deudor se encuentra en un estado de sujeción respecto al acreedor? ¿Este puede intervenir en las decisiones con contenido patrimonial del deudor? La respuesta negativa es la correcta. Sólo cuando la obligación sea exigible o se amenace o se lesione el legítimo interés del acreedor (respecto de la actividad patrimonial del deudor), recién surgirá el estado de sujeción con su contrapartida, que es el poder de control por parte del acreedor. Por ello, cierto sector de la doctrina – como hemos visto- prefiere hablar de potencial estado de sujeción; pero la expresión potencial, por ser tan genérica, puede significar mucho...y también nada. ¿Qué se quiere decir que al contraer la obligación existe un estado “potencial” de sujeción o sometimiento del patrimonio del deudor a favor del acreedor? Creo que el dicho “no cruces el puente antes de llegar al río” es pertinente en este caso. En el denominado momento fisiológico de la relación obligatoria, el deudor puede disponer de su patrimonio sin la intervención del acreedor, salvo repito, que se amenace o se lesione su legítimo interés antes que la obligación sea exigible. Es recién en el momento patológico de la relación obligatoria que se puede hablar de un estado de sujeción o estado de poder o control. Mientras tanto, hablar de estado “potencial” de sujeción, en mi opinión, carece de sentido, por cuanto el principio que prima en el momento fisiológico de la relación obligatoria es el de libre disposición del patrimonio del deudor, evidentemente, respetando los derechos subjetivos y los legítimos intereses del acreedor y de los demás ¡pero eso no nos debe llevar a decir que hay un potencial estado de sujeción frente a ellos!

En otra sede expliqué lo que acontece con la denominada acción pauliana (*rectius*: pretensión procesal de ineficacia del acto jurídico)¹⁰⁸. Ello es aplicable también, por ejemplo, en el caso de la acción subrogatoria. La inercia del deudor lesiona el legítimo interés del acreedor, con respecto al actuar patrimonial jurídicamente relevante del deudor. Por ello, es necesario distinguir dos planos:

¹⁰⁸ Juan ESPINOZA ESPINOZA, *Naturaleza jurídica del legítimo interés: Hacia el rescate de su autonomía conceptual*, Advocatus. Nueva Epoca, tercera entrega, Universidad de Lima, 2000, ps. 43-44.

a) el de la relación obligacional entre acreedor y deudor (en la cual, aunque se pague de evidente, el acreedor es titular de un derecho subjetivo frente al deudor) y

b) el de la actividad patrimonial del deudor frente a terceros (en la cual el acreedor no tiene derecho alguno, pero sí un legítimo interés a que el derecho del deudor sea ejercido discrecionalmente, vale decir, sin que ello afecte o amenace su relación jurídica con éste).

El estado de sujeción, entonces, surge en cualquiera de estos momentos:

a) antes que la obligación sea exigible, cuando el actuar patrimonial jurídicamente relevante del deudor lesione o amenace el legítimo interés del acreedor,

b) cuando la obligación sea exigible y no se ha cumplido con la misma.

La responsabilidad civil surge cuando se lesiona el derecho de crédito por omisión en el cumplimiento o por cumplimiento inexacto o cuando se afecte el legítimo interés del acreedor a que el deudor ejerza su “señorío” sobre su patrimonio de una manera que no afecte su posición jurídica. No tenemos por qué crear situaciones “potenciales” para justificar el actuar del acreedor. Es recién, en estos supuestos, cuando nace la situación de poder o de control de la gestión patrimonial del deudor, por parte del acreedor. En conclusión, se puede afirmar que la responsabilidad es un instrumento de tutela civil de situaciones jurídicas, dentro de las cuales pueden encontrarse aquellas de crédito.

OBLIGACIONES *PROPTER REM*

NÉSTOR JORGE MUSTO

Sumario: Introducción. Antecedentes históricos. El debate en el siglo XIX. Concepto. Características. Naturaleza jurídica. Nuestra posición. Obligaciones reales admitidas por el Código Civil. Casos controvertidos. Las expensas. El art. 17 ley 13.512. Conclusión.

Introducción

El tema que concita nuestra atención nos ha parecido el más apropiado para participar, con este grano de arena, en el homenaje de quien es uno de los grandes científicos del derecho que ha penetrado -con similar tesón- tanto en el campo de las obligaciones como el de los derechos reales. Que mejor que una humilde como breve incursión en el campo de las obligaciones reales, llamadas *propter rem*, *ob rem* o también *ambulatorias*, que han dado lugar a serias dificultades en su caracterización y tratamiento.

Es que en todas las ramas del derecho se nos presentan a diario instituciones que no se dejan atrapar fácilmente por las -a veces- caprichosas clasificaciones que los juristas han elaborado trabajosamente a partir de intelectos formados en una lógica racionalista, en la que impera el mandato de los principios generales del derecho, de otros de menor jerarquía que se muestran como excepciones, o como derivaciones de otros principios que plasman diversos valores, enarbolándose así una pirámide, cuya base no siempre condice con la realidad social a la que aspira regularmente y de la que -en rigor- el derecho positivo debería nutrirse.

Es que en nuestra cultura, nos guste o no, todavía existen resabios de los sistemas acuñados por el individualismo decimonónico y su culto por la diosa Razón.

A partir de la clásica dicotomía de los derechos de contenido patrimonial que enfrenta las categorías de derechos reales y los personales (mejor llamarlos creditorios), se nos aparecen estas figuras a las que ora se le atribuyen matices de la primera, ora se le asignan cualidades de la otra, ora se las sindica como pretensas instituciones intermedias.

Antecedentes históricos

Las expresiones *obligatio re o propter rei* no figuran en los textos del derecho romano que hemos tenido oportunidad de consultar. Más aún la expresión obligaciones reales se nos aparece como un oxímoron, unión de dos vocablos con sentido opuesto. Petit, en su tratado elemental emprende el estudio de las obligaciones partiendo de la división entre derechos reales y derechos de crédito que él llama en conjunto obligaciones distinguiendo -eso sí- los dos aspectos. Desde el punto de vista del acreedor le llama derecho de crédito y desde el punto de vista del deudor una obligación, una deuda que figura en su pasivo. Al clasificar las obligaciones no encuentra un lugar para la categoría que aquí estudiamos ¹.

Los antiguos autores señalaron sin embargo, una clase intermedia entre los derechos reales y los creditorios. Esta distinción no fue conocida en la glosa; pero bajo el nombre de *ius ad rem* surgió en el derecho canónico, atribuyéndose la prioridad a Inocencio IV, quien habría utilizado este expediente para facilitar la situación de los titulares de beneficios eclesiásticos ².

Durante la Edad Media las cargas reales (Reallasten) tuvieron un papel de extraordinaria importancia, en la historia del derecho alemán, a tal punto que -como dice Hedemann- "*ni siquiera el derecho romano, extraño y opuesto a ellas, pudo eclipsarlas*" ³.

¹ Eugène PETIT, *Tratado elemental de derecho romano*, Buenos Aires, Albatros, 1963, p. 365.

² Héctor LAFAILLE, *Tratado de los derechos reales*, Buenos Aires, Ediar, 1943, t. I, p. 24.

³ J.W. HEDEMANN, *Tratado de derecho civil*, vol. II, Derechos reales, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955, p. 379.

Dice el autor citado que el desarrollo de la carga real en los medios rurales comienza en la Edad Media. El labrador ha vivido durante siglos en un estado de enorme sumisión. Había dos formas de dependencia, la personal y la real. En la segunda dice: “única que aquí nos interesa, no estaba vinculada la persona, sino el trozo de tierra en que aquella se asentaba, su labranza, en suma”⁴.

Después de expresar que la carga real es el tipo más sobresaliente de tal trabazón del fundo dice que “todo el país estaba cubierto de cargas reales convergente en la entidad señorial” concluye el acápite diciendo que recién el siglo XIX al soplo de los “aires puros de la Ilustración en alas del movimiento político del período Steing-Hardemberg acabaron con la mayoría de estas cargas o bien las convirtieron poco a poco en censos pecuniarios redimibles”⁵.

Pothier y los juristas de su época, no conocían ningún tipo intermedio entre los derechos reales y las obligaciones.

El debate en el siglo XIX

El Código de Napoleón no menciona en ninguno de sus textos a las “obligaciones reales” o *propter rem*, sin embargo, en torno de sus disposiciones, se elaboró científicamente toda una doctrina sobre este particular, desde los primeros comentaristas que tuvo adeptos importantes como Aubry y Rau y Demolombe quienes señalaron como característica la limitación de la responsabilidad del deudor, circunscripta a la cosa; de suerte que en igual medida se reducía la garantía del acreedor, como consecuencia, era permitido el abandono. Pero también tuvo sus detractores, como Marcadé⁶.

Es Rigaud, sin embargo, quien con más énfasis defiende la tesis negativa. Después de pronunciarse contra la generalización del brocardico *servitus in faciendo consistere nequit*, que los romanos sí aplicaron a

⁴ *Ibidem*.

⁵ J.W. HEDEMANN, op. cit., p. 380.

⁶ Héctor LAFAILLE, op. y loc. cit., p. 25.

las servidumbres propiamente dichas, arremete contra la figura de la obligaciones *propter rem* a las que sindica como inventadas para justificar las excepciones a la aplicación de dicho proloquio. Así dice: “*La expresión elíptica res debet servitutem no significa que sea la cosa en si misma deudora, lo cual sería absurdo, ya que no tiene voluntad, sino que declara en forma concisa que es el poseedor de la cosa quien debe sufrir y no impedir el ejercicio de la servidumbre*” y luego agrega: “*Asimismo, pero en sentido inverso, la expresión fundo debetur servitus no debe ser tomada al pie de la letra en el sentido de que sea el fundo dominante el sujeto del derecho de servidumbre, sino que designa de esta forma elíptica que es el propietario del fundo dominante el sujeto del derecho de servidumbre*”⁷.

Agrega más adelante después de señalar la obligación de pagar que tiene el tercero poseedor, adquirente de un inmueble hipotecado, como un derecho *in faciendo*: “Se pretende escapar a esta consecuencia, por el concepto de la obligatio *propter rem*, inventada para explicar las excepciones a la regla *servitus in faciendo consistere nequit*” para concluir: “*Es preciso ante todo, deshacernos del concepto de la obligatio propter rem, concepto desmañado, destinado sólo a enmascarar la existencia de los derechos in faciendo*”⁸.

En el mismo sentido se pronuncia Laquis siguiendo a Ginossar⁹.

Concepto

Se denominan obligaciones *propter rem* a un conjunto, no homogéneo, de relaciones jurídicas cuya característica común es que desde el punto de vista subjetivo, el vínculo obligacional está determinado por el carácter de titular de una relación real, comprensiva tanto de los derechos reales que se ejercen por la posesión como de las meras relaciones posesorias, de modo tal que cuando cambia la titularidad (activa o pasiva-

⁷ Luis RIGAUD, *El derecho real*, Madrid, Reus, 1928, p. 301.

⁸ Luis RIGAUD, op. y loc. cit., p. 301.

⁹ Manuel Antonio LAQUIS, *Derechos reales*, Buenos Aires, Depalma, 1975, t. I, p. 35.

mente) la condición de acreedor o deudor, pasa al nuevo titular. El cambio se produce *ipso iure* al asumir la titularidad y sin necesidad de declaración de voluntad de parte del sucesor ni de aceptación de la otra parte, sea la sucesión singular o universal.

La obligación se extingue cuando se extingue la cosa y en principio, el deudor puede liberarse haciendo abandono de ella, pero hay excepciones como las deudas por expensas en el régimen de la propiedad horizontal.

Características

a) Los titulares se encuentran en una relación real o posesoria con una cosa, empleando este vocablo en el sentido del art. 2311 del C.C..

*“La obligación propter rem no nace sin la conexión con una cosa, pero requiere para ello algo más que ésta: una causa generadora para tal fin, al igual que lo que sucede con las restantes relaciones obligatorias”*¹⁰.

b) Se transmiten juntamente con la cosa, con prescindencia de la voluntad o conocimiento de los sujetos. En este aspecto, citamos a Lacruz Berdejo y coautores quienes siguiendo a De los Mozos enseñan que *“Dada esta inherencia, la transmisión de la obligación al adquirente de la cosa, que deviene deudor, es automática; sigue a la transferencia de la cosa como un efecto a la causa sin concurrir la voluntad de las partes (aun con su ignorancia) hay asunción de deuda, no interviniendo para nada el acreedor”*¹¹.

c) Su extinción se produce al cesar la relación real o posesoria por cualquier causa (desaparición de la cosa, transferencia, abandono). En este caso el deudor queda liberado de todas las obligaciones, tanto las contraídas durante su relación real o posesoria como las anteriores que le

¹⁰ Ramón D. PIZARRO y Carlos G. VALLESPINOS, *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. I, p. 80 y ss..

¹¹ LACRUZ BERDEJO; SERRANO; DELGADO; ECHEVERRÍA; MENDOZA; *Elementos de derecho civil. Derechos reales. Posesión y propiedad*, 3ª ed., Barcelona, JMB Editora, 1990, vol I, ps. 19 y 20.

fueran transmitidas. Sin embargo, en torno a este punto existen posturas que iremos examinando a lo largo de este trabajo.

d) La prestación puede consistir en un dar, hacer o no hacer. De hecho la mayoría de las obligaciones que nacen en las relaciones de vecindad, suelen consistir en un hacer o no hacer.

e) En caso de incumplimiento el deudor responde con todo su patrimonio, tanto por las obligaciones generadas antes como durante su relación con la cosa, pero puede liberarse por el abandono cuando éste se admite.

f) Se suele señalar que las obligaciones reales nacen exclusivamente de la ley, rigiendo para ellas el principio del *numerus clausus*. Sin embargo no estamos convencidos de tal característica, dado que por su número, dispersión y heterogeneidad, se hace difícil predicar la vigencia de tal principio, que no admite una aplicación parcial, máxime cuando la doctrina no se pone de acuerdo en algunos supuestos como, por ejemplo el del art. 1498 del C.C., que ha dado lugar a intensa polémica.

Naturaleza jurídica

En nuestra doctrina se reflejan distintas posturas:

Lafaille ¹², en su *Tratado de derechos reales*, expresa que la doctrina sentada por el codificador en el art. 497 es definitiva, teniendo en cuenta las fuentes y que la doctrina contraria no ha podido hacer caer esta tesis, por más rastros que haya dejado en el articulado.

Considera que todos los ejemplos que se mencionan generalmente, relacionados con los derechos y obligaciones inherentes a la posesión, en el orden fiscal, en cuanto a las restricciones y límites al dominio, en cuanto a la transmisión de los derechos en general, en cuanto al derecho de retención no configuran propiamente una situación intermedia, es decir, obligaciones *propter rem* por cuanto ellos no alteran el criterio inicial: no hay en el Código ninguna obligación que corresponda a derechos reales.

¹² Héctor LAFAILLE, *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, Buenos Aires, Ediar, 1943, t. III, vol. 1, p. 26 y ss..

Asimismo, afirma que tampoco es posible encontrar en la normativa las variantes *in rem scriptae* o las que se consideran “inherentes a la cosa”.

Salvat recuerda la tríptica clasificación de las obligaciones que hace Toullier en el derecho francés en: a) puramente personales, aquellas en que una persona es la única obligada; b) las que son personales y reales a la vez, donde los obligados son una persona y una cosa, al mismo tiempo, como la obligación de pagar una suma garantizada con hipoteca, y c) puramente reales, que son aquellas que incumben a una persona, no sobre ella misma, sino como poseedora de un bien determinado, por ejemplo la obligación que pesa sobre el tercer poseedor de un bien hipotecado, las servidumbres, etc..

Luego Salvat enfáticamente manifiesta que esa doctrina debe ser rechazada por estar condenada en absoluto por el art. 497 y da como razones el hecho de que la hipoteca constituye un accesorio de la obligación por lo que la naturaleza se determina por la obligación misma y transcribe parte de la nota del art. 497 del C.C., y respecto de la obligación del tercer poseedor de sufrir la venta del bien hipotecado o la del titular del fundo sirviente de tolerar el ejercicio de la servidumbre, dice, a nuestro juicio con razón en estos supuestos, que son de otra naturaleza¹³.

Laquis, siguiendo a Lafaille, expone que “*la doctrina que sostiene que la ‘obligación real’ o propter rem o también ‘ambulatoria’ constituyen una categoría autónoma, distinta de los derechos reales y creditorios, según nuestro parecer resulta discutible frente a la definida delimitación de los derechos en el Código Civil...*”, cita en su apoyo los arts. 497 y 503, el primero en la parte que dice que “no hay obligación que corresponda a derechos reales” y el segundo cuando expresa: “las obligaciones no producen efecto sino entre acreedor y deudor y sus sucesores o a quienes se trasmitiesen”.

Después de referirse a la opinión de Boffi Boggero, que si bien admite como principio que el Código no acepta la categoría, demuestra que la “realidad ha vencido el presupuesto conceptual” dando cabida a las mismas en distintas soluciones, si otorgarle carácter orgánico, empleando incluso la terminología, Laquis repasa las posiciones de Alsina Atienza y Va-

¹³ Raymundo M. SALVAT, *Derecho civil argentino*, 6ª ed. actualizada por Enrique V. Galli, Obligaciones en general, t. I, ps. 18/19.

liente Noailles, para volver luego a Lafaille, con quien coincide, asignándole a las obligaciones inherentes a la posesión la categoría de deberes ¹⁴.

Esta tesis tiene su fundamento en lo categóricamente prescripto en el art. 497 y en la fuente seguida por el codificador en este punto: Freitas y las opiniones de Ortolán, Marcadé.

En el Esboço ¹⁵, en el Libro Segundo: De los derechos personales, en la Sección I: De los derechos personales en general, en el Título I: De las obligaciones, Freitas enuncia en el art. 867 que: “*A todo derecho personal, corresponde una obligación. Se denomina crédito ó deuda activa, el derecho personal concerniente á bienes; débito o deuda pasiva, la obligación correspondiente. Se denomina acreedor la persona que tiene derecho de exigir el cumplimiento de la obligación, deudor la que está obligada a cumplirla*” y en el 868 que: “*No hay obligación que corresponda á derechos reales. Los derechos no transmisibles á herederos del acreedor, las obligaciones no transmisibles á herederos de deudor, se denominan en este Código derechos inherentes á la persona, obligaciones inherentes á la persona*”.

En la nota a este último artículo Freitas explica la clara diferenciación que realiza expresando que: “*Era indispensable la disposición de este artículo, en virtud del desorden de ideas, que puede provenir de una nomenclatura que se ha hecho vulgar, principalmente en el derecho francés, distinguiéndose las obligaciones en personales y reales, de la misma manera que se distinguen los derechos. Sería exacta la distinción, si en el derecho civil no debiera tomarse la palabra obligación en el sentido riguroso en que la han empleado los romanos, y que es en general aceptado. La obligación, que puede considerarse como correspondiente á los derechos reales, es general y negativa, no es el objeto inmediato de esos derechos, cuya existencia es independiente del cumplimiento de cualquier obligación. Los derechos personales, por el contrario, tienen por objeto el cumplimiento de una obligación determinada, sin la cual ellos no podrían existir. Por consiguiente, la teoría de los derechos personales viene*

¹⁴ Manuel Antonio LAQUIS, op. cit., p. 29 y ss..

¹⁵ A.T. DE FREITAS, *Código Civil*, obra fundamental del Código Civil argentino, Buenos Aires, 1909, t. I, p. 331 y ss..

á reducirse á la exposición de los principios concernientes á las obligaciones que forman su objeto. He ahí el motivo porque en todos los códigos y en este Proyecto, se trata de los derechos personales por su lado pasivo, lo que está de acuerdo con las tradiciones de la ciencia y los hábitos. Los franceses emplean en diferentes sentidos la nomenclatura -obligaciones reales- pero la única aprovechable es la que se opone á la de obligaciones personales, para designar lo que en nuestro artículo 868 se llama -obligaciones inherentes á la persona-. La posición en que el poseedor de una cosa se halla para con el titular de un derecho real sobre esa cosa, como por ejemplo, en el caso de la servidumbre ó de la hipoteca de bienes existentes en poder de un tercero, es la misma posición de cualquier otra persona á quien se prohíbe impedir el ejercicio de los derechos reales y no constituye por tanto la posición de un deudor. La posición de deudor en relación á los derechos reales no puede manifestarse, sino cuanto éstos son violados, como se ha previsto en el art. 869”.

Destacamos aquí que algunos de estos conceptos han sido receptados por Vélez en la nota al art. 497.

Busso ¹⁶ expresa que el “verdadero caso de obligación propter rem en nuestro derecho es la obligación que incumbe al adquirente de un inmueble arrendado, de respetar el derecho del locatario” y agrega también, el supuesto de la obligación del adquirente de un fondo de comercio respecto de los empleados del negocio. En realidad, ninguno de los dos casos es ejemplo de una obligación real, en cuanto el titular no puede liberarse de aquélla abandonando la cosa, ni como resultado del contrato que produce la transmisión de la cosa.

Por nuestra parte ya hemos fijado nuestra posición en el sentido de que la norma del 1498, a la que alude Busso, es una obligación que opera una cesión *ope legis* del contrato y no de una obligación determinada.

Dassen-Vera Villalobos ¹⁷ entienden que en la regulación de algunos derechos reales se encuentran entremezcladas disposiciones de naturale-

¹⁶ BUSO, citado en *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, dirigido por Belluscio y coordinado por Zannoni, t. 2 (Garbini, Lagomarsino, Mayo, Palmieri, Zannoni), Buenos Aires, Astrea, 1993, p. 527.

¹⁷ DASSEN-VERA VILLALOBOS, *Manual de los derechos reales*, Buenos Aires, TEA, 1962, P. 10.

za obligacional, siendo un ejemplo de ello el art. 3258 que enumera la obligación de cuidado y conservación del anticresista.

Por su parte, Gatti afirma que la existencia de obligaciones reales es innegable, aunque no se trata de una situación intermedia, sino de verdaderas obligaciones atento al contenido de ellas, que es lo que se debe tener presente para su caracterización, y que el art. 497 no puede ser invocado para sostener su inexistencia. Enuncia también que a la titularidad de los derechos reales, va unida una serie de derechos personales (derechos y obligaciones) que nacen, se transmiten y se extinguen con el nacimiento, la transmisión y la extinción de esa titularidad: son las obligaciones reales en el aspecto pasivo. En el mismo sentido, se expide Puig Brutau¹⁸ al afirmar que la regulación de los derechos reales no puede efectuarse sin recurrir a numerosas relaciones obligatorias, como las que median entre poseedor y propietario, entre usufructuario y nudo propietario, entre acreedor pignoraticio y pignorante, etc. Es en este sentido que se habla de obligaciones *propter rem* o que se tienen por razón de la cosa¹⁹.

López de Zavalía rescata la tesis de Toullier explicitando la noción de las tres categorías mencionadas y dice que en la primera es la persona la obligada y sus bienes resultan “obligados” solo a causa de ella. En la segunda, invierte la noción afirmando que el obligado es el bien y la persona resulta deudora a causa de ese bien. Y, por último, en las personales y reales a la vez, destaca que hay dos obligaciones ejemplificando con el caso de quien se compromete a pagar una suma de dinero afectando en hipoteca un inmueble.

Antes, había destacado el otro sentido en que el autor francés empleaba la clasificación de las obligaciones en inherentes y no inherentes a la persona, conceptos que nuestro código recepta en el art. 498.

Como bien dice este autor, lo que los seguidores del maestro francés llaman obligaciones reales no son tales en sentido técnico, lo que juzga plasmado en el texto del art. 497 cuando dice “a todo derecho personal

¹⁸ José PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil*, citado por Américo Atilio CORNEJO, en “Elementos para una noción de obligación real”, en L.L., año LII, N° 124, 27/6/88, p. 1.

¹⁹ Edmundo GATTI, *Teoría general de los derechos reales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975, p. 109.

corresponde una obligación personal. No hay obligación que corresponda a derechos reales”.

Por nuestra parte, ya hemos afirmado el sentido que tiene la expresión primaria de la norma citada y que no hace otra cosa que receptor el proloquio latino *ius et obligatio sunt correlata*.

Trigo Represas explica la corriente mayoritaria que afirma la existencia de las obligaciones reales así: “*Cuando el artículo 497 se refiere a que no hay obligaciones que correspondan a los derechos reales alude en realidad al deber pasivo universal de no interferir en el libre ejercicio, uso y goce del derecho por parte de su titular, que no constituye stricto sensu una obligación de no hacer, pero que en cambio ello no alcanza a las verdaderas ‘obligaciones reales’ o propter rem, que son deberes específicos muy distintos a aquél; que el artículo 503 se refiere a las consecuencias jurídicas que precisamente se caracterizan por no ser tales, sino relaciones jurídicas con fisonomía híbrida, que toman de la obligación el contenido y del derecho real el asiento de la legitimación; que el artículo 3010 sólo excluye a las servidumbres sin impedir que en éstas vengan a apoyarse deberes específicos y distintos de contenido obligacional, y finalmente que la nota al artículo 4023 carece de fuerza de ley, amén de que en las obligaciones reales no está en juego ninguna acción mixta, sino una pretensión creditoria diferente de las que pueden derivar de la relación real básica*”.

Por su parte, Borda ²⁰ coincidiendo con los autores anteriormente mencionados cita como ejemplos de esas obligaciones la que pesa sobre los vecinos de contribuir al deslinde y amojonamiento (arts. 2746 y 2752), la de cerramiento forzoso (art. 2726), la obligación de los condóminos de contribuir a los gastos de la cosa común (art. 2685), la del usufructuario de contribuir a los gastos de la cosa en proporción al goce que tiene de ella (art. 2881 y s. y 2894 y s.), la del acreedor pignoraticio de cuidar diligentemente la cosa que tiene en su poder (art. 3225), etc..

Advierte, en torno a lo que se ha discutido, es que si la obligación que pesa sobre el poseedor de una cosa hipotecada es o no *propter rem*.

²⁰ Guillermo A. BORDA, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, actualizado por Alejandro Borda, Buenos Aires, La Ley, t. I, 2008, p. 9.

Nuestra posición

Lo que ha dificultado significativamente el tema es la postura originaria, que ha confundido situaciones que tienen distinto origen y naturaleza, como la sujeción del inmueble hipotecado que pasa a manos del adquirente sin delegación de deuda, llamado por el Código tercer poseedor y que fue, por mucho tiempo, el caballito de batalla de los sostenedores de la especie *propter rem*.

Por eso nos esforzamos en distinguir las cargas o gravámenes reales con las obligaciones *propter rem*, lo que no solo tiene interés teórico sino que se refleja en su indudable importancia práctica, teniendo en cuenta que la responsabilidad en las primeras es *intra rem*, o sea que sólo se responde con la cosa mientras que en las segundas, en la medida en que no se haga el abandono de la cosa, cuando este es admitido la responsabilidad patrimonial es amplia.

Pero descartadas las cargas reales, o los deberes que tengan tanto los propietarios como los titulares de otros derechos reales sobre cosa ajena, deberes que no son otra cosa que el contenido pasivo de todo derecho real y que el Código velezano llama con frecuencia obligaciones como por ejemplo, cuando se refiere a los derechos y obligaciones que tienen el usufructuario y el nudo propietario (epígrafes de los capítulos II a V, título X) y que nosotros hemos preferido llamar deberes y facultades.

Siguiendo a diversos autores como Alsina Atienza, Valiente Noailles, Colmo, Busso y especialmente Gatti, consideramos que la categoría, es innegable en nuestro derecho, aunque también entendemos que salvo las características comunes ya enunciadas, no tienen existencia orgánica, no son homogéneas y se resisten a ser sistematizadas, aunque existen encomiables esfuerzos de clasificación ²¹.

Nos limitaremos por lo tanto a dar una lista o catálogo de ejemplos, extraídos de la legislación y de la jurisprudencia. Enunciados no siempre pacíficos para la doctrina.

Ejemplos de obligaciones reales o *propter rem*.

²¹ Luis M. (h) VALIENTE NOAILLES, "La obligación de exhibir ¿es una obligación real?" L.L. t. 120, p. 967.

Algunos autores encuentran la principal valla para la admisión de la naturaleza obligacional en lo dispuesto en el art. 497 del C.C., que establece que no hay obligación que corresponda a derechos reales; pero advertimos que una lectura completa del artículo y del primer párrafo de su importante nota nos lleva a la convicción de que la palabra *corresponde* que utiliza el Código tiene el sentido de correlativo pero en sentido opuesto, o sea, que la existencia del derecho personal presupone la obligación personal, lo que -con otras palabras- dice el art. 496, aclarando y enfrentando el crédito con la *deuda* ²².

Pero nada impide que existan obligaciones que vayan de la mano del derecho real, paralelamente o adheridas al derecho real. Vélez Sársfield en la nota refuta a los autores franceses Aubry y Rau que han puesto el ejemplo del tercer poseedor del inmueble hipotecado aseverando, a nuestro juicio con razón: “*Nosotros decimos que el derecho puede ser real, como la hipoteca; pero la obligación del deudor es meramente personal con el accesorio de la hipoteca, pero ésta no es una obligación accesorio*”.

Y decimos que con razón dado que la hipoteca es un derecho real que, examinado desde el punto de vista del propietario del inmueble es una *carga* y no una obligación real ²³. El tercer adquirente que no ha asumido la deuda no tiene obligación (ni personal ni real) de pagarla sino que tiene la facultad de hacerlo para liberar el inmueble, pero tan

²² La correlación es la “Relación entre dos acciones o fenómenos cuando se desarrollan, en el mismo sentido o en sentido opuesto, con correspondencia entre el aumento de uno y el aumento o decrecimiento del otro” (*Diccionario del uso del español*, de María MOLINER, 2ª ed., Madrid, Gredos, 2004, voz “correlación”).

²³ La palabra “carga” ha sido usada en diversos sentidos. Indicamos aquí que ya en nuestra modesta obra sobre derechos reales afirmábamos: “*Se deben distinguir las obligaciones propter rem: a) de las cargas o gravámenes reales*” añadiendo: “*el propietario cuya cosa es objeto de un derecho real por parte de un tercero ve disminuido su derecho de dominio en su contenido normal; se dice así que sobre él recae un gravamen o carga, con ello se designa el aspecto pasivo de derechos reales como la servidumbre, el usufructo, la hipoteca, etc.*” (Néstor Jorge MUSTO, *Derechos reales*, Buenos Aires Astrea, 2000, t. I. p. 67). En el mismo sentido parece pronunciarse Fernando LÓPEZ DE ZAVALÍA, en *Derechos reales*, Buenos Aires, Zavallía, 1989, t. I, p. 97, al decir, en la nota 13: “*Es el uso al que nosotros adherimos*”.

no es deudor que en caso de que pague, se subroga en los derechos del acreedor. Se suma a ello que no responde con los demás bienes (art. 3165). El gravamen hipotecario es una carga real que, en caso de concurso, es oponible a la masa, mientras que las obligaciones *propter rem*, en principio, no lo son.²⁴

Así, Mariani de Vidal en su *Curso de derechos reales*, entiende que el art. 497 no constituye una valla absoluta a la existencia de obligaciones sino que simplemente pone de manifiesto que la llamada “obligación pasivamente universal” de respetar todos los derechos ajenos, incluyendo a los derechos reales, que se encuentra a cargo de todos los individuos de la sociedad, no es en rigor una obligación en el sentido estricto de la técnica jurídica²⁵.

Pizarro y Vallespinos en la obra antes citada, afirman -coincidiendo con la mayoría de los autores que avalan su existencia- que nada conduce a aferrarse a un principio dogmático como el del art. 497, frente a supuestos específicos que reconocen otras fuentes, en donde el legislador evidentemente habría aceptado estas obligaciones *propter rem*. Según estos autores, hay consenso en que las obligaciones *propter rem* sólo pueden emanar de la ley, puesto que presentan caracteres excepcionales (ambulatoriedad y abandono) que difieren del régimen ordinario de las obligaciones y que solo alcanzan justificación con bases normativas de por medio. En estas obligaciones -dicen- la calidad de acreedor y deudor sería inseparable de la de propietario o poseedor de la cosa en razón de la cual se generó la obligación, razón por la cual sería ineficaz todo pacto que implique reservar o ceder esa clase de derechos o de obligaciones, disociada de la citada condición de propietario -agregamos- o de poseedor²⁶.

También se ha considerado que el art. 2416, al mencionar las obligaciones inherentes a la posesión, indicando que no gravan a una o más personas determinadas sino indeterminadamente al poseedor de una cosa,

²⁴ Jorge A. MAYO, *Código Civil Comentado, anotado y concordado*, dirigido por Belluscio, coordinado por Zannoni, Buenos Aires, Astrea, t. II, p. 529.

²⁵ Marina MARIANI DE VIDAL, *Curso de derechos reales*, Buenos Aires, Zavalía, 1997, t. I, p. 90.

²⁶ Ramón D. PIZARRO y Carlos G. VALLESPINOS, ob. cit. en nota 10, p. 83.

admite la existencia de las obligaciones *propter rem*. Entendemos que el Código en este capítulo prevé diversas obligaciones que son inherentes a la posesión y algunas de ellas —que analizaremos en el capítulo siguiente— son verdaderas obligaciones reales.

Obligaciones reales admitidas por el Código Civil.

Como expresamos anteriormente, encontramos en nuestro ordenamiento civil, diversas normas que prevén este tipo de relaciones jurídicas.

Restricciones y límites al dominio. Arts. 2615, 2616, 2621, 2623, 2626 *in fine* y 2628.

El art. 2615 establece que “el propietario de un fundo no puede hacer excavaciones ni abrir fosos en su terreno que puedan causar la ruina de los edificios o plantaciones existentes en el fundo vecino, o de producir desmoronamientos de tierra”.

El art. 2616, por su parte dispone que “Todo propietario debe mantener sus edificios de manera que la caída, o los materiales que de ellos se desprendan no puedan dañar a los vecinos o transeúntes, bajo la pena de satisfacer los daños e intereses que por su negligencia les causare”.

El art. 2621: “Nadie puede construir cerca de una pared medianera o divisoria, pozos, cloacas, letrinas, acueductos que causen humedad; establos, depósitos de sal o de materias corrosivas, artefactos que se mueven por vapor, u otras fábricas, o empresas peligrosas a la seguridad, solidez y salubridad de los edificios o nocivas a los vecinos, sin guardar las distancias prescritas por los reglamentos y usos del país, todo sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior”.

Art. 2623: “El que quiera hacer un horno o fragua contra una pared medianera, debe dejar un vacío o intervalo, entre la pared y el horno o fragua de dieciséis centímetros”.

Art. 2626. “El propietario del terreno contiguo a una pared divisoria puede destruirla cuando le sea indispensable o para hacerla más firme o para hacerla de carga, sin indemnización alguna al propietario o condómino de pared debiendo levantar inmediatamente la nueva pared.” Esta norma establece la facultad del propietario de un terreno contiguo a una pared medianera para destruirla con la finalidad de hacerla más firme sin ninguna indemnización, pero esta disposición se refiere a la indemniza-

ción de molestias. La pared debe quedar para el vecino, siempre en las mismas condiciones en que se hallaba con anterioridad, esta es la obligación real; este artículo se refiere a la reconstrucción del muro, pero no a los deterioros que el acto pudiera ocasionar en el mismo. Puede dejarlo igual, mejorarlo, pero no dañarlo en ninguna forma. Sería absurdo pensar que pudiera, por ejemplo, dejarlo sin revoque o sin pintura, o revocarlo o pintarlo mal. Para el ejercicio del derecho otorgado por este artículo basta ser propietario del fundo lindero.

Constituyen supuestos de obligaciones *propter rem* las derivadas de las restricciones y límites al dominio previstas en el Título VI del Libro III del Código Civil, que son obligaciones y derechos inherentes a la posesión, en los términos del art. 2418 del C.C. Así, la obligación de cerrar las aberturas en la pared divisoria de un inmueble sujeto al régimen de propiedad horizontal recae sobre el consorcio de propietarios y no sobre la empresa constructora que enajenó el edificio. Y en tal caso, la condena individual a los consorcistas está implícita, pues al estar a cargo del consorcio el cercenamiento, es obvio que si para su cumplimiento se debe entrar en la unidad de cada titular, éstos no podrán negarse (CNCiv., Sala H, 13/8/97, “Consortio de Propietarios Emilio Mitre 1252/58/66 c/ Construcciones Arquigrama S.R.L.”, L.L. 1999-B-815).

Deslinde. Art. 2746. Es el derecho que tiene un vecino de exigir de otro la contribución al deslinde y amojonamiento.

Art. 2752. Contempla la obligación de contribuir a los gastos en mejorar la línea separativa e investigación de los límites.

Condominio. Art. 2685. Contempla el derecho que tiene cada condómino de exigir de otro, en proporción a su parte, la contribución a los gastos de conservación o reparación de las cosas comunes. En este caso se encuentra admitido el abandono, por parte del condómino, de su derecho de propiedad para liberarse de su obligación. Es una típica obligación *propter rem* que tiene su fuente en la ley y que nace de la relación del condómino con la cosa.

Medianería. Art. 2722 y ss. La obligación de pagar la medianería incumbe activa y pasivamente al propietario o poseedor de una cosa.

Así, por un lado encontramos la obligación de contribuir a los gastos de reparación del muro medianero (arts. 2722 y 2723) y por otro, la obligación de construir la pared de cerramiento forzoso.

El propietario constreñido a pagar la deuda por medianería está obligado a su pago, por la mera circunstancia de haber adquirido la titularidad del inmueble que apoyó en la pared (ver arts. 2726, 2727, 2728, 2736). Del art. 2727 en armonía con los arts. 2722, 2723 y 2724, surge que la obligación de pagar la mitad de la pared divisoria se traslada junto con la transmisión del inmueble pues el vínculo no se establece entre personas determinadas sino entre quienes revisten la calidad de titulares de una relación de derecho real o posesoria respecto de alguna cosa tanto en el aspecto activo como pasivo (confr. CNCiv., Sala H, 13/8/97, “Consortio de Propietarios Emilio Mitre 1252/58/66 c/ Construcciones Arguigrama S.R.L.”, L.L. 1999-B-815) ²⁷.

A su vez, el art. 2723 establece que cada uno de los condóminos puede liberarse de esa obligación renunciando a la medianería, siempre y cuando la pared no haga parte de un edificio que le pertenezca o que la reparación o reconstrucción no haya llegado a ser necesaria por un hecho suyo.

El art. 2726 prevé la obligación del vecino de construir y conservar la pared de cerramiento y división de las heredades contiguas. El vecino requerido puede liberarse de su obligación cediendo la mitad del terreno sobre el cual debe asentarse la pared medianera o renunciando a la medianería.

Cuando se reclama el cobro de la mitad de una pared divisoria de un edificio, la contribución debe ser afrontada por el consorcio de propietarios y no por la empresa constructora de aquél. Ello pues, si bien ésta debió haber pagado dicho valor mientras era titular del dominio del inmueble, una vez enajenado el mismo la obligación se trasladó al adquirente.

Del art. 2727, en armonía con los arts. 2722/3/4 del C.C., surge que la obligación de pagar la mitad de la pared divisoria es una obligación real o *propter rem*, cuya consecuencia es trasladarse junto con la transmisión del inmueble pues el vínculo no se establece entre personas determinadas sino entre quienes revisten la calidad de titulares de una relación de derecho real o posesoria respecto de alguna cosa, tanto en el aspecto activo (acreedor) como pasivo (deudor). (C.NCiv., Sala H, 13/8/97, “Consortio

²⁷ Citado por Ghersi-Weingarten; *Código Civil. Análisis jurisprudencial, comentado concordado y anotado*, 2ª ed. actualizada, Nova Tesis, 2000, p. 669.

de Propietarios Emilio Mitre 1252/58/66 c/ Construcciones Arquigrama S.R.L.”, L.L. 1999-B-815).

Usufructo. Arts. 2849 y 2852. Prevé el derecho del nudo propietario a exigir del usufructuario el inventario y la fianza.

Anticresis. Art. 3258 y 3259. Se trata del derecho que tiene el actual dueño de la cosa dada en anticresis de exigir del acreedor que preste sus cuidados a la cosa. Y la de exigir el pago de las contribuciones y las cargas anuales del inmueble.

Otros supuestos. Art. 2533. Contiene la obligación del propietario de una cosa mueble perdida, de recompensar al hallador. El propietario puede liberarse del reclamo cediendo la cosa a quien la encontró.

Casos controvertidos

Art. 1498. Coincidimos con la mayoría de la doctrina en que el principio contenido en el art. 1498 del Código Civil no constituye un supuesto de obligación *propter rem*. La norma impone al adquirente de un inmueble arrendado el deber de respetar el contrato de locación. Sin embargo, esta norma es aplicación de la máxima prevista en el art. 3270 del Código: *nemo plus iuris...* nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que posee. En el caso, el propietario que ha arrendado su inmueble, tiene restricciones a sus derechos de uso y goce, por haberlos cedido al locatario, por ende, cuando trasmite el inmueble lo hace con esas limitaciones y quien lo recibe debe respetarlas.²⁸

Otro de los argumentos para desechar este supuesto lo da Alsina Atienza, quien sostiene que no existe liberación por el abandono que -a su juicio- es esencial a la deuda *propter rem*. Si bien es cierto que no existe la posibilidad de liberación por abandono, también lo es que existen casos de obligaciones *propter rem*, que no se extinguen por abandono. El autor citado nos brinda otro fundamento, cual es el hecho que no es la relación real con la cosa el fundamento de la obligación del adquirente, sino que

²⁸ LUIS MOISSET DE ESPANÉS, *Curso de obligaciones. Lecciones*, 1ª ed., Córdoba, Advocatus, 1994, p. 32 y ss..

éste tiene su razón de ser en “el propósito de asegurar la paz y estabilidad del locatario de fincas y no contra cualquier riesgo de ruptura del arriendo, sino exclusivamente contra la ruptura provocada por enajenación”²⁹.

Las expensas. El art. 17 ley 13.512

La obligación de pagar las expensas es fundamental para la subsistencia del sistema de propiedad horizontal pues son necesarias para conservar y reparar las partes comunes del inmueble sometido a dicho régimen.

El art. 17 de la ley 13512 contempla la obligación de abonar las expensas comunes en el régimen de propiedad horizontal. Pensamos que se trata de una obligación *propter rem* pues sigue a la cosa y el nuevo propietario es deudor en los términos del art. 3266 del C.C-, es decir responde por las expensas devengadas mientras el enajenante era propietario, solo con el valor de la unidad funcional y con todo su patrimonio, por las generadas mientras el adquirente es propietario.

Es decir que desde el momento de la enajenación de una unidad funcional sobre la cual pesa una deuda por expensas, el consorcio, en virtud de la aptitud reipersecutoria que emana de la ley, podrá perseguir el cobro contra el enajenante, que responde con todo su patrimonio, y contra el adquirente, que responde sólo con la unidad, sin perjuicio de las acciones de repetición que pudieren corresponderle respecto del transmitente.

Sin embargo el art. 8° de la citada norma prohíbe el abandono del derecho de propiedad horizontal para liberarse del pago de las expensas, de manera tal que habiendo cesado la relación de señorío con la cosa, la obligación subsiste. Si el abandono no la libera, tampoco lo hace la enajenación. La prohibición del abandono, es lo que lleva a algunos autores a considerar que no se trata de una obligación *propter rem*. En el fallo de jurisprudencia se ha dicho que el carácter de *propter rem* tiene origen en la relación real de condominio que está contemplada en los supuestos que

²⁹ Dalmiro ALSINA ATIENZA, citado por Américo Atilio CORNEJO, “Elementos para una noción de obligación real”, en L.L., año LII, N° 124, 27/6/88, p. 4.

aprehende el art. 2685 del C.C., es decir en la obligación que tienen los consorcistas o copropietarios de contribuir a los gastos de conservación o reparación de la cosa común.

La jurisprudencia sostiene: “La obligación por expensas comunes reviste el carácter de obligación *propter rem* que tiene origen en la relación real de condominio y que está contemplada en los supuestos que aprehende el art. 2685 del C.C., es decir, en la obligación que tienen los consorcistas o copropietarios de contribuir a los gastos de conservación o reparación de la cosa común y su naturaleza jurídica determina, y como tal no libera al nuevo adquirente, aunque fuese en subasta pública”.

“La nota distintiva de las obligaciones *propter rem*, como la de expensas comunes, es que se transmiten al sucesor particular sin que sea necesario para ello convenio especial de transmisión de la obligación o una asunción por parte del sucesor particular, porque sigue a la cosa como una carga real y grava en tal carácter a los adquirentes sucesivos, aun en subasta pública, al propio tiempo que desvincula al enajenante.

“El art. 17 de la ley 13.512 -de propiedad horizontal señala que la obligación que tienen los propietarios de contribuir al pago de las expensas y primas del seguro total del edificio, sigue siempre al dominio de sus respectivos pisos o departamentos en la extensión del art. 3266 del Cód. Civil, aún con respecto a las devengadas antes de su adquisición, resultando ello aplicable al caso de la adquisición en subasta pública, y el crédito respectivo goza del privilegio y derechos previstos en los arts. 3901 y 2686 del C.C. (S.C.J. de la Provincia de Buenos Aires, 13/7/99, “Banco Río de La Plata c/ Alonso, Raúl A. y otro”, publicado en: L.L.B.A. 1999, 1006)³⁰.

Se ha resuelto también que “El vocablo ‘siempre’ consignado en el artículo 17 de la ley 13.512 indica que el carácter ambulatorio de la obligación por expensas comunes se aplica a todas las transmisiones de dominio, ya sea por actos entre vivos o por causa de muerte (C.NCiv., Sala E, 18/7/08, ‘Pelizzoni, Aldo c/ Castiglione, Maldona Adrián y otros’, L.L. del 25/7/08, 7 - L.L. 2008-D-497). Este fallo tiene su antecedente en el fallo plenario del 18 de febrero de 1999, *in re* ‘Servicios Eficientes S.A. c/ Yabra, Roberto I.’, en el cual se precisaba que la sola mención del

³⁰ Citado por GHERSI-WEINGARTEN, *Código Civil. Análisis...* cit., p. 669.

vocablo ‘siempre’ en el art. 17 antes aludido, indica que el carácter ambulatorio de la obligación por expensas comunes se aplica a todas las transmisiones de dominio, ya sea por actos entre vivos o por causa de muerte y, dentro de las primeras, tanto a las compraventas voluntarias como a las que son fruto de acciones judiciales. Al decir el legislador que la obligación por expensas sigue “siempre” al dominio de las respectivas unidades, involucró a todas las situaciones posibles y allí donde la ley no distingue, no cabe que lo haga el intérprete (conf. Highton, Elena I., Vila, Ana M. y Vila, Rosa, ‘Las deudas por expensas anteriores a la subasta judicial. Su protección’, E.D. 147-891 y ss.). Dicho plenario dice: ‘No corresponde que el adquirente en subasta judicial afronte las deudas que registra el inmueble por impuestos, tasas y contribuciones, devengadas antes de la toma de posesión, cuando el monto obtenido en la subasta no alcanza para solventarlas. No cabe una solución análoga respecto de las expensas comunes para el caso de que el inmueble se halle sujeto al régimen de la ley 13.512 (C.N.Civ., en pleno, 18/2/99, ‘Servicios Eficientes S.A. c/ Yabra, Roberto I.’)”³¹.

Mucho se ha debatido sobre la cuestión relativa a la suerte de las expensas devengadas con anterioridad a la toma de posesión del inmueble, en caso de venta de un inmueble sometido a propiedad horizontal, en subasta público. Pero la mayoría jurisprudencial y doctrinaria sostienen que el adquirente en subasta debe hacer frente a las deudas por expensas devengadas con anterioridad a la toma de posesión del inmueble rematado, siempre y cuando el precio obtenido no resulte suficiente para hacerlo.

Así, “La condición de venta singular voluntaria, o subasta judicial del inmueble, no varía la aptitud reipersecutoria que la ley concede al crédito por expensas comunes, pues el art. 17 de la ley 13.512 no hace distinciones de ningún tipo” (CNCom., Sala D, 30/11/04, “Griegues, Beatriz R. s/ quiebra”, L.L. del 11/8/05 - 11/8/05, 7).

El caso del tercer poseedor de una finca hipotecada. Aquí no se trata de una obligación *propter rem* por cuanto el tercer poseedor no está jurídicamente obligado a pagar la deuda hipotecaria; no responde con el

³¹ Publicado en L.L. 1999-B-384, *Colección de análisis jurisprudencial. Derechos reales*, directora:: Marina MARIANI DE VIDAL, Buenos Aires, La Ley, 2002, p. 282, con nota de Pablo Vidal Claypole; RCyS, 1999-606 - D.J. 1999-1-881.

resto de su patrimonio conforme a lo dispuesto por el art. 3165. El nuevo dueño del inmueble hipotecado o el tercer poseedor tiene la alternativa de pagar la deuda o abandonar el inmueble (art. 3163 C.C.), pero no cabe afirmar que está obligado a pagar para no abandonar. Es decir, que no reviste la calidad de deudor, sino que sólo se ve alcanzado por los efectos del derecho real, en función del cual el inmueble podrá ser ejecutado – vendido en remate-, aun habiendo pasado a su dominio.

La obligación de reparar los daños ocasionados por la construcción de un inmueble, no se trasmite a los futuros adquirentes del dominio.

Otros supuestos. Como ya expresáramos en el acápite referido a las expensas comunes, el plenario “Servicios Eficientes S.A....” determinó que: “No corresponde que el adquirente en subasta judicial afronte las deudas que registra el inmueble por impuestos, tasas y contribuciones, devengadas antes de la toma de posesión, cuando el monto obtenido en la subasta no alcanza para solventarlas.”

También se ha resuelto que: “La categoría de las obligaciones *propter rem* no sólo debe surgir expresamente de la ley -en el caso, se estableció que las deudas por obras de pavimentación no tenían tal carácter-, sino que no puede llevar al extremo de hacer responsable al nuevo titular de dominio de una deuda de la cual no ha sido informado ni se le ha advertido de que pudiera existir por el profesional a quien la ley le encomienda la tarea de otorgar fe pública a los hechos que pasan ante su presencia, y de brindar seguridad a los actos jurídicos y a los otorgantes de éstos” (Cámara C. y C. de Mercedes, Sala I, 21/9/06, “Enrique Ford S.A. c/ Pérez, Ma. del Carmen y otro”, L.L.B.A. 2006-1464).

Mientras que en otro fallo se decidió: “Con respecto a las ejecuciones que derivan de títulos ejecutivos fiscales y las obligaciones que mediante ellos se procura judicialmente satisfacer, configuran una verdadera contribución de mejoras, que como el pavimento, la red cloacal, desagües, etc. representan un beneficio especial por la mayor valorización adquirida por la propiedad afectada; es una carga real en sentido estricto, que por tal obliga indeterminadamente al que aparece como titular del inmueble que fuera beneficiario con la mejora por su sola titularidad, de lo que se refiere que la deuda se encuentra en la categoría de obligación *propter rem*, que tiene como sujeto pasivo a aquel titular, la deuda así se desplaza con la cosa, hacia el nuevo dueño o poseedor por su relación de señorío desplazándose la incumbencia de la deuda.” (Cámara C. y C. de Azul, 30/7/93, “Placo S.A. c/ Barach, Saúl y otro”, D.J. 1994-1-413).

La circunstancia de que el adquirente de un inmueble en subasta judicial haya conocido o podido conocer la deuda fiscal que gravaba el bien no implica que deba cargar con ella, pues sólo le corresponde hacerse cargo de los impuestos posteriores a la toma de posesión.

“El adquirente en subasta judicial no debe hacerse cargo de la deuda fiscal que pesa sobre el inmueble vendido ante la insuficiencia de los fondos obtenidos en el remate, pues lo contrario implica acordar en los hechos una preferencia al crédito del Fisco que incidirá sobre el precio de venta en detrimento del acreedor con garantía real.

“Las normas tributarias que responsabilizan solidariamente al sucesor particular por la deuda fiscal que pesa sobre el bien adquirido no son aplicables a las enajenaciones en subasta judicial, pues al hallarse ésta precedida de adecuada publicidad y contando con la intervención del juez como suficiente garantía de legalidad, produce un título de oponibilidad *erga omnes* que resulta incompatible con el otorgamiento al Fisco de un *ius perseguendi* que lo habilite para perseguir al nuevo propietario.

“El crédito fiscal por impuestos y tasas que pesan sobre el bien subastado no es una obligación *propter rem*, pues la inexistencia de una previsión legal que le acuerde esa atribución impide responsabilizar al adquirente en subasta pública por las deudas existentes con anterioridad a la adquisición” (del voto del Dr. Cervini).

“El crédito fiscal por impuestos y tasas que pesan sobre el bien subastado se transfiere al precio obtenido en el remate y el adquirente no responde por las deudas anteriores a su posesión, lo cual impide el disvalor que significaría otorgar al fisco la posibilidad de ejecutar el mismo crédito a los sucesivos adquirentes” (del voto del Dr. Cervini) (Cámara 1ª C. y C. de Bahía Blanca, Sala I, 1/7/99, “Cerra y Moro S.R.L. c/ Moreno, Carlos”, L.L.B.A. 2000-1228).

No obstante lo dicho, la doctrina no es uniforme. Así prestigiosos autores afirman hoy la existencia de una «carga real» en materia de los impuestos territoriales y otras contribuciones que tienen su asiento en una cosa inmueble³²; es el caso de los tributos «a que la cosa arrendada

³² Ricardo José PAPAÑO; Claudio Marcelo KOPER; Gregorio Alberto DILLÓN y Jorge Raúl CAUSSE, *Derechos reales*, Buenos Aires, Depalma, 1989, t. I, ps. 29 y 30.

estaba sujeta», para usar las precisas palabras del codificador (art. 1544 C.C.). No resulta indispensable que la ley fiscal le dé categoría de *propter rem* a la obligación tributaria, como se ha sostenido, para que ese efecto se produzca, porque así lo es por definición el tributo directo, sino sería indirecto; como es un impuesto objetivo su naturaleza lo hace operar de manera tal que quien adquiere el inmueble en las condiciones indicadas del remate judicial, toma a su cargo las deudas fiscales que le corresponden.

Conclusión

Sólo nos resta decir, reafirmando nuestra posición, que no se puede negar la existencia de la categoría de obligaciones *propter rem*, aunque esta se encuentre actualmente acotada a un grupo que tiene por característica esencial su vinculación con una relación real (derecho real o posesoria) y que -en principio- nacen, se transfieren y se extinguen, siguiendo las vicisitudes de dicha relación y están expuestas, también en principio, a que el propietario se libere haciendo abandono de la cosa.

También insistimos en que deben distinguirse de las obligaciones *in rem scriptae* que presuponen una relación contractual y que se traduce en una cesión *ope legis* del contrato, como el caso del art. 1498 del C.C., y también de las obligaciones de responsabilidad por la propiedad o guarda de la cosa (arts. 1124 y 1131) o la del propietario del automotor. En estos casos la propiedad de la cosa incide sobre la determinación del responsable, pero no se transfiere, ni se permite la liberación por el abandono. Hemos insistido también en despegar la noción de la institución con las cargas reales, que hemos caracterizado como el aspecto pasivo del contenido de los derechos reales.

LOS EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

SANTOS E. CIFUENTES

Sumario: I. La obligaciones de dar. 1. Cosas ciertas. 2. Cosas inciertas. 3. Cantidades de cosas. 4. Obligaciones de dar sumas de dinero. 5. Tiempo de pago. II. Obligaciones de hacer y no hacer. III. La mora. IV. El caso fortuito y la fuerza mayor. V. Obligaciones naturales. VI. Obligaciones que no tienen por objeto sumas de dinero. VII. Obligaciones principales y accesorias. VIII. Conclusión.

En la ejecución de las obligaciones es posible distinguir variadas situaciones que se relacionan no sólo con su cumplimiento o con los efectos de su incumplimiento, sino también con la condición de las partes que intervienen, sea por parte del deudor, sea por parte del acreedor. En efecto, puede ser esta una persona individual, como una colectiva ya sea en su condición de tal, ya en su condición de funcionario que cumple un mandato de la administración. En este último supuesto, desde luego, el analista entra en la rama del derecho administrativo, lo que en este trabajo he de dejar de lado.

Por otra parte es dable distinguir las diferentes causas que crean las obligaciones, atendiendo a su origen contra o extracontractual. En el segundo supuesto, la relación es con los actos ilícitos, sea que se verifiquen con dolo, caso de delitos, como sólo por negligencia, imprudencia o culpa que según nuestra ley civil deben catalogarse de cuasi delitos.

Ahora bien dejando de lado ese segundo supuesto de responsabilidad extracontractual, habré de ocuparme de las obligaciones convencionales, cuando tanto acreedor como deudor han previsto el cumplimiento de un deber contractual, el cual puede provenir de las diferentes figuras contractuales típicas o bien atípicas que nuestro código llamada “innominadas”..

Si no atenemos al art. 505 del C.C. veremos que, en primer lugar, el acreedor puede pedir los medios legales a fin de que el acreedor le procu-

re aquello a lo que se ha obligado. Como por otra parte, en lo que hace a su objeto las obligaciones pueden ser de dar, de hacer o de no hacer, de lo que se trata en realidad es de requerir a la justicia su intervención para que se cumpla el dar, el hecho o para que cese aquel acto que el deudor no debe ejecutar. Lo expuesto dejando de lado otras subdivisiones derivadas de distintos aspectos como las obligaciones “alternativas”, “facultativas”, “divisibles o indivisibles”, “simplemente mancomunadas” o “solidarias” o también las *insolidum*, que en este trabajo omitiré.

I. La obligaciones de dar

Estas obligaciones, siguiendo las regulaciones de la ley común. pueden a su vez subdividirse en las de “dar cosas ciertas” (art. 574 y ss.); “dar cosas inciertas o indeterminadas” (art. 601 y ss.); de “dar cantidades de cosas” (art. 606 y ss.); “de dar sumas de dinero” (art. 616 y ss.).

1. Cosas ciertas

Es una consecuencia lógica la de que las obligaciones de dar cosa cierta se cumplen con la entrega de la cosa indicada en la obligación. La ejecución voluntaria es el modo natural o normal de dar satisfacción a estas obligaciones, pero en el caso de que ello no se realice hay dos vías a las que hace referencia el art. 505 para ello: por un lado, la “compulsión” y, por el otro, la ejecución por un tercero. Pero de todos modos y en virtud de la naturaleza de la obligación, en ambas se procura que el acreedor reciba la prestación adeudada.

Naturalmente que en esta obligación quedan comprendidos todos los accesorios, sea que se trata del traslado del dominio como de los otros derechos reales, ya que, por ejemplo, el usufructo no podría continuar una vez que hubiere cesado el dominio, lo que también ocurre con las servidumbres reales.

Si se tiene que emplear la “compulsión” o coerción para el cumplimiento de la prestación en forma íntegra, ésta se materializa sobre el patrimonio del deudor no sobre su persona. Si bien la obligación recae sobre un hecho de parte del deudor, dado que lo es el dar que importa la

entrega de la cosa, no siempre ocurre tal hecho sin más y aquí la ley abre varios caminos para que se ejecute lo debido. Por una parte la vía judicial, en cuya virtud se le reclama al juez que ordene dicha entrega aun contra la voluntad del renuente. Pero estando bien identificado el objeto también es posible que realice la entrega un tercero a costa del deudor, siempre señalando que no es admisible que se haga fuerza sobre él. Se ha de señalar que en las obligaciones de cosa cierta, no resulta fácil este cumplimiento por tercero ya que se deja de la lado su voluntad contraria y, como ya he expuesto, no es posible ejercer violencia en que esté afectada su persona.

Cuando tales procedimientos se obstaculizan de tal modo que no resultan realidades posibles, queda abierta el tercer remedio al que puede acudir el acreedor, que es la indemnización de los daños y perjuicios que se traduce en una suma de dinero resarcitoria, la cual comprende el equivalente del valor de la cosa, con más los daños que la demora haya producido al acreedor.

Es claro que si se acude a la entrega por tercero queda extinguida la obligación entre deudor y acreedor, pero nace una nueva obligación entre el deudor y ese tercero que satisfizo lo debido, o bien, una obligación entre el deudor y el acreedor por el costo de la ejecución pagada por el acreedor al tercero.

Respecto de las costas, cuando debe intervenir la justicia, va de suyo que recaen sobre el deudor si se ha reconocido el derecho del acreedor, ordenándose la entrega de la cosa cierta o bien admitiéndose esa entrega por tercero.

Ahora bien, el orden que ofrece el art. 505 para obtener el cumplimiento, se ha declarado que no es forzoso, sino que esta norma se limita a poner en manos del acreedor la distintas opciones cuando el deudor no da cumplimiento debido a su obligación de dar. Es claro además que el pago o cumplimiento debe ser en el tiempo establecido en el contrato, pues en caso contrario, no obstante que se realice el deudor ha caído en mora haciéndose responsable de los daños que la mora o retardo indebido han ocasionado al acreedor, lo que establece expresamente el art. 508 del C.C. Corresponde aclarar que en el Código Civil no se da una definición del concepto de mora, morosidad o demora, pero hay consenso en sostener que importa la falta de cumplimiento de la obligación a su debido tiempo, bien el retraso o retardo en la ejecución obligacional. De ahí que pueda considerarse que los presupuestos de la mora son: a) *La exigibilidad*

de la prestación. No puede haber mora si la obligación no es susceptible de ser reclamada judicialmente, como cuando se trata de obligaciones naturales o si existen obstáculos para el cumplimiento que no pueden ser removidos, como cuando la obligación está sujeta a un plazo suspensivo o una condición suspensiva pendiente; b) *La cooperación del acreedor.* Sin esa cooperación que implica el recibimiento sin obstáculos del pago, el retraso del deudor no es imputable ni objetiva ni subjetivamente; c) *La posibilidad y utilidad del cumplimiento.* La mora presupone que la prestación que prestación tenga funcionalidad, es decir que pueda ser cumplida retrasadamente de manera específica porque es posible hacerlo y además el cumplimiento implique una utilidad para el acreedor. Si ello no ocurre ya no sería una cuestión de mora sino que aparecería la configuración de un incumplimiento absoluto. Los requisitos pues de la mora son: el retraso del deudor, su dolo o culpa en ese retraso y la constitución en mora, vale decir que el acreedor efectúe la consiguiente interpelación para que el deudor cumpla.

Finalmente no debe olvidarse que el deudor no será responsable si su incumplimiento es debido al acaecimiento de un acontecimiento que configura un caso fortuito o fuerza mayor, bien porque no ha podido preverse o porque no ha podido evitarse. En los arts. 513 y 1526 del Código se expresan separadamente estos conceptos, mientras que en los arts. 889, 893 y 1522, están ellos expresados acumulativamente. Pero realmente no hay diferencias prácticas entre ellos dado que sus efectos jurídicos son idénticos. Se caracterizan por su accidentalidad y por ser hechos externos, extraordinarios e insuperables que impiden cumplir al deudor que no es renuente en hacerlo. Todo lo cual constituyen cuestiones de hecho las que debe valorar la justicia para darles su importancia exculpatoria del deudor.

2. *Cosas inciertas*

El objeto de estas obligaciones no fue inicialmente definido en su individualidad, ya que esta definición se obtiene bien por la elección, o en todo caso por la determinación de la cosa. El contenido de esta obligación de tales cosas puede consistir en una o varias cosas o de circunstancias a elegir dentro de un grupo de individualidades. Ambas están comprendidas

en los arts. 602 y 893 . Abarcado este tema con una visión general y amplia excede el derecho civil y comprende toda clase de cosas, como las mercaderías de calidad prevista o sobre muestras, cereales, ganados, productos industriales.

El género dentro del cual se puede elegir la cosa, puede ser denominado por su especie, o sea es el género “próximo” ya que consiste en una clase de objetos que presenta caracteres similares, como una vaca u oveja, trigo o centeno, azúcar o sal, y se cumple entregando la calidad media. Pero no puede ser admisible y válido una estipulación que contenga u género remoto, como muebles en general, productos químicos, o animales, etc., etc..

La elección le corresponde en principio al deudor como principio que asienta en el *favor debitoris*. Pero esta elección no puede ser caprichosa ni completamente discrecional. Antes del acto individualizador -así la elección- no se podría invocar la liberación que provenga de un caso fortuito, dado que siempre es posible encontrar individuos del género para dar satisfacción a la deuda. Pero si se tratare de un género limitado, la pérdida de todos los individuos de ese género importa la extinción de la obligación.

Ahora bien, una vez hecha la elección por quien corresponda según lo dicho es posible ante su pérdida invocar el caso fortuito y los riesgos de la pérdida, del deterioro y otros avatares recaen sobre los objetos que han sido seleccionados.

La mora en estos supuestos de cosas inciertas debe interpretarse en el retardo al hacer la elección, pero si esa elección hubiese correspondido al acreedor porque así le fue concedido, previa intimación por el deudor que tiene derecho a su liberación, queda facultado a pedir al juez que lo autorice a hacer la determinación y una vez efectuado intimar al acreedor a que la reciba o en caso contrario efectuar la consignación. Esta solución es aplicable a las obligaciones alternativas en las que la elección corresponde al acreedor.

3. *Cantidades de cosas*

Estas obligaciones también de dar, tienen por objeto cosas que se cuentan, pesan o miden. Tratándose de cosas fungibles hay una indeter-

minación relativa del objeto en tanto están indicadas sólo la especie y cantidad, el peso o la medida, que deben ser individualizadas según esos parámetros. Una vez efectuado ese procedimiento de individualización dejan de ser cosas de género, el cual nunca perece, y pasan a ser obligaciones de dar cosas ciertas.

Es claro que el acreedor conserva la facultad de efectuar el pesaje, recuento o medición, lo cual requiere el consentimiento del deudor. Prevalece aquí la circunstancia de que el dueño de las cosas es el deudor. Ahora bien la recepción de las cosas por el acreedor hace presumir que el deudor ha consentido y aceptado el pesaje, medición o recuento.

Por otra parte si la cosa ya individualizada se perdiere o deteriorare por culpa del deudor, le queda siempre al acreedor el derecho para exigir otra cantidad igual de cosas de la misma especie y calidad, sin perjuicio de los daños que también puede reclamar y de la posibilidad de dejar sin efecto la obligación transformada en una suma resarcitoria.

4. Obligaciones de dar sumas de dinero

Entran en este supuesto tanto las obligaciones de dar moneda de curso legal y forzoso, como las de dar moneda extranjera. El Código remite subsidiariamente a las soluciones explicadas de las obligaciones de dar cosas inciertas no fungibles. Luego, la obligación no queda cumplida si no se cuenta la suma que entrega el deudor, y antes de ello se pierde la moneda, pues en esta eventualidad se pierde para el deudor, pero si el acreedor la deja en depósito del deudor rigen las reglas de los arts. 600, 603, 2220 y ss..

Es claro que la moneda extranjera carece de aptitud cancelatoria generalizada y no puede ser impuesta al acreedor, sino en aquellos casos en que sea objeto de esas obligaciones y dicho acreedor lo hubiera admitido.

La reforma de la ley 23.928 ha derogado el principio que admitía el pago por equivalente en moneda nacional, porque en principio el deudor de dicha moneda extranjera, sólo puede liberarse entregando la moneda prometida.

La moneda extranjera no sólo puede configurar el precio de los contratos a título oneroso en donde se exige que sea expresado en dinero, sino que también puede constituirse en garantías hipotecarias en moneda extranjera, tal como sur del art. 3109 del Código.

5. *Tiempo de pago*

En las obligaciones el tiempo en que deben cumplirse es fundamental e importa el plazo dado al deudor para hacerlo. Esta modalidad posterga el ejercicio de los derechos hasta un tiempo que es un hecho futuro y fatal. Los derechos sujetos a plazo son efectivos y seguros, puesto que no hay duda alguna sobre su existencia si bien el titular debe esperar un lapso determinado para entrar en el pleno ejercicio de sus facultades. Ahora bien el plazo puede ser “suspensivo” o “resolutorio”. El primero naturalmente difiere o suspende en el tiempo el ejercicio de la facultades que incumben al titular del derecho. En cambio, el plazo extintivo o resolutorio implica que se produce la caducidad del derecho a partir de la fecha en que ocurre, dejando subsistir los efectos anteriores del acto al cual accede pues no tiene efectos retroactivos. Esas obligaciones se denominan “a plazo” (art. 566).

Ahora bien el plazo puede ser “determinado” o “indeterminado”. El primero ha sido fijado por las partes, el juez o la ley, mientras que el segundo no ha sido fijado en forma precisa. En este segundo caso su determinación sólo se alcanza por otras vías, sea ponderando las naturaleza o circunstancias de la obligación, o bien extremando el caso por solución judicial (art. 509).

A su vez, el plazo determinado puede ser “cierto” o “incierto”. En el cierto se conoce con precisión el momento en que el acto ha de realizarse. Es decir la dación de la cosa, sus elección o hecho en las obligaciones de hacer. Si es “incierto” o en todo caso de cumplimiento incierto, se trata de un hecho futuro necesario, pero cuyo momento de realización se ignora. Se conoce en este caso que el acontecimiento inexorablemente habrá de producirse dado que es plazo y no condición, pero no se sabe cuándo tendrá lugar.

Desde otro punto de vista se ha subdividido el plazo en “esencial” o “no esencial”. En este segundo caso de “no esencial”, el plazo a cuyo vencimiento el cumplimiento de la prestación está subordinado, no resulta completamente útil para el acreedor, puede o no interesarle, mientras que si es esencial dicho cumplimiento sólo es posible y útil en el tiempo designado, de suerte que la inexecución produce una situación irreversible de incumplimiento, con las consiguientes consecuencias propias del retardo imputable.

Asimismo es dable dividir el plazo en “expreso” o “tácito”. Es de la primera categoría aquel plazo cuya existencia surge en forma explícita e inequívoca en el negocio jurídico de que se trate. El “tácito”, en cambio, surge implícitamente que requiere consultar la naturaleza y circunstancias que se han dado el crearse el acto o la obligación a cumplir.

Es una interpretación razonable que surge expresamente del código, sostener que el plazo se supone establecido a favor de las dos partes, acreedor y deudor. Si se supusiera por el contrario que fue fijado en favor del deudor solamente, este podría pagar antes de que venciera, pero si en vez de ello tuviera que interpretarse que fue establecido en favor sólo del acreedor, este podría exigir el cumplimiento en cualquier momento. Dispone por tanto de las medidas conservatorias y ejecutivas para lograr la prestación debida. Asimismo puede oponer la compensación legal y el plazo corre para el curso de la prescripción.

II. Obligaciones de hacer y no hacer

El primer aspecto que debe destacarse de estas obligaciones, en comparación con las de dar, es que no pueden ser ejecutadas forzosamente. Esta consecuencia deriva de un derecho superior que asienta en el respeto de la libertad de las personas. Si el acreedor pudiere hacer coerción física sobre el deudor, ese principalísimo derecho quedaría vulnerado. Tanto así que inclusive y como principio tampoco es posible hacerlas ejecutar por un tercero. Con una salvedad que estriba en que el hecho debido tenga relación inmediata con las condiciones de la persona obligada. Es lo que estatuye el art. 626 al admitir la ejecución del tercero siempre que el hecho no haya sido encargado al deudor *intuitu personae*, es decir por la industria, arte o cualidades personales. Es decir que lo que sobresale de la relación, son esas particularidades individuales que por ella queda impedido el tercero de suplantarlos.

Claro está que el acreedor aun tratándose de tal clase de obligaciones *intuitu personae*, puede renunciar a esa “infungibilidad del hecho”, por cuanto ese hecho produce efectos en su interés exclusivo, y en tal caso podría preferir obtener la ejecución por un tercero a costa del deudor. Pero si se mantiene en la exigencia de que sea el deudor y no acepta

que se lo sustituya tal sustitución no es admisible ni procedente, ello aun cuando hubiere consenso público de que el sustituto goza de mayores aptitudes o condiciones para hacerlo. Lo que se refuerza si se ha estipulado expresamente que el hecho deba ser ejecutado por el deudor mismo, por lo que resultaría inaceptable la delegación o sustitución en otro.

Tratándose de la escrituración por la compraventa de un inmueble, dadas las características del ejercicio del derecho, la Cámara Nacional Civil en pleno, el 3 de octubre de 1985, admitió en juicio ordinario que se proceda por el juez a firmar la escritura a la que fue condenado el deudor si éste no lo hace (L.L. t. 64 , p. 476).

En cuanto a los hechos imposibles dada su condición física -tocar la luna con la mano u otro de naturaleza parecida-, no habiendo culpa del deudor se extingue la obligación por ambas partes. Y en caso de que el acreedor hubiere recibido algo por al ejecución, debe devolverlo al deudor. Hay por cierto muchos ejemplos de imposibilidad, como la incapacitación del deudor, o bien si se ha producido su muerte o su ausencia con presunción de fallecimiento y se tratare de obligaciones que no pueden pasar a sus herederos para que las ejecuten (ej., art. 1641 C.C.).

La expropiación por causa de utilidad pública, impide la ejecución de la obra en el predio expropiado. También la ordenanza de la Comuna que ha sido posterior al nacimiento de la obligación de construir un edificio a determinada altura, la que prohíbe levantar el edificio a la altura convenida.

Pero es claro que si media culpa del deudor la imposibilidad carece de incidencia y se aplican los principios generales, vale decir el deudor es responsable de los daños y perjuicios ocasionados al acreedor; en caso de dolo no podrá ser dispensado al contraerse la obligación. Dicho dolo es la deliberada inexecución. Cuando el deudor puede cumplir, pero no quiere hacerlo. No basta la mera conciencia de no cumplir, pues la posibilidad de que lo haga es un recaudo que califica de doloso al incumplimiento, cualquiera sea el motivo que lo lleve a obrar de tal manera. Naturalmente que la responsabilidad es más intensa cuando actúa con dolo, puesto que es más amplio el resarcimiento el cual no sólo comprende los daños e intereses que sean consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento, sino también los que el acreedor sufriere como consecuencia mediata, acorde con lo que estatuyen los arts. 903 y 904 del Código.

III. La mora

Después de la reforma de la ley 17.711 de 1968, quedó incorporada en el código una regla general como principio de la mora automática en las obligaciones a plazo determinado cierto o incierto, lo cual relegó a la mora ex persona a una categorías puramente residual. En efecto, al haber consagrado la regla de la mora ex re en las obligaciones a plazo, ésta es de carácter automático y cubre todos los casos no exceptuados, absorbiendo las hipótesis específicas de la mora legal. Es claro que como toda regla surgen algunas excepciones, tales como: a) supuesto en que las partes acordaron expresamente la necesidad de la interpelación previa para constituir en mora al deudor, o b) si es la ley la que dispone lo contrario en ciertos supuesto específicos.

Por otra parte, no debe olvidarse que en las obligaciones recíprocas, uno de los obligados no incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir. De ahí que el requerimiento del acreedor tiene que ser acompañado del ofrecimiento de su cooperación en el cumplimiento. El deudor no cae en mora cuando el acreedor deja de prestar la cooperación requerida para el pago. Asimismo, carece de eficacia moratoria la interpelación del acreedor que no cumple sus obligaciones conexas exigibles derivadas de la misma causa. Pero si se trata de obligaciones independientes entre si, como en los casos del art. 1201 del Código, la mora de un obligado, no le impide hacer valer la mora en que hubiera incurrido el deudor de la otra obligación.

IV. El caso fortuito y la fuerza mayor

Si bien el art. 513 habla del caso fortuito o la fuerza mayor, mientras que el art. 1526 sólo de la fuerza mayor en la reglamentación específica del contrato de locación, y en los arts. 889, 893, 1522, se emplean acumulativamente ambas expresiones, no hay diferencia práctica entre ellas. Tanto es así que el efecto jurídico es idéntico y es por esa causa que en el orden doctrinario se los asimila.

Hay que decir en primer lugar que el caso fortuito y la fuerza mayor se caracterizan por su accidentalidad y por ser externos, extraordinarios e insuperables para el deudor. Esto significa que le impiden cumplir su

obligación y le son inmutables. Estas cuestiones de hecho deberán ser establecidas y consideradas por el juez que intervenga en el caso.

Puede decirse que los caracteres esenciales del *casus* son dos: la imprevisibilidad y la irresistibilidad o inevitabilidad. Se trata por tanto de un hecho o evento imprevisto, exterior y obligado, vale decir, ajeno a la voluntad y que no les imputable al deudor. Tiene también la condición de extraordinario o sea, que sale de lo normal u ordinario, y la imposibilidad de evitarlo por parte de la persona que lo invoca como eximente a su favor.

El deudor por todo ello queda eximido tanto de cumplir su obligación, como de pagar daños y perjuicios por la inejecución. Claro está que si la prestación se hace imposible sólo parcialmente, recíprocamente la liberación es también parcial.

Tratándose de obligaciones recíprocas, el deudor exento de la responsabilidad por el incumplimiento por caso fortuito, pierde el derecho a la contraprestación, y por lo demás si ya la había recibido deberá devolverla. Asimismo, si el incumplimiento es parcial deberá disminuirse proporcionalmente las contraprestación. Además, si el acontecimiento de fuerza mayor implica sólo una imposibilidad temporaria de cumplir, el deudor deberá ejecutar la obligación enseguida que cese la imposibilidad.

Como toda regla hay excepciones frente a las que no tan siquiera el caso fortuito o la fuerza mayor eximen al obligado de responsabilidad. Al respecto es dable señalar las siguientes:

i) Actos ilícitos: ante todo debe dejarse sentado que el art. 513 solamente se refiere a las obligaciones convencionales, por lo que si se trata de obligaciones nacidas como consecuencia de un hecho ilícito, el caso fortuito no libera en todo caso de responsabilidad al obligado.

ii) El deudor que tomó bajo su responsabilidad y cargo las consecuencias del caso fortuito, tampoco queda liberado si este ocurre,.

iii) Tal es la solución si la eximente del *casus* sobrevino por culpa o dolo del deudor.

iv) El deudor que ya ha caído en mora cuando sobreviene el caso fortuito o fuerza mayor, y esa mora no fue motivada a su vez por caos fortuito. Sin embargo, debe señalarse que aun mediando mora del deudor, si la cosa que debía ser entregada hubiese perecido igualmente en poder del acreedor, se advierte aquí una excusa que implica que el deudor queda exonerado de responsabilidad, exoneración que no puede aplicarse si se trata de un deudor de cosas que ha sido robadas.

v) Por lo demás desde luego no hay eximición del deudor cuando la ley expresamente no exime de responsabilidad.

V. Obligaciones naturales

Como si fuera un *tertium* quid la ley prevé a las obligaciones puramente naturales. Vale decir que divide a las obligaciones en “civiles” y “naturales” o “de equidad”. Las primera que hemos tratado hasta ahora dan los derechos y producen las consecuencias que se han señalado. Particularmente, la facultad del acreedor de exigir su cumplimiento, aplicar las sanciones derivadas de la falta de pago en término, así en ciertos casos la compulsión al deudor para que ejecute lo debido. Las naturales no gozan de esa prerrogativas y reacciones que son en realidad las normales de toda obligación, desde el punto de vista jurídico. En cambio las “naturales” no tienen la fuerza de compulsar al deudor cumplir o en su caso requerir la indemnización pertinente. Sin embargo no por ello están desprovistas de toda protección jurídica. Ya que si el deudor ha pagado voluntariamente en un acto de reconocimiento de su obligación, no podría más tarde arrepentirse y solicitar la repetición de lo pagado invocando el carácter natural de la obligación.

Se ha distinguido a las obligaciones naturales de los deberes de conciencia puros. En efecto, cuando una persona ha dado algo a otra en cumplimiento de un deber de conciencia, tal pago es siempre irrepitable, puesto que puede tratarse de una obligación natural y sigue su régimen (art. 516 del C.C.), o bien se trata de un acto de pura caridad, en cuyo caso ese acto se confunde con la donación o bien una liberalidad que también tiene carácter irrepitable.

Varios incisos desarrolla la norma para los casos de obligaciones naturales: a) Producida la prescripción liberatoria de la acción, en realidad la obligación no queda extinguida, pues la prescripción no recae sobre el derecho sino sobre la acción para el reclamo. La doctrina mayoritaria ve en este caso un supuesto de obligación natural por el solo transcurso del tiempo de la prescripción; b) Hay en los actos jurídicos exigencias de formas *ad solemnitatem*, la forma es absoluta, mientras que las formas *ad probationem* son relativas, pero ellas no privan al acto de su carácter civil. Si a pesar de la falta de formas ese defecto no concierne al derecho

de manera que el cumplimiento es admitido como tal y sus efectos. Así, por ejemplo, el testamento a que alude el inc. 3, si el heredero intestado decide cumplir una disposición del causante, es una conducta que obedece por lo común a motivos respetables y no puede volverse contra él. Ello son tener en cuenta a las nulidades absolutas porque estas destituyen de eficacia al acto por razones de orden público; c) Si se ha dicta una sentencia injusta, quien ha pagado no obstante la calificación del fallo en forma voluntaria, no podría repetir.

1. El inc. 5 de la norma hacer referencia a los “juegos prohibidos” que se contemplan en los arts. 2055/6. Las deudas de los no prohibidos son perfectamente exigibles, aunque los jueces pueden reducir su monto. Son deudas civiles. En general los autores han objetado que a los prohibidos se los incluya entre las obligaciones naturales. Es que no son deberes morales o de conciencia ni están fundamentados en la equidad o derecho natural, por lo que se piensa que estaríamos en presencia de un hecho ilícito. Luego si estaría dentro del ámbito de obligaciones naturales cuando se tratare de juegos de azar y suerte no prohibidos por la norma, lo que los aleja de las obligaciones civiles en tanto no tienen utilidad social. La irrepitibilidad que la ley estatuye (art. 2063) no hace distinciones entre juegos prohibidos o tolerados, y parece más bien el efecto del apotegma de que nadie puede alegar su propia torpeza.

Otros autores agregan que están incluidos también «la promesa aceptada de hacer un empréstito gratuito o de consumo (art. 2244); la promesa de hacer un empréstito de uso (art. 2256) y la promesa de esponsales de futuro (art. 165, según ley 23.515).

VI. Obligaciones que no tienen por objeto sumas de dinero

Los daños e intereses. El concepto lo trae el Código en el art. 519. En caso de inejecución, los elementos constitutivos de la reparación son el “daño emergente”, es decir, la pérdida, o el empobrecimiento efectivamente sufrido por el acreedor, y el “lucro cesante”, la utilidad, beneficio, ganancia o provecho de que se ha visto privado el acreedor, sea por la inejecución total o parcial de la obligación, o bien por el retardo o mora en que ha incurrido. Pero está claro que comprende este lucro cesante las ganancias reales ganancias no las hipotéticas.

La expresión compuesta tiene el doble significado: los daños que se refieren al detrimento, perjuicio o menoscabo patrimonial que viene a ser el daño emergente y los intereses que vienen a configurar el provecho, utilidad, beneficio o ganancia que no ha obtenido como debiere el acreedor.

En orden a la relación de causalidad, tratándose de la responsabilidad contractual, rige el resarcimiento que estatuye el art. 520 y concs. De estos daños sólo asumen los que fueren de causalidad inmediata: El daño reconoce en ese hecho su causa adecuada, sin distinguir entre culpa o dolo, pues en tal ámbito el tipo de causalidad no constituye un elemento de diferenciación. Es así que acorde con el art. 901 toda vez que el daño sufrido se siga, normalmente y de ordinario, del hecho del incumplimiento de la obligación es consecuencia inmediata. Será de consecuencia necesaria cuando el hecho que la origina será de por sí indiferente en la producción del resultado; no es algo contingente, que puede ser o no ser, sino que habrá de seguir verosimilmente la susodicha consecuencia. Pedro si el hecho ha sido ejecutado con dolo o malicia, que suelen considerarse término sinónimos, el resarcimiento ha de extenderse a las consecuencias mediatas. Esto significa que el deudor doloso o malicioso, responde de modo abarcativo, esto significa por las consecuencias inmediatas y necesarias, y por las mediatas previstas o previsibles. Pero si fueren consecuencias casuales en principio quedan fuera de este régimen.

También es factible que el juez ordene el pago del daño moral por el no cumplimiento de la prestación contraída. En esto la doctrina está dividida en lo que hace al mandato dado al juez por el art., 522 del Código. Para algunos autores es una indemnización facultativa o de pura equidad, o sea que la norma facultaría al juez para acordar o no el resarcimiento del daño moral, según que da la índole del derecho y de las circunstancias concurrentes resulte justificada la reclamación del damnificado. Para estos el término “podrá” empleado por la norma debe interpretarse en su estricto significado. Queda a criterio del juez admitir o rechazar la indemnización, no caprichosamente sino ateniéndose a las particularidades que se presenten.

Otros autores, en cambio, sostienen que la función del juez es igual en ambas responsabilidades, contractual o extracontractual (art. 1078 C.C.). De ahí que, acreditada la existencia del daño moral derivado del incumplimiento y siempre que medie petición de la parte interesada, el juez debe ordenar la reparación con criterio objetivo.

El incumplimiento que sustenta el reclamo del daño moral puede ser definitivo o absoluto, bien parcial o relativo, como el que se realiza con vicios, comprendiendo así mismo la mora o el que termina significando una ejecución distinta a la pactada. Además el factor de atribución puede ser objetivo o subjetivo, pero siempre debe haber un nexo adecuado de causalidad para que sea resarcible. La responsabilidad se extiende a las personas visibles o a las de sujeto ideal, en este último caso tanto si el hecho dañoso es producido por un dependiente o por los representantes o administradores del ente.

De acuerdo con el principio de la relatividad de las convenciones, los terceros carecen de acción, aun cuando se consideren moralmente dañados. Pero claro está que si sobreviene la muerte del contratante damnificado los herederos forzosos pueden reclamar por derecho propio la indemnización basada en el art. 1078.

VII. Obligaciones principales y accesorias

La principal o también denominada primaria, es la que tiene existencia propia y da nacimiento a la otra, sin la cual esta segunda no existiría. La accesoria o secundaria, por lo tanto, dependen en su eficacia, existencia o validez de la principal pues sólo existe en función de ésta. Tal interdependencia puede provenir de la ley o de la voluntad de las partes. En tal sentido se enuncian como accesorias la cláusula pena, la prenda, la hipoteca y anticresis.

Hay obligaciones accesorias que siendo complemento de la principal pueden funcionar juntamente con ella, de tal manera que el acreedor puede exigir el cumplimiento de ambas a la vez. Así por ejemplo la de los intereses respecto del capital. Pero en otros supuestos la accesoria tiene carácter subsidiario y entra en reemplazo de la principal cuando esta última no se ha cumplido. Tal el caso de la del fiador o de daños y perjuicios causados por el incumplimiento.

Por razones lógicas la extinción de la obligación principal extingue la accesoria, pero la de esta última no extingue a la principal, en tanto la principal no necesita de lo accesorio para subsistir. Todos los medios de extinción operan esa consecuencia, sea el pago, la compensación, la transacción, la confusión o la remisión de deuda, e inclusive la anulación o

invalidación. Ahora bien como una suerte de excepción a ese principio general o en todo caso anómalo es dable el supuesto de una obligación accesoria que determina la suerte de la principal, como previene el art. 526 cuando establece que ello ocurre por cláusulas imposibles, con apariencia de condiciones suspensivas, o si fueran condiciones imposibles, con apariencia de suspensivas, o prohibidas. Pero se ha pensado que en este caso hay una suerte de falsa accesoriedad. Tal ocurre por ejemplo cuando un contrato resulta viciado por la inclusión en él de un pacto adjunto inválido. Las obligaciones impuestas por este pacto son accesorias, pero siendo inválida un parte del objeto del contrato, es todo el acto que se sustenta en un consentimiento único que no puede ser parcelado, pues la nulidad parcial, en principio, no es operativa en materia contractual.

VIII. Conclusión

Con este repaso un poco genérico y sin acudir a la cita de fallos de jurisprudencia que en general avalan sus propuestas, doy por terminado el trabajo en homenaje al preclaro jurista de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, Dr. Luis Moisset de Espanés.

Bibliografía

- ACCIARRI, Hugo, “Causa de los actos jurídicos, redundancia y eficiencia”, L.L. 2007-A-1.
- ALSINA ATIENZA, Dalmiro, “Introducción al estudio de las obligaciones *propter rem*”, J.A. 1960-II, sec. doc..
- BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 9ªed. actualizado por Alejandro Borda, Buenos Aires, La Ley, 2008.
- CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, F.A., *Derecho de las obligaciones*, La Plata, Platense, 1970/1996.
- COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Manual de las obligaciones*, Buenos Aires, Astrea, 1997.
- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975/2005.

- MAYO, J.A., “La relación jurídica obligacional”, RCyS, 2004-56.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Curso de obligaciones*, Córdoba, Advocatus, 1993.
- “La imputabilidad de la mora”, L.L. 1982-A- 717.
 - “Prescripción y obligaciones naturales. Reconocimiento y efectos”, J.A. 1987-II-294.
 - “Otra vez sobre la prescripción y las obligaciones naturales”, J.A. 2001-IV-706.
- MOSSET ITURRASPE, J., “Imputabilidad de la mora. La mora en las obligaciones *cercabili* (cuyo lugar de pago es el domicilio del deudor”, L.L. 1982-A-717.
- PIZARRO, R.D. - VALLESPINOS, C.G., *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 1.
- PIZARRO, R.D. y MOISSET DE ESPANÉS, L., “Reflexiones en torno de la mora del deudor y el lugar de cumplimiento de las obligaciones”, E.D. t. 72, p. 79.
- RAFFO BENEGAS, P. - SASSOT, R.A., “Incumplimiento doloso de la obligación (art. 521 del Código Civil”, J.A. doctrina, 1971, p. 823.
- RASPALL Y GALLI, C.O., “Obligaciones accesorias. Efectos de la aceptación sin reservas de la obligación principal”; L.L. 2033-C-1074.
- REZZÓNICO, Luis María, *Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil*, 6ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1953.
- “Causa, abstracción y estipulación a favor de terceros”, L.L. 1982-A-775.
- TRIGO REPRESAS, F.A., “El caso fortuito como eximente de la responsabilidad por riesgo de la cosa”, L.L. 1989-D-457.

EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO ¹

JUAN MANUEL APARICIO

Sumario: I. Noción. Antecedentes. Régimen del Código Civil. 1. El sinalagma. 2. La excepción como un remedio frente al incumplimiento. 3. Antecedentes. 4. El Código Civil y la excepción. 5. Naturaleza de la excepción. II. Requisitos. 6. Ambito de la excepción. 7. El incumplimiento. 8. El plazo. 9. Obligaciones recíprocas que deben ser cumplidas en plazos diferentes. 10. La caducidad del plazo. 11. La buena fe. III. Efectos. 12. Regla. 13. Carga probatoria. 14. La sentencia condicional en las obligaciones de cumplimiento simultáneo. 15. Conclusiones. IV. La exclusión convencional de la excepción. 16. La cláusula *solve et repete*. V. La excepción de incumplimiento y el derecho de retención. 17. Diferencias

I. Noción. Antecedentes. Régimen del Código Civil

1. *El sinalagma*

Sinalagma es un término de origen griego que literalmente significa intercambio o relación. Ha sido usado en el derecho romano desde los

¹ Fernando LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos. Parte general*, Buenos Aires, Zavallía, p. 379; Guillermo A. BORDA, *Tratado de derecho civil. Obligaciones II*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot; Alberto G. SPOTA, *Instituciones de derecho civil, Contratos*, Buenos Aires, Depalma, vol. III, p. 439; Jorge MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, Buenos Aires, Ediar, ps. 431 y ss.; Jorge E. LAVALLE COBO, *Código Civil y leyes complementarias*, Belluscio (dir) - Zannoni (coord.), t. 5, p. 948; LORENZETTI, *Tratado de los contratos. Parte general*, p. 646; Atilio A. ALTERINI *Contratos. Civiles, Comerciales. De consumo. Teoría general*, p. 534; SALVAT-ACUÑA ANZORENA, *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones, I*, N° 246, p. 200; Héctor MASNATTA, *La excepción de incumplimiento contractual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1967; Roberto FORTE y Adriana R.E. DO

tiempos de Ulpiano ² para indicar con una sola palabra el nexo entre dos obligaciones recíprocas *-ultra citroque obligatio-* en un contrato bilateral que las genera. En estos contratos bilaterales, cada una de las partes se obliga a una prestación para que mediante ese compromiso pueda exigir la contraprestación de su contraparte; los contratantes programan un intercambio de prestaciones. El principio fundamental en que reposan estos contratos es el antiquísimo *do ut des*; cada parte se obliga a una prestación en tanto en cuanto la otra se obliga a la contraprestación. El sinalagma, que traduce el nexo de interdependencia recíproca de ambas obligaciones, se manifiesta ya sea en el momento de constitución de estos contratos *-sinalagma genético-* como, asimismo, en la etapa del cumplimiento *-sinalagma funcional-*. Desde este último punto de vista, debido a ese enlace entre las obligaciones con el que se instrumenta un cambio de prestaciones, no se concibe que una de las partes pueda exigir a la otra el cumplimiento de la prestación que adeuda si la reclamante, a su vez, no cumple, recíprocamente, la prestación objeto de la obligación que, como contrapartida, ha tomado a su cargo.

CAMPO “Algunos aspectos en la excepción de incumplimiento contractual” en L.L. 1980-C, p. 1.112; Francesco REALMONTE, voz “Eccezione di inadempimento” en *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè, 1965, t. XIV, p. 222; Arturo DALMARTELLO voz “Eccezione di inadempimento” en *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, 1957, t. VI, p. 354; Fabio ADDIS, “Le eccezione dilatorie” en *Trattato de contratto a cura di Vincenzo Roppo*, t. V, p. 413; ROPPO, *Il contratto*, p. 985; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, t. II, p.677; Renato SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, N° 78, p. 281; CARRESI, *Il contratto*, t. 2, N°300, p. 895; H.L. MAZEAUD y J. CHABAS, *Leçons de droit civil. Obligations*, II-1, N° 1.124, p.1.176; CARBONNIER, *Derecho civil*, II.1, p.673; STARCK-ROLAND-BOYER, *Obligations*, 2. *Contrat*, N° 1.703, p. 703; Marcel PLANIOL - George RIPERT - Paul ESMEIN, *Traité pratique de droit civil français*, París, Librairie Général de Droit & de Jurisprudence, t. VI, 1930, N° 439, p. 607; LARENZ, *Derecho de obligaciones*, I, p. 266; ENNECCERUS-LEHMANN, *Tratado de derecho civil. Derecho de obligaciones*, t. II-1, & 33, p. 165; HEDEMANN, *Tratado de derecho civil*, vol. III, Derecho de obligaciones, p.102.

²Digesto, 50, 16, 19.

2. La excepción como un remedio frente al incumplimiento

Como expresiones de dicho sinalagma funcional relacionadas con la alteración que importa el incumplimiento, la ley confiere dos remedios: uno, la resolución por incumplimiento, que conduce a disolver el contrato y abatir sus obligaciones, permitiendo al contratante fiel a su promesa desligarse del negocio; otro, de alcance más reducido, meramente dilatorio, que se limita a conferir una excepción al contratante a quien le reclama el cumplimiento la parte que no cumple, mediante la cual puede suspender temporalmente dicho cumplimiento, conservando el contrato y paralizando el reclamo en tales condiciones

3. Antecedentes

Esta excepción deriva de la *exceptio doli*, aunque en el derecho romano no se encuentra consagrado el principio general, ni se emplea su denominación. El verdadero origen de la *exceptio* se ubica en el Medioevo, en las enseñanzas de los canonistas, quienes acuñaron la tradicional máxima de que no merece guardar fe a quien no la observa (*non servanti fidem non est fides servanda*). Fueron los posglosadores quienes con el influjo de estas ideas, utilizando los textos romanos, elaboraron la doctrina de la excepción, como regla general, asignándole el nombre que hoy tiene. Se incorporó el instituto en diversas legislaciones, en particular de derecho germánico. En Francia, Cujas y su escuela redujeron la aplicación de la excepción a los casos previstos, queriendo restablecer el exacto tenor de los textos romanos, que habían sido interpretados libremente por los romanistas anteriores, para adaptarlos a la exigencia de la práctica³. Ello explica que el Código Civil francés no haya previsto tan obvia regla de modo general, aunque ella tiene expresión en algunos textos fragmentarios, que han servido de base

³ Marcel PLANIOL - George RIPERT - Paul ESMEIN, *Traité pratique de...* cit., t. VI, N° 439, p. 607.

para otorgarle a la excepción un carácter genérico, existiendo diversas opiniones sobre su fundamento ⁴.

4. *El Código Civil y la excepción*

A diferencia del Código de Napoleón que no disciplina expresamente, de modo genérico, la excepción de incumplimiento, el Código Civil consagra el remedio en una regla general, en el art. 1201, que prescribe: “En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probase haberlo ella cumplido u ofreciese cumplirlo, o que su obligación es a plazo”. A su vez, como otra manifestación del principio que inspira el precepto, el art. 510 dispone: “En las obligaciones recíprocas, el uno de los obligados no incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir la obligación que le es respectiva”.

La redacción del art. 1201 no es la más apropiada desde un punto de vista técnico. En efecto, establece que “en los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probase haberlo cumplido”, lo cual podría dar a entender que tal cumplimiento de quien demanda es un requisito de su pretensión. Empero, con acierto, se ha impuesto la opinión de que la norma consagra una excepción que puede oponer el demandado. En apoyo de esta opinión cabe señalar que el Código utiliza esta formulación para referirse a una excepción, también en el art. 1166, cuando prevé una de las más tradicionales manifestaciones de la *exceptio doli*, la que puede oponer la parte capaz, en los supuestos en que se le demanda la nulidad de un contrato celebrado por un incapaz de hecho, cuando éste la ha inducido con dolo a contratar. Dispone el art. 1166 que ni el menor ni sus representantes o sucesores “tendrán derecho para anular el contrato”, esto es, consideran lo que es un medio defensivo, desde el punto de vista del actor, en cuanto constituye un obstáculo a su pretensión, pero sin que por ello se convierta, en estrictez de concepto, en un requisito de ella. Se interpreta el art. 1166 en el sentido que el dolo

⁴ H.L. MAZEAUD y J. CHABAS, *Leçons de...* cit., t. II-1, N^{ros} 1.125 y 1.126, p.1176; CARBONNIER, op. cit., II-1, p. 678.

del incapaz excluye la nulidad mas, no hay duda, que tal causa de exclusión se corporiza en una excepción que debe oponerse a la pretensión de nulidad. *Mutatis mutandi*, cuando expresa el art. 1201 que en los contratos bilaterales uno de los contratantes no puede demandar el cumplimiento cuando él no cumple, excluye el reclamo en tales condiciones, en cuanto está autorizando a la contraparte a defenderse de él, mediante el planteamiento de una excepción. Tal significado guarda coherencia con otro precepto de alcance general, el art. 510, en cuanto prescribe que en las obligaciones recíprocas, cuando un obligado no cumple, el otro no incurre en mora, si, a su vez, no cumple, lo que importa que puede abstenerse legítimamente de hacerlo. En otras aplicaciones concretas de la figura, los arts. 1418 y 1428, disponen que cuando el comprador no le hubiese pagado el precio, el vendedor “puede negar la entrega de la cosa vendida”. A la inversa el art. 1426 establece que si el vendedor no entregase al comprador exactamente lo que expresa el contrato, el comprador “puede rehusar el pago del precio”. A través de estos preceptos interrelacionados, que sirven de complemento al art. 1201, se advierte que ubicada la situación desde la perspectiva del demandado, en que se encuadra verdaderamente en su quicio, ante la deficiencia de una pretensión en la cual el contratante que no cumple exija a su contraparte el cumplimiento, la ley le confiere al demandado la facultad de oponerle una excepción dirigida a neutralizarla. Esta interpretación amén de inspirarse en un criterio sistemático que da cohesión al conjunto de normas en que se apoya el instituto, también permite asignarle, con un criterio actual, la naturaleza que hoy pacíficamente se le reconoce, incluso en los ordenamientos jurídicos donde no ha sido previsto de modo general ⁵.

⁵ La tesis contraria, a la expuesta, la cual propugna que se estaría en presencia de un requisito de la acción, ha sido sostenida en forma aislada por Guillermo L. Allende (art.1201 del C.C. Requisito necesario de la acción y no excepción de incumplimiento de contrato), basado en interpretación exegética dirigida a esclarecer cuál fue el pensamiento que efectivamente tuvo el Codificador en base a los antecedentes con que contó al momento de redactar el precepto. Sin entrar en el análisis histórico pormenorizado de tales antecedentes, baste tan sólo señalar que la interpretación que ha prevalecido, observa lo que se ha denominado el canon de la actualidad del entender, como uno de los criterios al que corresponde ajustar la actividad hermenéutica. Sin contrariar el texto legal, antes bien, por el contrario aclarando e integrando su sentido con otras normas con las que relaciona,

5. Naturaleza de la excepción

Desde un punto de vista procesal, el remedio tiene el carácter de una excepción, susceptible de ser opuesta a una demanda de cumplimiento⁶. Se trata de una excepción de derecho sustancial, de un remedio temporáneo, transitorio o dilatorio, que se traduce en la facultad del excepcionante de suspender la propia prestación hasta tanto el otro contratante cumpla u ofrezca cumplir la prestación por él debida. La importan-

corresponde reconstruir el pensamiento legal, no como si hubiese quedado cristalizado en el momento de su elaboración identificándose con el pensamiento concreto de su autor material, sino, cuando existe la posibilidad, como en este caso, escogiendo la opción que mejor se concilie con los requerimientos y las estimaciones predominantes en el momento de su aplicación. Conviene recordar que POTHIER (“*Traité du contrat de vente*”, en *Oeuvres de Pothier*, París, Ed. Bechet Ainé Libraire, t. 2, 1824, N^{os} 66-67, p. 27), expresa que el “*comprador no está autorizado a demandar que la cosa vendida le sea entregada, si no ofrece pagar el precio*”. El Código francés invirtió la perspectiva de Pothier quien enunciaba la regla desde la posición del comprador, el que no puede pedir el cumplimiento, al fijarla desde la posición del vendedor el que el que no está obligado a entregar la cosa si el comprador no le paga el precio (art. 1612), prescripción normativa que traduce con más fidelidad el carácter de excepción que tiene el principio. Por otro lado, como recuerda Jorge GIORGI, *Teoría de las obligaciones*, Madrid, Reus, 1930, N^o 199, t. IV, p. 204, los comentaristas del derecho romano dedujeron la excepción de la *lex offerri*. En ese texto de Ulpiano, sin embargo, el ofrecimiento de cumplir su prestación por parte de quien reclama el cumplimiento de la contraparte parece constituir un requisito de la acción (véase: D. XIX-1-3-8: “*Offerri pretium ab emtore debet quus emto agitur*”, esto es, debe ofrecerse por el comprador el precio cuando se ejercita la acción de compra). Marca una diferencia a este respecto el texto de Ulpiano D.44-5-4, donde tal ofrecimiento de cumplir se asocia con la posibilidad de oponer una excepción. Estas imprecisiones dieron lugar a una antigua controversia, según Windscheid, sobre la naturaleza del instituto, si constituía o no una excepción, habiéndose impuesto, sin contradicción, la tesis que le reconoce tal carácter (*Diritto delle Pandette*, Turín, Utet, vol. 2^o, 1930 & 321, nota 2, p. 244).

⁶ Esta tesis es compartida por la doctrina nacional con excepciones aisladas como las de ALLENDE citado en la nota anterior y MACHADO, *Exposición y comentarios del Código Civil argentino*, t. III, p. 133. Se ha impuesto sin contradicciones en la jurisprudencia (CNCiv., Sala A, L.L. 1986-E-14; Sala D, E.D. 87-491; Sala F, L.L. 146-336 y L.L. 1976-B-206; Sala J, L.L. 1998-D-457; Sala L, L.L. 1997-D-826 (39610 S) y L.L. 1997-E-1.014 (39.794 S); CNCCom., Sala B, L.L. 1986-E-372; ST de Misiones, L.L. Litoral, 2001, p. 1.377; Cámara 2^a C y C de Córdoba; L.L.C. 2000-93; SC Mendoza, Sala I, L.L.. 1995-D-668; Cámara C., C., Cont. Adm. y Fam. de Villa María, D.J..2004-3-1070; Cámara 2^a C. y C. Santiago del Estero, LLNOA 2003-272).

cia que tiene precisar la naturaleza del instituto reside en que si se tratare de un requisito de la demanda, el juez podría de oficio desestimarla cuando no observare esta condición. En cambio, por tratarse de una excepción, ella debe ser opuesta, por vía de regla, al contestar la demanda, para que sea factible un pronunciamiento que acoja dicha defensa.

Empero, el remedio puede ser utilizado también fuera del proceso, extrajudicialmente, para oponerse a un reclamo en el cual un contratante exija al otro el cumplimiento de una obligación, sin dar cumplimiento a la prestación a la que está obligado. E, incluso, puede estar sobreentendido en una oferta de cumplimiento condicionada: te ofrezco entregar la cosa si me pagas el precio, la que conlleva implícito el rechazo de hacer lugar a la entrega si el precio no es pagado ⁷.

II. Requisitos

6. *Ambito de la excepción*

El primer requisito de la excepción concierne al ámbito en que opera. El art. 1201 prescribe de modo expreso que debe tratarse de un contrato bilateral, que es la fuente convencional de obligaciones recíprocas. Empero, existen otras situaciones que pueden originar un tipo análogo de obligaciones, como ocurre en los casos de nulidad o de resolución que acarrear las obligaciones de las partes de restituir lo recibido por el acto invalidado o extinguido, obligaciones que deben cumplirse simultáneamente. En tales hipótesis, cualquiera de las partes, puede oponer la excepción de incumplimiento para suspender el cumplimiento de su obligación de restituir, si la otra parte que la exige no cumple con la suya, por aplicación analógica del art. 510 del C.C..

⁷ DALMARTELLO, Voz “Eccezione di inadempimento”, en *Novissimo Digesto Italiano*, N° 1, t. VI, p. 362.

7. *El incumplimiento*

El segundo requisito es el incumplimiento del actor que sirve de justificación a la excepción. Al incumplimiento verdadero y propio debe sumársele el cumplimiento que es incompleto o defectuoso. En la primera hipótesis, el remedio recibe la denominación tradicional de *exceptio non adimpleti contractus*; en la segunda se le asigna el nombre de *exceptio non rite adimpleti contractus*. Aunque no hay divergencias sustanciales en el tratamiento de ambos, la diferencia se manifiesta en lo concerniente a la carga de la prueba. Por otro lado, también se asimila al incumplimiento la manifestación de la voluntad de no querer cumplir vertida antes del cumplimiento⁸, o la conducta de quien antes de la expiración del término se coloca en situación de no poder cumplir.

Dado el carácter de esta excepción, cuyo contenido es la suspensión del cumplimiento de quien se vale de ella, conservándose el contrato, el carácter del incumplimiento exige una consideración menos rigurosa que en aquellos casos en que el remedio conduce al aniquilamiento del contrato, como ocurre con la resolución por incumplimiento. Por ello, la excepción puede oponerse aun cuando el incumplimiento no le sea imputable al incumplidor, ni genere su responsabilidad⁹. Se incluyen los supuestos en que el incumplimiento obedezca a una imposibilidad temporaria. Asimismo, es oponible a un incumplimiento que sea definitivo e irreversible, no susceptible de ser remediado por un cumplimiento futuro, como cuando media la destrucción de la cosa que debe entregarse o la violación de una obligación de no hacer. El demandado podrá optar por hacer uso del remedio perentorio de reclamar la resolución del contrato o valerse de la excepción. Debe permitírsele la utilización de esta arma defensiva para resguardar el normal funcionamiento del sinalagma, sin perjuicio de que le quede expedita la vía de demandar la resolución, cuando la tutela de su interés así lo aconseje¹⁰.

⁸ Fabio ADDIS, “Le eccezioni dilatorie” en *Trattato de contrato a cura di Vincenzo Roppo*, t. V, p. 426; CARRESI, *Il contratto*, t. 2, p. 900.

⁹ ROPPO, *Il contratto*, p. 987.

¹⁰ ROPPO, ob. cit., p. 1.041; REALMONTE, voz “Eccezione di inadempimento”, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XIV, N° 5, p. 228.

8. El plazo

Obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo. Es menester que la obligación del excepcionado no esté sujeta a un plazo pendiente de vencimiento. Si existe dicho término no vencido, la obligación no se ha tornado exigible y no puede hablarse de incumplimiento.

En torno al plazo, deben distinguirse las obligaciones recíprocas que deben cumplirse simultáneamente, de aquellas otras que tienen términos de vencimiento sucesivo. En la primera hipótesis, que comprende la expresión más definida y prototípica de obligaciones recíprocas, la simple oferta de cumplimiento está equiparada al cumplimiento. El actor se resguarda de la excepción, con el ofrecimiento de cumplir la prestación a su cargo en el momento que la contraparte haga lo propio con la que ella adeuda.

Sobre este particular, se ha sostenido que el solo hecho de demandar el cumplimiento de un contrato, importa un ofrecimiento tácito de ejecutar las prestaciones debidas, por lo cual, la mera circunstancia de no haber ofrecido expresamente su cumplimiento, no autoriza la *exceptio non adimpleti contractus*. Se agrega a este respecto que la excepción sólo resulta procedente en los casos que el actor sostenga falsamente que ha cumplido, o que por otros motivos se niegue a cumplir¹¹. Esta tesis, acogida reiteradamente por la jurisprudencia¹², ofrece flancos para el reparo. Admitir que la demanda de cumplimiento de un contrato bilateral formulada por una de los contratantes a su contraparte importa, *a fortiori*, por sí sola, el ofrecimiento del demandante de cumplir con la obligación a su cargo, significa prácticamente reducir a cero toda posibilidad de procedencia a la excepción de incumplimiento en el supuesto más distintivo de ella: el de las obligaciones recíprocas que deben cumplirse simultánea-

¹¹ BORDA, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. I, Nº 1.292, p. 223.

¹² CNCiv., Sala A, L.L. 2.003-E-550; 1975-C-199; L.L. 149-549 (29761 S), L.L. 128-789; CNCiv., Sala B, 16/10/1980, “Zalazar, Celestina c/ Berasain Direcco y otro”; L.L. on line; CNCiv., Sala D, L.L. 98-167; L.L. 111-14; CNCiv., Sala E, J.A. 1978-II-540; L.L. 1978-A-192; L.L. 137-552; CNCiv., Sala F, L.L. 96-562, L.L. 109-343; CNCiv., Sala M, L.L. 1997-C-236; CNCCom., Sala B, L.L. 96-127; CNCCom., Sala D, L.L. 1985-E-394; Cámara C., C., Crim. y Correc., de Zárate, L.L.B.A. 1996-36; Cámara 4ª C. y C. de Córdoba, 16/12/1983, “Orellano, Jorge N. c/ Barreiro Hnos”, L.L. on line.

mente. Quedaría circunscripta la factibilidad de la excepción, a la hipótesis extrema de que quien demande el cumplimiento acompañe a su reclamo la declaración expresa de que rehúsa o se niega a cumplir con la suya. Otra tesis diametralmente opuesta, propugna no sólo que el ofrecimiento debe ser efectivo, sino, además, que cuando se trata de obligaciones de dar sumas de dinero, el actor, para prevenirse de la excepción, debe depositar judicialmente el importe. Así como la primera postura predominante contraviene el texto del art. 1201, amén de desvirtuar el significado que tradicionalmente se le asigna a la excepción, la tesis expuesta en segundo término propicia un rigor excesivo. Entendemos que un temperamento intermedio es el más aconsejable. Si bien, la pretensión de cumplimiento debe contener el ofrecimiento de cumplir la obligación recíproca del actor para ponerse a cubierto de la excepción, tal ofrecimiento no necesita formularse en términos sacramentales, en tanto en cuanto pueda desprenderse del contexto de su demanda ¹³. Asimismo, basta el mero ofrecimiento de cumplir, sin necesidad, de depositar judicialmente el importe o de valerse del procedimiento fijado para el pago por consignación, a fin predisponer el idóneo recaudo que le permite al demandante neutralizar la excepción. Este enfoque, sumado al principio de buena fe, resulta suficiente para impedir la utilización disfuncional de la figura.

9. Obligaciones recíprocas que deben ser cumplidas en plazos diferentes

En las hipótesis en que las obligaciones derivadas del contrato bilateral deban ser cumplidas en plazos diferentes, en una suerte de desco-

¹³ SALVAT comentado por ACUÑA ANZORENA, *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, I, N° 242, p. 201; FORTE-DO CAMPO, "Igunos aspectos de la excepción de incumplimiento contractual", L.L. 1980-C-1112, VI-C; LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos Parte general*, p. 382, quien sostiene que el ofrecimiento no se llena con la sola declaración, sino con algo más tangible y material: extrajudicialmente, poner el dinero a la vista; judicialmente poner el dinero a disposición del juez, en otros términos, el procedimiento judicial será el mismo que el requerido para el pago por consignación.. Estas reglas se aplicarán a los otros cumplimientos que no consistan en daciones de dinero, teniendo en cuenta la naturaleza de la prestación..

nexión transitoria de la reciprocidad pues una de las partes debe cumplir antes que la otra ¹⁴, el contratante que debe cumplir primero, no puede oponer al otro la excepción de incumplimiento, en cuanto tiene que cumplir previamente, para estar habilitado a reclamar el cumplimiento de la contraprestación. Inversamente, sí puede oponer la excepción la parte cuyo cumplimiento debe realizarse con posterioridad: ésta puede suspender el cumplimiento de su obligación, hasta tanto cumpla la parte que debió hacerlo con anterioridad ¹⁵.

10. La caducidad del plazo

En relación con este último supuesto, corresponde plantear el tema de la caducidad del plazo. El art. 572 del C.C., prescribe que el deudor constituido en insolvencia no puede reclamar el plazo para el cumplimiento de la obligación. A su vez, el art. 753, complementando la regla, prescribe que el acreedor puede exigir el pago antes del plazo, cuando el deudor se hiciere insolvente, formando concurso de acreedores. Esas disposiciones hacen clara referencia al supuesto en que el deudor, al cual se le ha concedido un plazo para el cumplimiento de su obligación, le sobreviene un estado de cesación de pagos, esto es, de impotencia patrimonial para cumplir sus obligaciones, que determina ya sea la apertura de su concurso preventivo o la declaración de quiebra. Tal situación provoca el decaimiento del plazo y que se lo juzgue cumplido, pese a que aún no se ha operado su vencimiento. Se coincide en que la insolvencia del deudor que produce tal caducidad, no es una insolvencia de hecho sino es la que se declara judicialmente, cuando se ordena la apertura del concurso preventivo, por aplicación de de las disposiciones citadas del Código civil o cuando se declara la quiebra, hipótesis en la cual esta solución está, además, expresamente prevista por la ley de concursos 24.522, art. 128 ¹⁶.

¹⁴ HEDEMANN, *Tratado de derecho...* cit., vol. III, Derecho de obligaciones, p. 104.

¹⁵ ROPPO, ob. cit., p. 986; ADDIS, “Le eccezione dilatorie”, p. 461. Así lo precisa expresamente el B.G.B. & 320; LARENZ, *Derecho de obligaciones*, I, p. 270.

¹⁶ Sa,em- Pablo D. HEREDIA *Tratado exegetico de derecho concursal. Ley 24.522 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada*, Buenos Aires, Abaco, 1.998, t. 1, p. 475.

Sin embargo, a los fines de esta figura de la excepción del incumplimiento, habida cuenta el fundamento que la inspira, es dable arribar a una conclusión más flexible. Debe tutelarse el regular desenvolvimiento del sinalagma funcional no sólo frente a la lesión ya consumada, que se produce cuando un contratante exige el cumplimiento de una obligación de la contraparte sin cumplir la obligación a su cargo que se ha tornado exigible, sino, también debe extenderse la protección para precaver el peligro evidente de que la contraprestación pueda frustrarse. Tal es lo que ocurre cuando deviene una modificación patrimonial del contratante que requiere el cumplimiento, la cual sin entrañar una insolvencia, en el sentido estricto jurídico a que se ha hecho referencia, cree una situación de riesgo serio, concreto, objetivo e irreversible de que la contraprestación no se cumpla. Corresponde permitir en estos casos al contratante acreedor de dicha contraprestación en peligro de perderla, la facultad de abstenerse de cumplir su obligación, como una extensión de este remedio de autotutela, que en tal supuesto, cumple con una función cautelar¹⁷. En este orden de ideas, el Código Civil en el art. 1425, reconoce al comprador frente al temor fundado de la evicción el derecho de suspender el pago del precio a menos que el vendedor le afiance su restitución, norma que se ajusta al criterio expuesto, cuya generalización se propugna. En todos los supuestos en los que un contratante sufre el riesgo grave de que su contraprestación no se efectivice, en resguardo del normal funcionamiento del sinalagma, tiene que reconocérsele el derecho de suspender el cumplimiento de su prestación. La parte que debe cumplir la prestación en evidente peligro, aún no vencida, puede poner término a dicha suspensión, ya sea cumpliéndola anticipadamente o prestando suficiente garantía que ha de cumplirla.

¹⁷ Así lo disponen expresamente el & 321 del B.G.B; el art. 1461 del C.C. italiano; el art. 71 inc. 1 de la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y el art. 7.3.4 de los Principios sobre los contratos comerciales internacionales del UNIDROIT.

11. La buena fe

Finalmente, el último requisito de la excepción de incumplimiento es que su ejercicio no sea contrario a la buena fe. La excepción no procede cuando el incumplimiento que la justifica es de escasa importancia en relación con el incumplimiento en la que se pretende fundar. A la luz de la buena fe debe valorarse esa razonable proporcionalidad que debe existir entre el incumplimiento en que se funda la excepción y el incumplimiento con el que se da respuesta mediante la interposición de la excepción¹⁸.

La función que cumple la excepción es la estimular a la contraparte a cumplir, y ejercer sobre el excepcionado una eficaz coacción psicológica para constreñirlo al cumplimiento de la contraprestación a su cargo. Por tanto no puede ser utilizada como un pretexto para encubrir o disfrazar el incumplimiento de quien se vale de ella. Es por ello que la excepción no procede cuando quien la opone se ha colocado en la imposibilidad de cumplir o cuando él ha provocado el incumplimiento del actor¹⁹.

III. Efectos

12. Regla

Como se ha expresado, desde el punto de vista procesal, la excepción de incumplimiento es una excepción de naturaleza dilatoria sustancial. Se trata de una excepción de fondo que, amén de ello, como ocurre con toda excepción dilatoria, no afecta al derecho invocado por el actor ni entraña su desconocimiento, tan sólo excluye temporalmente un pronunciamiento sobre dicho derecho y permite que la pretensión se vuelva a proponer nuevamente, una vez salvados los defectos que padecía.

¹⁸ ROPPO, ob. cit., p. 987; LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los...* cit., & 35, I, 3, p. 380; SPOTA, *Instituciones de derecho...* cit., vol. III, N^{os} 610 y 61, p. 459; BORDA, *Tratado de derecho...* cit., t. II, N^o 1.293, p. 223; MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, ps. 436/437, ALTERINI, *Contratos. Civiles. Comerciales. De consumo*, ps. 537/538; LAVALLE COBO, en *Código Civil. Comentado, anotado y concordado*, Belluscio (dir.) - Zannoni (coord), t. V, p. 956.

¹⁹ ROPPO, ob. cit., p. 988; SPOTA y BORDA, citas en nota anterior.

13. *Carga probatoria*

Opuesta la excepción se plantea la cuestión de la carga probatoria. La regla es que toda excepción se basa en la afirmación de una situación de hecho impeditiva o extintiva y que la carga de la prueba de la existencia de tal hecho pesa sobre el *excipiens*. Empero, en este caso en particular de la *exceptio non adimpleti contractus*, la carga de la prueba se invierte y corresponde al excepcionado probar que ha cumplido, tal cual lo expresa el art. 1201, para obstar a la procedencia de la excepción. El fundamento es que si quien se excepciona tuviere que acreditar el no cumplimiento, debería probar un hecho negativo, con la dificultad que ello importa. En cambio, la prueba positiva del cumplimiento por el actor, no presenta tales obstáculos, sino que reviste caracteres de simplicidad que justifican la mentada inversión. No obstante, esta solución se aplica cuando la excepción se funda en una falta de total de cumplimiento del actor a una obligación que le impone el contrato. Cuando, por el contrario, dicho cumplimiento ha tenido lugar pero no de conformidad con lo debido, por ser incompleto defectuoso, readquiere plena vigencia la regla ordinaria y corresponde a quien se excepciona la prueba positiva de tales deficiencias ²⁰.

14. *La sentencia condicional en las obligaciones de cumplimiento simultáneo*

La consecuencia ordinaria del acogimiento de la excepción, es el rechazo de la demanda. El Código Civil alemán introdujo una interesante

²⁰ MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, p. 437; Alberto G. SPOTA, *Instituciones de derecho civil. Contratos*, vol III, N° 602, p. 449; Atilio ALTERINI, *Contratos. Civiles. Comerciales. De consumo. Teoría general*, p. 538; CNCom., Sala D, L.L.. 2005-D-506; ST .Misiones, L.L. Litoral, 2001, 1377; CNCiv., Sala A, L.L.. 2001-B-738; CNCiv., Sala M, L.L. 1997-C-236; Cámara C. y C. Santa Fe, Sala II, 19/3/92, “Balbi, Omar R. c/ Mauro Italo”, L.L. on line; Cámara C. y C. Rosario, Sala I, 25/9/84, “Gravina, Omar C. c/ Litmanovich, Pablo y otra”, L.L.. on line. En contra: LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los...* cit., p. 382.

y peculiar figura en el art. 322 respecto de las obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo: cuando es acogida la excepción cuyo contenido es la negativa de la parte que la opone a cumplir la prestación hasta que la contraparte cumpla con la suya, no conduce a la desestimación de la demanda, sino a una sentencia que ordena el cumplimiento simultáneo de ambas prestaciones. Se trata de una condena condicional, es decir, se condena al demandado a cumplir contra recibo de la contraprestación²¹. Este sistema tiene la ventaja de la economía procesal, al zanjar una cuestión que corre el peligro de prolongarse indebidamente en el tiempo, si el acogimiento de la excepción torna necesario la apertura de otra causa. En ese nuevo proceso deberá reiterarse el tratamiento de un tema debatido en su aspecto sustancial, cuyo desenlace ya era posible prever en el primer juicio, ocasionando gastos inútiles, amén de las demoras que importa el rasgo acentuado de lentitud, característica indeseada de nuestro sistema judicial.

A los fines de esclarecer las múltiples situaciones que pueden presentarse, cabe señalar que, en un juicio, la oposición de la excepción de incumplimiento suele ser acompañada de otros cuestionamientos del accionado para terminar en una reconvencción, esto es, una pretensión procesal que interpone el demandado contra el actor al contestar la demanda y que debe ser tramitada y resuelta conjuntamente con la pretensión que originó el proceso. En dicha reconvencción el contratante, a su vez, puede reclamar el cumplimiento del contrato o bien su resolución. La decisión final que ante estos planteos ordene el cumplimiento de las obligaciones recíprocas, con plazos de vencimiento simultáneo, por lo general puede encontrar adecuado sustento en cuanto se correlacione con las pretensiones contradictorias de las partes, en observancia del principio de congruencia.

El problema que mueve a la reflexión se presenta cuando el demandado se limita simplemente a oponer la excepción de incumplimiento para bloquear la pretensión del actor, absteniéndose de cumplir. Ante la ausencia de una norma expresa, se ha planteado el interrogante de si resulta factible una condena al cumplimiento simultáneo, a imagen y semejanza

²¹ “zug um zug”, es la expresión alemana que utiliza el B.G.B.

de lo que expresamente establece el Código Civil alemán. Parte de nuestra doctrina y jurisprudencia se han inclinado por la tesis afirmativa²². Se señala que una sentencia con este alcance, no viola el principio de congruencia. Si bien quien se excepciona opta simplemente por la suspensión del cumplimiento a su cargo, sin exigir expresamente el cumplimiento de la contraparte, no debe perderse de vista que la excepción conlleva implícita la aserción de que si el demandante cumple, el *excipiens* está dispuesto a cumplir²³. Asimismo se sostiene que el *excipiens* no deja de ser deudor en cuanto no desconoce tal carácter; por lo tanto, puede ser condenado a cumplir si también cumple el actor las obligaciones a su cargo. Finalmente, se agrega, el ordenamiento procesal no prohíbe las llamadas sentencias de condena condicional, por lo que es dable admitirlas, aun cuando no exista una norma expresa que las autorice.

15. Conclusiones

Como se ha anticipado, el acogimiento de la excepción provoca, por vía de regla, el rechazo de la demanda. Así ocurre en las obligaciones de plazo sucesivo. Si la excepción se opone al contratante que debió cumplir primero y, no obstante, sin haberlo hecho, demanda el cumplimiento a su contraparte, en tal caso resulta claro que cuando se hace lugar a la excepción de incumplimiento, debe desestimarse la demanda. En los supuestos de obligaciones de cumplimiento simultáneo, dada la naturaleza de esta excepción, ella debe ser examinada en el momento de dictar sen-

²² MOSSET ITURRASPE, “La excepción de incumplimiento en el contrato informático y la condena condicional”, en L.L. 1991-A, p. 402; MASNATTA, “Excepción de incumplimiento contractual”, J.A. 1967-V, p. 790; Roberto FORTE y Adriana DO CAMPO, “Algunos aspectos de la excepción de incumplimiento contractual”, en L.L. 1980-C, p. 1.230; CNCiv., Sala A, E.D. 31-235, E.D. 17-558; CNCiv., Sala C, L.L. 122-679, J.A. 1966-III-409; SC Mendoza, L.L. 1991-A-452 y Sala I, L.L. 1995-D-668; CNCCom., Sala D, L.L. 1985-E-394; Cámara C., C, y de Min. de San Juan, Sala II, L.L. Gran Cuyo, 2005, p. 121; Cámara C y C. de San Francisco, 8/10/84, “García, Germán G. c/ Grau Séptimo B” en L.L. on line; Cámara C. y C. de Río Cuarto, 4/4/84, “Daniel Aruto D. c/ Principi Lealdo O”, L.L. on line.

²³ MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, p...

tencia, cuando ya se ha producido la prueba en el juicio y se presentan con claridad las singularidades de la cuestión controvertida. El acogimiento de la excepción, en estos casos, impide la condena pura y simple, pero no la sentencia que ordene el cumplimiento del demandado, condicionada a que se cumpla contraprestación ²⁴ Resulta factible que se asigne a la sentencia el contenido propio de una condena condicional. Cuando el *excipiens* se defiende arguyendo que se abstiene de cumplir, porque la contraparte no ofrece cumplir de modo simultáneo, es dable reputar que está implícitamente afirmando su predisposición a cumplir, si se le cumple. La decisión, pues, que le ordene cumplir en tanto en cuanto, de manera sincrónica, lo haga el actor, en principio, no excede los términos en que se traba la litis. De este modo, podrá darse razonable tratamiento a simples fallas técnicas de una demanda, completarse el cumplimiento de un contrato que ya fue cumplido parcialmente o dar adecuada solución a otras situaciones similares, con las ventajas de la economía procesal que ello supone. Asimismo, será dable resguardar el significado propio de esta excepción, según el principio cardinal de buena fe: configura, como se ha señalado, un remedio contra el incumplimiento y no un medio para encubrir el propio incumplimiento, valiéndose de subterfugios formales. El exceso ritual puede conducir a soluciones que desnaturalicen el genuino sentido de este remedio o alienten desbordes de la vocación litigiosa.

IV. La exclusión convencional de la excepción

16. La cláusula *solve et repete*

Quien hace valer una pretensión de cumplimiento está expuesto a que se le oponga una excepción la que puede ser fundada o infundada, pero siempre requiere un pronunciamiento judicial que necesita tiempo

²⁴ En el derecho procesal se ha admitido esa figura de la sentencia condicionada, véase Eduardo J. COUTURE, *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 1978, t. III, p. 316; José CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil*, Madrid, Reus, 1922, t. I, p. 318. En contra: REALMONTE, voz "Eccezione di inadempimento, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XIV, sostiene que debe ser objeto de una admisión legal expresa.

para dar solución al diferendo. A los fines de evitar ese riesgo que obstaculiza y paraliza temporalmente una pretensión, el titular puede convenir que su contraparte no puede oponerle excepciones a los fines de retardarla o evitar la prestación debida. Esta cláusula se denomina *solve et repete* (paga y después reclama). En el derecho comparado algunas legislaciones hacen expresa referencia a este tipo de cláusulas, permitiéndolas, aunque con limitaciones²⁵. En virtud del principio de autonomía, cabe admitir genéricamente su eficacia, particularmente en lo atinente a esta excepción dilatoria de incumplimiento, cuando se trata de contratos paritarios, aunque cabe desconocerle efectos a aquellas que excluyan la posibilidad de cuestionar la validez del contrato que las incluye, oponiendo como excepción su nulidad. Por otro lado, debe reconocerse la facultad judicial de prescindir de tales cláusulas en razón del principio de buena fe, cuando su aplicación condujera a resultados incorrectos o irrazonables, frente a la manifiesta procedencia de las excepciones excluidas. Finalmente, en los contratos de consumo o en los contratos por adhesión a condiciones generales en que existe una desigualdad en el poder de negociación de las partes, este tipo de estipulaciones configura, por vía de regla, una clara expresión de cláusula abusiva.

V. La excepción de incumplimiento y el derecho de retención

17. Diferencias

Es tradicional vincular la excepción de incumplimiento con el derecho de retención. Ambos configuran un medio de auto-tutela privada. Mientras que la excepción de incumplimiento es un remedio que permite al contratante suspender el cumplimiento de su obligación cuando no cumple la contraparte con la prestación a su cargo, el derecho de retención es la facultad que corresponde al tenedor o poseedor de una cosa, de con-

²⁵ Así ocurre en el derecho italiano, art. 1462 del Código Civil. Véase SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, p. 683; ROPPO, ob. cit.; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, p.642; ADDIS, "L'eccezione dilatorie", p. 489.

servar dicha tenencia o posesión, hasta el pago de lo que le es debido por razón de esa misma cosa. Es un accesorio del crédito del retenedor para cuya seguridad se confiere, crédito que debe guardar una relación de conexidad con la cosa que se retiene. Sentadas las diferencias de ambos supuestos, la afinidad reside en que también el derecho de retención configura una defensa, una excepción dilatoria que puede oponer el retenedor al propietario para resistirse a ser desapoderado de la cosa y postergar su entrega hasta de ser desinteresado del crédito nacido en razón de ella.

Al par que difieren los presupuestos de ambos institutos, también son distintos los ámbitos en que operan: el derecho de retención puede ser invocado en ciertas hipótesis referidas a contratos unilaterales, como en el depósito (art. 218), en el mandato gratuito, hasta ser pagado el mandatario de los adelantos y gastos hechos para el cumplimiento de su cometido (art. 1956). Asimismo, en supuestos que conciernen a la materia posesoria (arts. 2428, 2440 y 2441), o en situaciones que pueden darse en los derechos reales de condominio (arts. 2685 y 2686), usufructo (art. 2891) o la prenda (arts. 3228 y 3229). También el derecho de retención presenta peculiaridades relacionadas con sus efectos: respecto del retenedor a quien se le reconoce una acción encaminada a la recuperación de la cosa cuando ha sido desposeída de ella en contra de su voluntad, ya sea una acción posesoria (art. 3944) o un acción reivindicatoria que puede ejercer por vía de subrogación de los derechos de su deudor.

EL TERCERO INDICADO PARA RECIBIR EL PAGO (el llamado *adjectus solutions gratia*)

IGNACIO COLOMBRES GARMENDIA

Sumario: 1. Introducción. 2. Regulación en el Código Civil. Supuesto legal. 3. Naturaleza jurídica. Fuentes del Código Civil. El *adjectus solutions gratia*. Prestaciones que puede comprender. 4. Importancia práctica. 5. Semejanzas con otras figuras jurídicas. 6. Forma de designación. Perfeccionamiento. Modos de designación. Tiempo de designación. La aceptación del tercero. Situaciones especiales: pagos parciales, obligaciones alternativas, obligaciones facultativas, obligaciones con más de un acreedor. 7. La revocación de la designación del tercero indicado. 8. Titular del derecho de percibir el pago. Ejercicio de la acción de cobro. 9. Titularidad del crédito. Disposición del mismo. Transmisión *mortis causa*. Embargo del crédito. 10. Pago por tercero. Pago por consignación. Pago con subrogación. 11. Proyectos de reformas del Código Civil. 12. Conclusiones.

1. Introducción

La figura del tercero indicado para recibir el pago, a pesar de estar expresamente legislada en el Código Civil argentino (C.C.), no ha tenido receptividad en los negocios jurídicos de nuestro país. Es un instituto que no ha logrado imponerse como una cláusula habitual en el tráfico negocial. A nosotros la figura siempre nos ha despertado -tanto académica, como profesionalmente- simpatía ya que la vemos como una modalidad útil para los negocios jurídicos. La consideramos práctica, eficaz y llamativamente sencilla de instrumentar y ejecutar. Es más, la hemos usado en la actividad profesional.

Tal vez la causa de falta de uso de la figura encuentre su razón en el hecho que la doctrina argentina, tanto la que escribió sobre la Teoría de las Obligaciones en general, como la que lo hizo sobre el pago en particu-

lar, en su mayoría ¹ no han tratado con mayor entusiasmo, la figura del tercero indicado para recibir el pago. Mas aún, no le han dado a la figura la autonomía funcional que le corresponde, confundiéndola, en muchos casos, con el negocio base existente entre el acreedor y el tercero y de esta manera le han quitado trascendencia. Esto tal vez se deba a la influencia de la figura romana del *adjectus solutionis gratia*.

Prueba de lo dicho es que la jurisprudencia nacional prácticamente no tiene casos al respecto.

Como dijimos, para nosotros la figura del tercero indicado para recibir el pago puede prestar un útil servicio a los negocios jurídicos. Esperemos que este trabajo ayude a ello.

2. Regulación en el Código Civil. Supuesto legal

El Código Civil argentino, en el art. 731, referido a quienes deben hacerse el pago, dispone:

Art. 731: El pago debe hacerse:

1°. A la persona a cuyo favor estuviere constituida la obligación si no hubiese cedido el crédito, o a su legítimo representante, cuando lo hubiese constituido para recibir el pago, o cuando el acreedor no tuviese la libre administración de sus bienes;

2°. A cualquiera de los acreedores, si la obligación fuese indivisible o solidaria, si el deudor no estuviere demandado por alguno de ellos;

3°. A cada uno de los coacreedores, según la cuota que les corresponda, si la obligación fuese divisible, y no fuese solidaria;

4°. Si el acreedor o coacreedor hubiese fallecido, a sus legítimos sucesores por título universal, o a los herederos, según la cuota que a cada uno perteneciere, no siendo la obligación indivisible;

5°. A los cesionarios o subrogados, legal o convencionalmente;

6°. Al que presentase el título del crédito, si éste fuese de pagarés al portador, salvo el caso de hurto o de graves sospechas de no pertenecer el título al portador;

¹ Una excepción la constituyen Busso, Llambías y Wayar.

7º. Al tercero indicado para poder hacerse el pago, aunque lo resista el acreedor, y aunque a éste se le hubiese pagado una parte de la deuda.

El tema que se analizará en este trabajo es el regulado en el inc. 7, es decir el tercero indicado para recibir el pago (a quien en adelante denominaremos simplemente el “tercero indicado”).

El supuesto legal se refiere al caso en que en el contrato, fuente de la obligación que origina la deuda (es decir el título constitutivo de la deuda), se haya establecido que el pago debe hacerse a un tercero a la relación contractual². También puede ocurrir que la designación se haga por el acreedor, con posterioridad al nacimiento de la relación obligatoria.

Llerena³, correctamente indica al art. 2211 del C.C., como concordante del art. 731 inc. 7.

3. Naturaleza jurídica. Fuentes del Código Civil. El *adjectus solutions gratia*. Prestaciones que puede comprender

Se ha discutido en la doctrina cuál es la naturaleza jurídica del “tercero indicado”.

En este análisis tuvo mucha influencia la fuente del art. 731, inc. 7, la que está indicada por Vélez en su nota a dicho artículo: L. 5, Tit. 14, Part. 5ª - L. 12, Tít. 3, Lib. 46 dig..

De la lectura de los textos que le sirvieron de fuente a Vélez, surge que las hipótesis analizadas en los mismos responden a casos de actuaciones por otro (por ejemplo: representación y/o apoderamiento y/o mandato, etc...).

La doctrina nacional, siguiendo a la extranjera, considera que la redacción del inc. 7 del art. 731 del C.C., tiene su antecedente en la figura del derecho romano del *adjectus solutions gratia*⁴, que nació como una

² Conforme Eduardo B. BUSO, *Código Civil anotado*, t. V, “Obligaciones. Sujeto, reconocimiento y extinción”, Buenos Aires, Ediar, 1955, p. 404, nota 145.

³ Baldomero LLERENA, *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, 3ª ed., Buenos Aires, La Facultad, 1931, t. 3, p. 219 y t.6, ps. 470/1.

⁴ Jorge GIORGI, “Teoría de las obligaciones en el derecho moderno expuesta conforme a la doctrina y a la jurisprudencia italiana, francesa, alemana, etc.”, traducida de la

forma de eludir el carácter personalísimo -en los inicios del derecho romano- del vínculo entre acreedor y deudor, incorporando en el título de la obligación un tercero a la relación, habilitándolo a percibir el pago.

La doctrina también hace notar ⁵, que el auge de la figura del *adjectus* tenía su razón con anterioridad al nacimiento de la representación.

Colmo ⁶, a quienes siguen Lafaille ⁷ y Salvat ⁸ distinguen la figura romana del *adjectus*, con la del *adstipulator*. Según ellos, el primero es sólo un mandatario del acreedor, en cambio, el segundo es el titular del crédito.

Nosotros preferimos evitar el término del *adjectus*, por cuanto consideramos que la figura del tercero indicado en el art. 731 inc. 7, va más allá de la figura del derecho romano.

En la actualidad gran parte de la doctrina entiende que la figura del tercero indicado ha perdido actualidad, por cuanto la moderna teoría de la representación ha reglado con amplitud la actuación por otro ⁹ y por ende aquella figura ya no sería necesaria.

Indudablemente que para sostener esto se parte de la base que la figura del tercero indicado es un supuesto de una actuación por otro ¹⁰ los que nos lleva a analizar la real naturaleza jurídica de la figura *sub examen*.

Respecto a esta cuestión están lo que sostienen que el tercero indicado es un supuesto de mandato ¹¹, el que sería irrevocable. Son quienes están influenciados por la figura romana del *adjectus*.

séptima edición italiana y anotada con arreglo a las legislaciones española y americana, por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, vol. VII, Madrid, Reus, 1930, p. 104, párrafo 74, habla del *adjectus solutions causa*.

⁵ Ver LLAMBIAS, op. cit., t. II-B, p. 158, nota 1440 a); Héctor LAFAILLE, *Derecho civil*, t. VI, Tratado de las Obligaciones, vol. I, Buenos Aires, Ediar, 1947, p. 310, párrafo 353.

⁶ Alfredo COLMO, *De las obligaciones en general*, 3ª ed. ampliada y corregida con anotaciones póstumas del autor, ordenadas bajo la dirección de Ricardo Novillo Astrada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, p. 399.

⁷ LAFAILLE, op. cit., p. 311 .

⁸ Raymundo M. SALVAT, *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general*, 6ª ed., t. II, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1953, p. 233, nota 78..

⁹ Ver BUSSO, op. cit., t V, p. 405, nota 146.

¹⁰ La doctrina en general la califica de mandato.

¹¹ Así GIORGI, op. cit ,vol. VII, p. 104, párrafo 74. En el derecho argentino, entre otros, Luis María REZZÓNICO, *Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil*, 8ª ed.

Por el contrario, otra parte de la doctrina argentina considera que la naturaleza jurídica del tercero indicado, es autónoma. Así Llambías habla de “*título abstracto*”¹².

A su vez, Busso habla de “*una cláusula bilateral sobre las condiciones de pago...*”¹³. Wayar comparte este criterio de la independencia de la figura¹⁴, al igual que Belluscio, en su prestigioso Código Civil comentado¹⁵.

Compartimos la tesis de Busso, en cuanto a que es una cláusula sobre el pago. Agregamos que es asimilable a la cláusula sobre “lugar de pago”, “fecha de pago”, etc..

Algunos autores¹⁶ hacen mención a que se debe analizar la real relación del tercero indicado, con las partes de la relación obligatoria, y en este sentido, se ejemplifica sobre cuál pudo ser la razón o motivo para indicar un tercero para el pago¹⁷.

Esto no deja de ser peligroso, ya que se podría tergiversar la figura, por cuanto, de alguna manera, estaríamos “integrando” la figura del tercero indicado con otras. Por ejemplo, mandato, cesión, etc..

Para nosotros la real cuestión está en saber si ante el supuesto que en el título (contrato o cláusula de pago, como se la quiera denominar)

corregida, aumentada y adecuada al programa de las facultades de Derecho de Buenos Aires y La Plata, Buenos Aires, Librería Editorial Ciencias Económicas, 1957, p. 421; SALVAT, op. cit., p. 234.

¹² LLAMBIÁS, op. cit., t. II-B, p. 159. Tenemos algunas reservas sobre la utilización del término “abstracto”, por cuanto si bien está claro que lo que quiere significar el maestro Llambías es el carácter autónomo de la figura, se podría confundir de que el término implica que el tercero indicado se ha independizado de la relación obligatoria originaria, de la cual surge la deuda. Esto no es así. El derecho al pago del tercero indicado es derivado de la relación obligatoria que da origen al mismo.

¹³ BUSSO, op. cit., t. V, p. 405, nota 153.

¹⁴ Ernesto C. WAYAR, *Derecho civil. Obligaciones*, 2ª ed., t. I, Buenos Aires, Lexis Nexis - Depalma, 2004, p. 317, nota de pie de página 188. Este destacado tratadista, siguiendo a Schlessinger, denomina al tercero “indicatario”.

¹⁵ Augusto C. BELLUSCIO (director) - Eduardo A. ZANNONI, (coordinador), *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea, 1981, t. III, p. 443.

¹⁶ Entre otros, LLAMBIÁS, op. cit., p. 159.

¹⁷ Ver ejemplos de BUSSO, op. cit., t. V, p. 405, notas 150, 151 y 152.

únicamente se haya procedido a indicar un tercero para recibir el pago, al tenor de lo dispuesto en el art. 731, inc. 7 del C.C., ¿cuál es el efecto de dicha cláusula?

En otras palabras: ¿Es necesario analizar el negocio que le sirve de base a la cláusula para conocer o desentrañar sus efectos? o ¿ésta, *per se*, tiene efectos propios independientemente de la relación base?

Nos inclinamos por esto último, lo que tiene gran importancia para tomar posición en los temas a desarrollarse *infra*. A nuestro criterio Vélez, en la redacción del inc. 7, fue más allá de las fuentes, como lo hizo en tantos otros artículos del Código Civil.

Lo que si corresponde aclarar y señalar, es que la relación base que, indudablemente hay subyacente, entre el acreedor originario (la que incluso puede abarcar el deudor) y el tercero indicado, puede originar un conflicto entre ellos que genere responsabilidad por conductas contrarias a lo acordado. No hay duda que este conflicto -que se deberá dilucidar por la vía que corresponda- no puede ni debe tener consecuencias con el derecho a percibir el pago por parte del tercero indicado y la obligación del deudor de pagar a dicho tercero.

Algunos autores ¹⁸ indican que la designación de un tercero para recibir el pago cae dentro de la libertad contractual. No hay duda que esto es así, es decir que aún si no existiera la figura del art. 731 inc. 7, las partes podrían incluir un tercero como *accipiens*. Para nosotros esta afirmación se debe hacer aclarando que la disposición del art. 731 inc. 7 tiene, como característica propia, que establece cuál es el efecto y alcance de dicha designación y, además, le da a la figura una tipificación legal autónoma ¹⁹.

Si no existiese dicha norma y, en base a la libertad contractual, se designa un tercero para percibir el pago, ello sin mayores precisiones y/o especificaciones, pueden plantearse serias dudas sobre el alcance de dicha designación, sus efectos entre acreedor y deudor y respecto al

¹⁸ LAFAILLE, op. cit., p. 311 - COLMO, op. cit., p. 398.

¹⁹ Usamos el término tipificación como referido a típico, en el sentido que se le da a los contratos "típicos", diferenciándolos de los "atípicos". Al respecto, ver Fernando J. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos. Parte General*, Buenos Aires, Zavallía, 1993, p. 66.

tercero y allí si puede tomar gran relevancia la relación base con las partes de la relación obligatoria.

Como se verá *infra*, en nuestra opinión la redacción del art. 731 inc. 7, no sólo le da autonomía propia a la figura, sino, que establece sus efectos y alcances.

La doctrina no se ha planteado qué tipo de prestaciones puede comprender la figura del tercero indicado. A nuestro entender puede alcanzar, tanto a la de dar -en todos sus tipos-, como a la de hacer, e incluso de no hacer.

4. Importancia práctica

La importancia práctica de la figura dependerá directamente de cual postura se tome respecto a la cuestión planteada en los párrafos anteriores.

Indudablemente que si debemos buscar el alcance de los efectos en los posibles negocios base -lo que puede no ser fácil- la figura del tercero indicado pierde utilidad y por ende el desuso de la figura, que algunos proclaman, será cierto (Pizarro-Vallespinos²⁰ y Cazeaux-Trigo Represas²¹). Igual ocurrirá si buscamos su naturaleza en la actuación por otro.

Por el contrario, si se le otorga a la figura la autonomía que realmente tiene, entendemos que el uso de la cláusula puede ser de gran utilidad en los negocios jurídicos de naturaleza contractual.

Es necesario señalar que los argumentos respecto de que existen otras figuras jurídicas para permitir que un extraño a la relación sea el titular del *jus solvendi*, como podría ser la cesión de créditos, o el mandato, o la delegación, implica siempre la realización de un nuevo contrato entre el acreedor y el tercero, en algunos casos, y en otros entre el acreedor, el tercero y la necesaria participación del deudor, pero siempre, como dijimos, tiene que crearse una nueva figura jurídica.

²⁰ VALLESPINOS, op. cit., p. 111.

²¹ Pedro N. CAZEAUX - Félix A. TRIGO REPRESAS, *Derecho de las Obligaciones*, 2ª ed. aumentada y actualizada, redactado por el Dr. Félix A. Trigo Represas, Librería Editora, p. 101.

No hay duda que este hecho hace más compleja la instrumentación del negocio. Piénsese, no sólo en los temas instrumentales, siempre engorrosos, sino también en los aspectos fiscales, ya que estaríamos ante un nuevo “hecho imponible” que puede ser alcanzado por diferentes tributos, especialmente el de sellos, todo lo cual no ocurre con la figura del tercero indicado, legislado en el art. 731 inc. 7.

Por otra parte la designación del tercero indicado tiene su causa fuente en la disposición tipificada en el art. 731 inc. 7 C.C., sin necesidad de buscar la misma en la relación base de las partes originales de la relación obligatoria, con el tercero ²².

5. Semejanzas con otras figuras jurídicas

Teniendo en cuenta la tendencia de los autores a la búsqueda de semejanzas entre las figuras jurídicas, pensamos que se debe ser muy cuidadoso en el análisis de éstas, porque ello -a veces- encierra un peligro ya que puede quitarle nitidez a una figura típica. Es muy común, que entre figuras jurídicas diferentes, exista únicamente una especie de “común denominador” entre ellas (por ejemplo, la prestación de un servicio, una transferencia de derecho real, etc.), pero nada más.

Entendemos, que más que detectar semejanzas se debiera poner énfasis en señalar diferencias. Como dicen los que estudian la lógica “el elemento específico diferencial”.

Lo dicho, por cuanto entendemos que si se remarca este elemento, la figura sobresale, se diferencia y se vuelve autónoma.

La doctrina en general ve semejanza entre el “tercero indicado” y la actuación por otro (representación, apoderamiento, mandato, etc.). La actuación por otro tiene como característica típica que quien actúa –en nombre propio o ajeno- lo hace, siempre en interés ajeno ²³. Para los que pretender ver en la figura del tercero indicado una actuación por otro,

²² Sobre causa en las obligaciones, ver LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., p. 426.

²³ Ver COLOMBRES GARMENDIA, op. cit., “Algunos aspectos de la teoría general de la representación voluntaria, de la autorización y la legitimación”.

indudablemente que están, como dice Busso “*limitando excesivamente el campo ‘...’ y en muchos casos tuerce su sentido*”²⁴. Como bien lo señala Wayar, el tercero indicado obra por sí y para sí²⁵.

Para quienes compartimos lo que dice Llambías²⁶ que el tercero indicado “es titular de un derecho propio abstracto”, le otorgamos a la figura la autonomía que le corresponde y por ende podemos predecir que ella vale por sí misma, sin necesitar de un negocio base en el cual apoyarse, o que le sirva de sustento.

Lo que no se debe confundir son las causas o motivos o razones que llevan al acreedor a designar al tercero, las que pueden ser muy diversas (pago de una deuda, dación en pago, cesión de derechos, donación, mandato, etc., etc.), las cuales, en la medida que no se la exteriorice en el contrato en el cual se designa al tercero, no tendrán ninguna relevancia, ya que es una relación acreedor/tercero. Los sujetos de pago, en este caso, son el deudor (*solvens*) y el tercero (*accipiens*).

Respecto a la confusión de la actuación por otro y la figura del tercero indicado, es necesario también señalar que Vélez, en el inc. 1 del art. 731 C.C., prevé expresamente la designación de un representante por parte del acreedor, con lo cual queda muy claro que nuestro codificador ha distinguido perfectamente ambas figuras.

Como se verá *infra*, definir estas cuestiones tiene una profunda importancia e incidencia sobre los efectos de la figura.

6. Forma de designación. Perfeccionamiento. Modos de designación. Tiempo de designación. La aceptación del tercero. Situaciones especiales: pagos parciales, obligaciones alternativas, obligaciones facultativas, obligaciones con más de un acreedor

Como ya dijimos la designación de un tercero para recibir el pago tiene que surgir de una declaración de voluntad clara de los contratantes.

²⁴ BUSO, op. cit., p. 405, nota 148.

²⁵ WAYAR, op. cit., p. 317 y ss., nota de pie de página 189.

²⁶ LLAMBÍAS, op. cit., p. 161, nota 1442.

Del acreedor designando al tercero y del deudor aceptando dicha designación. Indudablemente que la designación de un tercero para recibir el pago es una excepción a la regla de que el pago debe hacerse “a la persona a cuyo favor estuviese constituida la obligación ...” (art. 731 inc. 1 C.C.) y, por ende, como toda excepción, debe surgir en forma clara y precisa. De lo contrario prima el principio.

Como bien lo señala Wayar ²⁷, nada obsta que la indicación del tercero se haga con posterioridad a la constitución de la obligación. Agregamos que igualmente hará falta la aceptación del deudor.

Wayar plantea ²⁸ que en la designación del tercero para recibir el pago, no hace falta el consentimiento del deudor. Para ello se basa en que el art. 731 inc. 7, no lo exige. Para este autor basta la mera notificación al deudor. El criterio de Wayar puede ser coherente con su tesis de que el tercero indicado no es titular de la acción para exigir el cumplimiento de la deuda. Para nosotros, que no compartimos este criterio, es fundamental el consentimiento del deudor, de manera tal que ambas partes de la relación obligatoria original estén conformes en quién será el titular del derecho a percibir el pago y también del derecho al cobro. Sobre esto volveremos *infra*.

Respecto a la forma -en principio- se debería estar a la que exige la figura del contrato en el cual se hace la designación, incluso si se hace con posterioridad (doctrina art. 1184 inc. 10 C.C.).

Acordada, entre acreedor y deudor la designación de un tercero, la misma, entre ellos, queda perfeccionada y produce pleno efecto.

Otra cuestión es la aceptación del tercero indicado. Como bien señala Llambías ²⁹, a nadie se le puede imponer contra su voluntad la adquisición de un derecho, es decir que el tercero debe aceptar su nominación como *accipiens*, lo que implica sostener que nada obsta a que rechace la misma. Le podrá caber al tercero algún tipo de responsabilidad por dicho rechazo, en base a la relación existente entre este y el acreedor (o tal vez acreedor y deudor), pero este es otro tema.

²⁷ WAYAR, op. cit., ps. 318 y 319.

²⁸ WAYAR, op. cit., p. 318.

²⁹ LLAMBIÁS, op. cit., p. 161, tomo 1442.

Gran parte de la doctrina entiende que la aceptación del tercero está dentro de lo dispuesto en el art. 504 del C.C.³⁰. Busso, aun cuando estima que la designación del tercero difiere de la estipulación por otro, señala que con la aceptación el tercero -vía art. 504 del C.C.- se “incorpora” a la relación jurídica³¹. Compartimos esta posición.

Se podrían presentar algunas situaciones especiales como podría ser que haya habido ya pagos a favor del acreedor, como podría ser ante el caso de un pago parcial, o bien en un contrato de ejecución periódica o escalonada. Nada obsta a que sobre los importes aún no pagados se haga la indicación de un tercero para recibir el pago.

Tampoco habría problema en que la designación de un tercero se haga en el caso de obligaciones alternativas, incluso indicando el tercero únicamente para percibir una de las prestaciones posibles. También sería de aplicación la figura en las obligaciones facultativas. En el caso de las obligaciones que tienen más de un acreedor, sean estas simplemente mancomunadas o solidarias, tampoco habría problema que uno de los acreedores indique un tercero para recibir el pago, aun cuando no lo hagan los otros.

7. La revocación de la designación del tercero indicado

La doctrina se plantea la posibilidad de que el acreedor intentase la revocación de la designación del tercero. Indudablemente que la respuesta a esta cuestión dependerá -como muchas otras relacionadas a este tema- con la posición que se hubiese tomado respecto a la naturaleza jurídica de la figura.

Entendemos que el tema es más amplio ya que se puede plantear supuestos en los cuales no estaríamos técnicamente ante una “revocación”, instituto este que en un sentido primordial prevé la extinción de un acto unilateral, mediante otro acto unilateral, según las palabras de López de Zavalía³².

³⁰ Sobre el contrato en favor de tercero. Ver LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., p. 346 y ss..

³¹ BUSO, op. cit., p. 407, nota 165.

³² LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., p. 373.

Lo que realmente se trata de saber es si se puede dejar sin efecto la designación del tercero indicado. Al respecto se pueden plantear diversos supuestos.

No habría problema que el cese del tercero sea de común acuerdo entre todos los involucrados, acreedor, deudor y tercero, ello por una simple aplicación de los principios de la libertad contractual (doctrina art. 1200 C.C.), dejando a salvo cualquier tipo de derechos adquiridos o responsabilidades a favor de un tercero extraño a ellos.

También en base a la libertad contractual, no puede plantear duda la posibilidad de que cese el tercero indicado, por acuerdo solamente entre acreedor y deudor, antes que el tercero hubiese aceptado.

El real problema se plantea cuando la designación ha sido efectuada por acreedor y deudor –sea esta el nacimiento de la relación obligatoria o con posterioridad a la misma- y el tercero ya haya aceptado dicha designación³³.

Veamos en primer término la posibilidad que el acreedor, en forma unilateral, pretenda revocar la designación. Coincidimos con Llambías³⁴, que dicha revocación no es posible ya que la misma “integra el contenido de la obligación”. En este sentido Vélez fue muy claro y contundente en la redacción del inc. 7 del art. 731 “aunque la resista el acreedor”.

Llambías plantea que la revocación sólo sería posible si el acreedor ocultara la existencia de un mandato y siempre y cuando la revocación no perjudique al deudor. Ya dijimos con anterioridad que no consideramos correcto, y menos aún prudente, sostener que la relación base subyacente que pudiera haber entre acreedor y el tercero, pueda ser oponible a los efectos de limitar y/o modificar la indicación del tercero.

Coincidimos con Llambías que tampoco es posible la revocación mediante acuerdo entre acreedor y deudor, claro está si ya el tercero hubiese aceptado dicha designación.

Sobre el tema de la revocación, es interesante el único fallo que pudimos encontrar sobre el tercero indicado. Dicho fallo fue dictado por

³³ Conforme PARELLADA en el destacado *Código Civil Comentado* dirigido por BUERES-HIGHTON (p. 48) y CAZEAUX-TRIGO REPESAS, op. cit., p. 104..

³⁴ LLAMBIÁS, op. cit., p. 160, párrafo 1441. Conforme BUSO, op. cit., p. 406, párrafo 157.

la CNCom., Sala A, del 23/3/95, *in re*: “Alcalá, Jorge Alfredo c/ Banco de Entre Ríos s/ Ordinario”³⁵. La doctrina de dicho fallo es la posibilidad de la revocación por el acreedor y el deudor, en el caso que no haya mediado comunicación al deudor, y por ende el beneficio no se encuentre convalidado. En este caso puede ser válidamente revocado. *Contrario sensu* notificado el deudor, no lo puede revocar el acreedor, ni aún con consentimiento del deudor.

8. Titular del derecho de percibir el pago - Ejercicio de la acción de cobro

No cabe duda que el tercero indicado es el titular del derecho a percibir el pago. Tanto el encabezamiento del art. 731 C.C., “el pago debe hacerse” como el texto del inc. 7 son muy claros al respecto.

La doctrina se ha planteado si el tercero indicado tiene circunscrito su rol a ser titular del derecho a percibir el pago (sujeto pasivo del pago) o se lo puede considerar también que es el legitimado para ejercer las acciones de cobro que surgen de la relación obligatoria, es decir las mencionadas en el art. 505 C.C..

Busso³⁶ sostiene que si bien el tercero puede percibir, no puede exigir “si el deudor no cumpliere a su debido tiempo, ninguna acción podrá ejercer el tercero”. Como ya vimos, esta tesis es compartida por Wayar³⁷.

Discrepa Llambías³⁸, quien considera que dicha diferenciación es “carente de fundamento racional”, ya que si la ley le concedió el derecho a percibir el pago, no puede negársele el derecho al cobro compulsivo³⁹. Compartimos -sin dudar- la tesis de Llambías; a todo derecho corresponde una acción. Comparten esta tesis Cazeaux-Trigo Represas⁴⁰.

³⁵ Sala integrada por los Dres. Julio J. Peirano - Isabel Míguez de Cantore - Manuel Jarazo Veiras, secretaria: Laura I. Orlando (E.D. 166-303).

³⁶ BUSO, op. cit., p. 408, párrafo 177.

³⁷ WAYAR, op. cit., p. 326.

³⁸ LLAMBIÁS, op. cit., ps. 161/162, nota de pie de página N° 127.

³⁹ Conforme COLMO, op. cit., p. 398.

⁴⁰ CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, op. cit., p. 105.

No hay argumento posible para sostener que quien tiene un derecho, no tenga la acción para ejercerlo, ya que de ser ello así, estaríamos ante un derecho vacuo, lírico o virtual o, jurídicamente hablando, ante una mera obligación natural, lo que no tendría ningún sentido lógico, en el razonamiento interpretativo.

Por otra parte, sostener que el tercero no está legitimado para ejercer la acción, sería supeditar el derecho a percibir el pago del tercero, por un lado a la “buena voluntad” del deudor para que pague y por otro a la buena voluntad del acreedor para que ejercite las acciones en caso de incumplimiento, lo que significaría, en la práctica, despojar al tercero del tan ponderado derecho a percibir el pago.

Respecto a la tesis que sostiene que otorgarle el derecho a la ejecución al tercero, sería peligroso para el deudor, por cuanto no podría oponer las excepciones que tuviera contra el acreedor; contestamos: No se pueden confundir las excepciones que surgen de la relación jurídica fuente de la obligación, la que indudablemente si podrá oponer el deudor, de las excepciones que pudieren surgir por otras relaciones entre el acreedor originario y el deudor, que indudablemente no podrá oponer el deudor al tercero (por ejemplo, la compensación por un crédito con el acreedor cuya fuente sea otra relación obligatoria). Como dijimos anteriormente, es fundamental el consentimiento del deudor a que se indique un tercero para recibir el pago, para que no puede haber duda respecto a los derechos del tercero y a la situación del deudor, tanto frente al acreedor originario, como al tercero indicado.

9. Titularidad del crédito. Disposición del mismo. Transmisión *mortis causa*. Embargo del crédito

El análisis de saber quien es el “titular” del crédito, es, tal vez, uno de los temas más intrincados de la cuestión *sub examen*.

Llambías, quien es, indudablemente uno de los autores que con mayor precisión ha tratado la figura del tercero indicado, sostiene enérgicamente que el tercero “*no se convierte en acreedor*”⁴¹, ya que es sólo el

⁴¹ LLAMBÍAS, op. cit., p. 162, 1º párrafo.

titular del derecho de cobro, pero no puede disponer del crédito, criterio este que comparten Belluscio⁴² y Cazeaux-Trigo Represas⁴³.

Con anterioridad Busso⁴⁴ había sostenido igual tesis, pero sin el énfasis de Llambías, ya que el autor del prestigioso Código Civil Anotado, habla en condicional, “no podría disponer del crédito” y dice que es “como regla general”, para agregar que la regla “sufrirá excepción”, si ello surgiera de la relación base acreedor/tercero. Ya dijimos con anterioridad los serios peligros que implica “integrar” la figura del tercero indicado con la relación base, ya que se le quita autonomía a la figura. Por otra parte no debemos olvidar que Busso niega al tercero el ejercicio de las acciones de cobro.

Reconocemos que el tema no es fácil, pero nos inclinamos a sostener que el tercero indicado es el titular del crédito. No vemos la lógica del razonamiento contrario. El tercero indicado es el titular del derecho y percibir el pago, que es en definitiva la consecuencia inmediata del crédito. Bien dice el art. 725 del C.C. que “el pago es el cumplimiento de la prestación que hace al objeto de la obligación”

Si el tercero indicado es quien tiene el derecho a percibir el objeto de la obligación, según la regla del art. 731 inc. 7, y se considera que dicha figura es autónoma y abstracta, como lo sostienen Busso y Llambías, no vemos porqué el tercero no puede ser considerado el titular del crédito. Sostener lo contrario es, a nuestro criterio, contradictorio, que únicamente se explicaría por un resabio de la figura romana del *adjectus*. Si el tercero estaría actuando por otro, no sería el real titular del crédito y mal podría disponerlo, pero ya vimos que ello no es así. Indudablemente que siendo el tercero el real titular del crédito, puede disponer del mismo libremente.

Por otra parte existen otras figuras jurídicas en el cual, con posterioridad al nacimiento de la relación obligatoria, el acreedor originario deja de serlo (por ejemplo cesión de crédito, pago con subrogación, etc.).

No es comprensible que se sostenga que el acreedor originario puede disponer libremente del crédito. No comprendemos como alguien pue-

⁴² BELLUSCIO, op. cit., p. 444.

⁴³ CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, op. cit., p. 105.

⁴⁴ BUSSO, op. cit., p. 409, nota 179.

de disponer de un crédito que le falta el derecho al pago, es decir estaríamos ante un crédito vacuo, lírico o virtual.

Debemos aclarar que podría ocurrir que la relación jurídica base, en la cual se designa un tercero para percibir el pago, sea compleja, en el sentido que surjan a cargo de las partes, más de una prestación. En estos casos, si podría plantearse que el acreedor originario sea titular de uno o más créditos, respecto a los cuales no haya designado un tercero para percibir el pago. Indudablemente que en estos supuestos el acreedor originario será el titular del crédito o de los créditos respecto de los cuales no se haya indicado a un tercero para percibir la prestación debida.

En concordancia con lo dicho, tampoco puede haber duda que en caso de fallecimiento del tercero indicado, el crédito se transmite a sus herederos.

Tampoco puede haber duda que los acreedores del tercero indicado tienen derecho a embargar el crédito. Por el contrario, los acreedores del acreedor originario no podrían embargar el crédito, ya que este no tiene el derecho al pago. Téngase en cuenta que la traba del embargo del crédito se hace notificando al deudor que no debe pagar al acreedor. Mal podría el deudor pagar al acreedor si este no tiene el derecho al pago.

10. Pago por tercero. Pago por consignación. Pago con subrogación

Nada obsta a que un tercero, ejerciendo el derecho que le otorgan los arts. 727, 728 y 729 del C.C., proceda a pagar al tercero indicado⁴⁵.

Por el contrario, no podría el tercero pretender pagar al acreedor originario, ya que este ya no tiene el derecho de percibir el pago, es decir a percibir la prestación objeto de la obligación.

En lo que hace al pago por consignación, consideramos que en el caso de que exista un tercero indicado para recibir el pago, se debe leer el art. 757 del C.C., sustituyendo la palabra “acreedor” por la de “tercero indicado”.

⁴⁵ Sobre este tema ver COLOMBRES GARMENDIA, *El pago por terceros*, citado en bibliografía N° 11.

Indudablemente que mal se le podría consignar al acreedor originario, ya que este ya no es el titular al derecho de pago y como se vio, tampoco al derecho de cobro.

En lo que hace a la norma del inc. 4º del art. 757 C.C., es necesario señalar que no podría el deudor justificar un pago por consignación sosteniendo que es “dudoso” el derecho del tercero indicado a percibir. Ello aun en el supuesto que el acreedor pretendiese ejercer el derecho a percibir el pago. En este sentido el inc. 7 del art. 731, es muy claro: “... aún que lo resista el acreedor”

Respecto al pago con subrogación, si se trata de la subrogación convencional indudablemente –de acuerdo al criterio que venimos sosteniendo– el mismo debe realizarse entre el tercero que paga, con el tercero indicado para recibir el pago. No estando el acreedor originario facultado para recibir el pago, mal puede estarlo para subrogarlo al tercero.

11. Proyectos de reformas del Código Civil

A. Anteproyecto Bibiloni

Juan Antonio Bibiloni, en su anteproyecto, recepciona la figura del tercero indicado. La redacción que él propone es la siguiente: “Al tercero indicado en el título creditorio, o en otro posterior, para recibir el pago, aunque lo resistiese el acreedor, o si hubiera hecho a este un pago parcial”.

“Podrá, sin embargo, revocarlo el acreedor en caso de un cambio manifiesto en las condiciones de confianza o solvencia del tercero”.

En su comentario, Bibiloni manifiesta que es la reproducción del art. 73, inc. 7 actual, con una variante tomada de Freitas. Del texto propuesto por Bibiloni destacamos que prevé la posibilidad que la indicación se haga con posterioridad al nacimiento de la relación creditoria. Tal vez lo más llamativo sea la posibilidad de revocación que da por parte del acreedor. Teniendo en cuenta la causa que invoca, demuestra que le da prevalencia a la relación base existente entre el acreedor y el tercero indicado.

B. Proyecto Comisión Reformadora 1936

La Comisión Reformadora no recepciona el texto propuesto por Bibiloni, redactando el inc. 3 del art. 689 con el siguiente texto: “Tercero: Al extraño indicado para recibir el pago, aunque lo resistiere el acreedor y aunque a este se le hubiere satisfecho una parte de la deuda”. Como se ve, la Comisión Reformadora prevé una disposición muy similar a la de Vélez.

C. Anteproyecto de Código Civil de 1954 para la República Argentina

Curiosamente en el anteproyecto del 54 se abandona la figura del tercero indicado, no obstante lo cual en la nota explicativa 970 (p. 414), se hace un comentario respecto a la figura, sosteniéndose que “la designación del tercero para recibir el pago no significa otra cosa que un mandato ...”. Como vemos hay una gran diferencia entre lo dicho en el Proyecto del ‘54 y lo sostenido por Llambías en su tratado. El anteproyecto del ‘54 fue llevado a cabo por el Instituto de Derecho Civil, del Ministerio de Justicia de la Nación, cuyo director era el prestigioso Llambías. Es interesante al respecto la explicación que da el Dr. Wayar ⁴⁶.

D. Unificación de Legislación Civil y Comercial (Proyecto 1993)

A este proyecto, que tuviere media sanción de la Cámara de Diputados de la Nación, no ha modificado el art. 731 del C.C..

E. Proyecto de Código Civil argentino (redactado por la Comisión designada por los decretos 685/95)

Este proyecto, en su art. 821 inc. c) establece “al tercero indicado para recibir el pago en todo o en parte”. Es decir que no sólo recepciona

⁴⁶ WAYAR, op. cit., p. 320, nota 193, punto c).

la figura del tercero indicado, sino que lo hace en una forma aún más lacónica que la de Vélez, con lo cual pareciera que sus autores le reconocen a la figura una tipicidad y autonomía funcional, lo que nosotros –como se vio- compartimos plenamente..

12. Conclusiones

De acuerdo con la tesis que expusimos en este trabajo, podemos sentar las siguientes conclusiones:

a. El instituto del tercero indicado es una figura jurídica tipificada en el Código Civil, con autonomía propia y con rasgos y elementos diferenciales de otras figuras jurídicas, con las cuales no se las debe confundir

b. La instrumentación de la figura es sencilla y en diversos casos le puede dar una mayor dinámica a las relaciones contractuales, sin necesidad de recurrir a otras figuras jurídicas, que implican necesariamente la celebración de nuevos negocios jurídicos.

c. Para que la figura funcione eficazmente es necesario predicar de ella su autonomía, su naturaleza jurídica propia y que el tercero indicado, no sólo es el titular del derecho a percibir el pago, sino también de las acciones que emergen del art. 505 del C.C., y titular del crédito, que le sirve de base o causa a la obligación de pago.

d. Para que la figura del tercero indicado funcione como tal, la designación que haga el acreedor debe tener la conformidad tanto del deudor, como del tercero.

Bibliografía

- BARBERO, Doménico, *Sistema del derecho privado*, t. III, Obligaciones, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa - América, 1967.
- BELLUSCIO, Augusto C. (director) - ZANNONI, Eduardo A. (coordinador), *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea, 1981, t. III.
- BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1970, t. II, p. 267. y ss..

- BIBILONI, Juan Antonio, “Anteproyecto de reformas al Código Civil argentino”, t. II, *Obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo, 1929.
- BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones*, 3ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Perrot, 1971, t. I.
- BORREL Y SOLER, Antonio M., *Derecho civil español*, t. III, *Obligaciones y contratos*, Barcelona, Bosch, 1955.
- BUERES, Alberto J. (dirección) - HIGHTON, Elena I. (coordinación), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial.*, t. 2B, Parte General. *Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 1998.
- BUSSO, Eduardo B., *Código Civil Anotado*, t. V, “Obligaciones. Sujeto, reconocimiento y extinción”, Buenos Aires, Ediar, 1955.
- CAZEAUX, Pedro N. - TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las Obligaciones*, 2ª ed. aumentada y actualizada, redactado por el Dr. Félix A. Trigo Represas, Librería Editora.
- COLMO, Alfredo, *De las obligaciones en general*, 3ª ed. ampliada y corregida con anotaciones póstumas del autor, ordenadas bajo la dirección de Ricardo Novillo Astrada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961.
- COLOMBRES GARMENDIA, Ignacio, *El pago por tercero*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1971.
- “Algunos aspectos de la teoría general de la representación voluntaria, de la autorización y la legitimación”, tesis doctoral presentada en 1975 no editada. Se puede consultar en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/algunos-aspectos-de-la-teoria-general-de-la/?searchterm=Colombres%20Garmendia>
- ENNECCERUS, Ludwig - LEHMAN, Heinrich, *Derecho de obligaciones*, vol. I, *Doctrina General*, Barcelona, Bosch, 1947.
- ESTEVILL, Luis Pascual, “El Pago”. Pág. 164-165. BOSCH, Casa Editorial S.A. – Urgell, 51-bis - Barcelona.
- GIORGI, Jorge, “Teoría de las obligaciones en el derecho moderno expuesta conforme a la doctrina y a la jurisprudencia italiana, francesa, alemana, etc.”, traducida de la séptima edición italiana y anotada con arreglo a las legislaciones española y americana, por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, vol. VII, Madrid, Reus, 1930.
- LAFAILLE, Héctor, *Derecho Civil*, t. VI, *Tratado de las Obligaciones*, vol. I, Buenos Aires, Ediar, 1947.

- LARENZ, Karl, “Derecho de obligaciones”, t. I., Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1958.
- LLERENA, Baldomero, *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, 3ª ed., Buenos Aires, La Facultad, 1931.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos. Parte General*, Buenos Aires, Zavalía, 1993.
- MACHADO, José Olegario, *Exposición y Comentario del Código Civil Argentino*, t. II, Buenos Aires, Félix Lajouane Editor, 1898.
- PIZARRO, Ramón Daniel - VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, t. II, 1999.
- POTHIER, R.J., *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Atalaya, 1947.
- PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de derecho civil*, t. I, vol. II, Derecho general de las obligaciones, Barcelona, Bosch, 1959.
- REZZÓNICO, Luis María, *Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil*, 8ª ed. corregida, aumentada y adecuada al programa de las facultades de Derecho de Buenos Aires y La Plata, Buenos Aires, Librería Editorial Ciencias Económicas, 1957.
- SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general*, 6ª ed., t. II, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1953.
- SEGOVIA, D. Lisandro, *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, t. I, Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Coni, 1881.
- WAYAR, Ernesto C., *Derecho civil. Obligaciones*, 2ª ed., t. I, Buenos Aires, Lexis Nexis - Depalma, 2004.
- Anteproyecto Bibiloni de Reforma al Código Civil argentino de Juan Antonio Bibiloni, t. II (Obligaciones), Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1929.
- Proyecto Comisión Reformadora del Código Civil argentino. Comisión Reformadora 1936, Antonio Lacort Editor, 1938.
- Anteproyecto de Código Civil de 1954 para la República Argentina, Publicación Universidad Nacional de Tucumán, 1968.
- Unificación de Legislación Civil y Comercial. Proyecto 1993, Z Buenos Aires, avalía, 1994.
- Proyecto de Código Civil argentino*, redactado por la Comisión designada por los decreto 685/95, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.

Código Civil Italiano 1942, Buenos Aires, EJE, 1954.

Código Civil alemán (BCG), Barcelona, Bosh Casa Editora, 1955.

ASTREINTES

GUILLERMO P. TINTI Y JULIO C. SÁNCHEZ TORRES

Sumario: 1. Concepto. 2. Naturaleza y caracteres de las astreintes. 3. Diferencias con otras figuras. A. Con la cláusula penal. B. Con los daños. C. Multas judiciales. 4. Finalidad de las astreintes. 5. Cuantificación de la sanción. 6. Jurisprudencia. 7. Un precedente judicial ilustrativo. 8. Homenaje a Luis Moisset de Espanés.

1. Concepto

Las “astreintes”, o sanciones conminatorias constituyen un medio para forzar cumplimiento, consistente en una medida de coacción ejercido sobre el deudor con el objeto de obligarlo al cumplimiento en natura de la obligación. Deriva del término latino *astringere* que significa compelir; y también han sido definidas como la imposición judicial de una condena pecuniaria que afecta al deudor mientras no cumple lo debido, y que por ello es susceptible de aumentar indefinidamente ¹.

Luis Moisset de Espanés ha explicado esta singular institución expresando: “*Sucedo con frecuencia que, pese haber una resolución judicial condenando al deudor al cumplimiento de la obligación, éste se muestra remiso y se obstina en no cumplir, y esta actitud del deudor es mas grave en las obligaciones de hacer, en las que no hay ninguna forma de forzar al deudor a ejecutar la actividad debida [...] Se justifica entonces que los magistrados en ejercicio de su po-*

¹ J.J. LLAMBÍAS, P. RAFFO BENEGAS, R. SASSOT, *Obligaciones*, Buenos Aires, Perrot, 1990, p. 40.

*der de imperium sancionen a quien desobedece las ordenes emandas de una resolución judicial”*².

También han sido definidas como una condena pecuniaria fijada a razón de tanto por día (o por otro período de tiempo) de retardo en el cumplimiento de una orden judicial; intentado por medio de esta figura establecer un procedimiento eficaz para vencer la resistencia del deudor contumaz³.

2. Naturaleza y caracteres de las astreintes

Las sanciones conminatorias dispuestas en el art. 666 bis del C.C., son vías compulsivas indirectas que la ley autoriza aplicar en contra del sujeto que no cumple lo dispuesto en una resolución judicial.

Mediante la imposición de un castigo en su patrimonio, se busca mover la voluntad del remiso a fin de lograr que cumpla con lo ordenado por el Poder Judicial.

Es del caso que recordemos los caracteres principales, que serán gravitantes al momento de estimar un valor⁴:

1º) Las astreintes son “judiciales”, son atribución conferida exclusivamente al Poder Judicial, y no a los otros poderes del estado. Por lo que tan sólo pueden ser impuestas y aplicadas por tribunales. Ello evidentemente supone la existencia de una causa en trámite, con partes sometidas a la jurisdicción de un magistrado.

2º) Son conminatorias, ello quiere decir que “amenazan con un castigo si no se cumple algo que se le ordena”, o “que contienen una amena-

² Luis MOISSET DE ESPANES, *Curso de obligaciones*, Buenos Aires, Zavalía, 2004, t. 2, p. 155.

³ Guillermo BORDA, *Tratado de derecho civil*, 6ª ed., Obligaciones, Buenos Aires, Perrot, 1989, t. I, p. 47.

⁴ P.N. CAZEAUX, P.N. - F.A. TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, La Plata, Platense, 1969, t. I, p. 127; J.J. LLAMBÍAS, *Obligaciones*, Buenos Aires, Perrot, 1978, t. I, p. 93 y ss.; L. MOISSET DE ESPANÉS, *Curso de obligaciones*, Córdoba, Advocatus, 1993, t. I, p. 465 y ss..

za”⁵, lo que supone entonces que operan primero como una prevención, y luego como una sanción.

3º) Discrecionales: El magistrado las impone, fija su monto, y las aumenta o las disminuye en cualquier momento.

4º) Son provisionales, de modo que según la conducta que asuma el deudor, se prolongarán o cesaran discrecionalmente por el Juez y de acuerdo con las exigencias del caso.

5º) Pecuniarias: La multa se fija y consiste siempre en una suma de dinero.

6º) Son subsidiarias: Se aplican cuando el Tribunal no tiene otro medio de hacer cumplir con lo ordenado.

3. Diferencias con otras figuras

A. Con la cláusula penal

Tal cual quedó caracterizada la figura de las astreintes, ellas no deben ser confundidas con la cláusula penal. En efecto, esta última tiende a asegurar el cumplimiento del contrato y funciona en beneficio del acreedor si es que la obligación no se cumpliera.

La diferencia radical que encontramos es que asumida la cláusula penal por el deudor, en principio no podría tolerarse la acción por daños y perjuicios; mientras que la figura que aquí nos ocupa depende esencialmente de aquel deudor que no quiere cumplir con la sentencia y de allí, que aún cuando se pagare astreintes, ello no privaría de la acción por daños. Por otro lado, la cláusula penal requiere acuerdo de voluntades de las partes que conciertan el negocio jurídico, mientras que las astreintes sólo pueden ser aplicadas por el Juez, siempre claro está a petición de parte.

⁵ Sobre el adecuado empleo del término conminar, ver María MOLINER, *Diccionario del Uso del Español*, Madrid, Gredos, 1991, t. I, p. 727.

A lo expuesto se puede añadir que dentro del sistema de la cláusula penal el deudor no puede elegir el cumplimiento de la obligación. En las astreintes, aunque el deudor cumpla con ellas, la sentencia que lo condena se mantiene en todas sus partes ⁶.

Sí puede destacarse cierta similitud entre ambas. La principal que advertimos es aquella dada por el cumplimiento del deudor. Si éste cumple con el pago de la cláusula penal o con el de las astreintes, ello no depende del perjuicio que hubiere acusado el acreedor. También puede indicarse que tanto la cláusula penal como las astreintes pueden ser reducidas. La primera en cuanto vulnerase la moral y buenas costumbres (art. 656 del C.C.). Las segundas si se considerase que pudieren afectar el derecho de propiedad, debiendo impugnárselas por confiscatorias. (art. 17 C.N.).

B. Con los daños

Bien podemos señalar que las astreintes no importan una indemnización de daños y perjuicios. Esta afirmación se apoya en que el cumplimiento de la obligación principal queda pendiente y, la propia acción de indemnización no se ve tronchada pagada las astreintes. Por otro lado, la función de las astreintes es conminatoria, mientras que la reparación de los daños y perjuicios es resarcitoria. La indemnización se otorga teniendo en cuenta esencialmente el daño efectivamente causado (art. 1067 C.C.). Por su parte, las astreintes se fijan valorando el grado de resistencia del deudor en el incumplimiento de lo resuelto por el Juzgador. Es más, se pueden imponer aún cuando no hubiere probado el acreedor perjuicio alguno. Por otro lado, entre otras de las diferencias que se pueden apreciar, la indemnización tiene carácter definitivo, en tanto las astreintes son provisorias ⁷.

⁶ I. ROCCA - O. GRIFFI, *Teoría práctica. Astreintes*, 2ª ed., Buenos Aires, p. 45 y ss..

⁷ S. ARAGONESES MARTÍNEZ, *Las astreintes*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1985, p. 65 y ss..

C. Multas judiciales

Estamos convencidos que la aplicación de las astreintes no debe confundirse con las multas comunes. Verbigracia, el art. 83 del Código ritual autoriza a los jueces a aplicar la sanción contra aquel litigante, entiéndase parte, letrado o apoderado que obrare con malicia, sin probidad o buena fe. La figura que aquí nos interesa requiere de una sentencia que el deudor no quiere cumplir; se trata mediante ellas, como ya se dijera, de torcer esa resistencia y así lograr que el condenado cumpla con lo decidido por el Juzgador. Se trata nomás de imposiciones que refuerzan la autoridad de los magistrados, además de aumentar la coercibilidad del vínculo⁸. En el mismo orden de ideas, nuestro homenajeado sostuvo que: “en realidad constituyen una forma de sanción disciplinaria que está dentro de la facultad de imperio de los magistrados, para lograr el acatamiento debido a las resoluciones que adoptan y a las órdenes que imparte. Porque el juez no sólo debe declarar el derecho sino lograr que se cumpla lo que él ha resuelto”⁹.

4.. Finalidad de las astreintes

Como el de todos los otros medios de compulsión previstos por la ley civil apuntan, sobre la base del constreñimiento y de la amenaza, al cumplimiento in natura, al pago de lo debido¹⁰.

En esa dirección también se ha apuntado con gran exactitud que las astreintes no revisten carácter puramente sancionatorio sino, ante

⁸ J.C. PALMERO, *Tutela del crédito*, Buenos Aires, Astrea, 1975, p. 161 y ss.

⁹ L. MOISSET DE ESPANÉS, *Curso de obligaciones*, Córdoba, Advocatus, 1994, t. I, p. 468; L. MOISSET DE ESPANÉS - G. TINTI, “Astreintes: una revisión de los elementos salientes de las sanciones conminatorias”, *Anuario Derecho Civil*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, U.C.C., N° 1, 1993, p. 95; Pascual ALFERILLO, “Astreintes. Su evolución en el derecho argentino”, *Homenaje a los Congresos de Derecho Civil*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 2009, t. II, p. 757 y ss..

¹⁰ Jorge MOSSET ITURRASPE, *Medios para forzar el cumplimiento*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1993, p. 14.

todo, conminatorio, como lo revela la propia letra del art. 666 bis del Código Civil ¹¹.

Existe entonces cierta dualidad en su naturaleza: sancionar y forzar a la vez; castigar la desobediencia consumada, pero tratando que el impulso de ese castigo accione la voluntad del obligado para que ejecute la conducta judicialmente dispuesta.

Las astreintes tienen como primera finalidad lograr concretar la ejecución pretendida por la parte, pero también tutelan que el interés público no se vea afectado por la desobediencia a un mandato legítimo de un poder del estado. Esta última consideración no quita en lo más mínimo que debe tenerse en cuenta y reconocer que las sanciones conminatorias configuran principalmente una medida procesal de ejecución, y como tal orientada a satisfacer el reclamo del particular ejecutante: *Iurisditio in sola executiones consistit*, se ha afirmado desde antaño y con todo acierto.

5. Cuantificación de la sanción

Esos aspectos que han sido mencionados en el punto anterior no deben perderse de vista al momento de cuantificar el monto de la sanción.

En efecto, el juzgador se ve ante el problema que ha de establecer una medida que opere eficazmente sobre la voluntad del sujeto, pero que además, en cuanto sanción, tenga proporcionalidad con la conducta ilegítima desplegada por el incumplidor.

El Código dispone que las condenas se graduaran “en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas” (art. 666 bis, segundo párrafo). Esta norma marca una pauta importante: La situación patrimonial del obligado debe ser tenida en cuenta. Podría decirse: A mayor patrimonio del condenado, mayor el monto de la sanción.

Sin embargo el criterio puede en muchos casos resultar insuficiente. Nosotros podríamos formularlo así: La condena no ha de ser tan alta que parezca una confiscación arbitraria, ni tan baja que por insignificante no

¹¹ Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Doctrina judicial. Solución de casos*, Córdoba, Alveroni, 1995, p. 25.

cause efecto alguno en el sujeto obligado. Es decir “que sea la equidad la base de la estimación”¹².

Digamos también que a efectos de la imposición de estas penalidades conminatorias, no resulta menester que el incumplimiento sea deliberado, ya que la normativa del Código Civil no requiere ningún elemento doloso en el incumplidor; pues también la desidia o la inoperatividad negligente del condenado autorizan que se le constriña a cumplir por aquel medio¹³.

El desarrollo de la conducta incumplidora a su vez, merece ser valorado para la cuantificación. Esta sentencia lo hace al diferenciar un primer momento de actitud remisa, derivando luego hacia un cumplimiento sólo parcial; lo que autoriza al juzgador a establecer multa diferenciada, más alta en el primer tramo, y disminuyéndola después.

Podría añadirse por último, como pauta evaluadora para justipreciar el monto de la sanción, la incidencia que el incumplimiento tenga con la vida del acreedor, aumentando el quantum de las astreites de verificarse efectos directos e inmediatos -como lo es el caso de fallo que se anota a continuación- o morigerando de ser más remotos.

6. Jurisprudencia

Traemos sólo algunos casos aislados de jurisprudencia a fin de mostrar la actualidad de esta figura y el remedio útil que representa para el acreedor, como así también respecto del Estado como sujeto pasivo de astreintes.

6.1. “Las astreintes no constituyen una penal civil ni tampoco una indemnización prefijada, sino importan un medio de compulsión que se ejerce sobre la voluntad del deudor a fin de constreñirlo a cumplir una condena previa”¹⁴.

¹² L.L.C. 1997-1049.

¹³ Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, op. y p. cit..

¹⁴ E.D. 54-276.

6.2. “Corresponde aplicar astreintes a quien injustificadamente se niega a cumplir con la escrituración a que se lo condenó”¹⁵.

6.3. “Sólo es pasible de ser condenado a pagar astreintes, el deudor recalcitrante que se obstina en su negativa a cumplir, oponiendo esa tesitura al pronunciamiento judicial que lo urge a ello”¹⁶.

6.4. “Si la sentencia que estableció como apercibimiento las sanciones conminatorias fijó un plazo para la entrega de un inmueble, no corresponde hacer efectivas aquéllas sino a partir del vencimiento de dicho plazo”¹⁷.

6.5. “El instituto de la astreinte supone la existencia de una obligación que el deudor no satisface deliberadamente y que es de realización factibles, pues en caso contrario la astreinte queda fuera de cuestión y sólo queda el remedio de los daños y perjuicios cuando está comprometida la responsabilidad del obligado”¹⁸.

6.6. “El retardo en que incurren los obligados con relación a la entrega o depósito de los títulos correspondientes, previstos en la ley 23.982, autoriza a establecer astreintes por cada día de demora hasta tanto aquél se efectivice (arts. 666 bis. C.C. y 37 C.P.C.C.)”¹⁹.

7. Un precedente judicial ilustrativo

Encontramos especialmente ilustrativo, un fallo dictado por la Cámara Civil y Comercial de 5ª Nominación de la ciudad de Córdoba en cuanto a la consideración de las sanciones conminatorias y a la manera de justipreciar el monto de las mismas²⁰.

¹⁵ E.D. 31-441.

¹⁶ J.A. 22-1974-191.

¹⁷ E.D. 55-309.

¹⁸ E.D. 42-346

¹⁹ Fallos 320:479; en contra C.S., “Castellano de López, M.T. c/ Estado Nacional”, La Ley Online.

²⁰ L.L.C. 1997-1049.

El actor había demandado a un gimnasio colindante con su propiedad, por ruidos molestos que excedían la normal tolerancia, para que según lo preceptuado en el art. 2618 del Código Civil, los jueces dispusieran la cesación de tales molestias. Mediante sentencia firme y pasada en autoridad de cosa juzgada, efectivamente se condenó al establecimiento demandado a cesar en las molestias que ocasionaba al actor.

Transcurrido con exceso el plazo fijado en el pronunciamiento para que el condenado cesara en los ruidos molestos, o realizare los trabajos necesarios para que los mismos se amolden a la normal tolerancia, sin que lo haga, el actor se ve en la necesidad de requerir ejecución de sentencia, solicitando se apliquen condenaciones conminatorias hasta tanto la parte demandada diera efectivo cumplimiento con lo que le imponía la sentencia del tribunal.

El magistrado de primera instancia impuso al demandado remiso las astreintes pedidas, fijándolas en la suma de treinta pesos diarios desde que fueron solicitadas hasta tanto ciertamente verifique la conducta que le ordena la sentencia.

El pronunciamiento fue apelado por ambas partes: El demandado sosteniendo su improcedencia, y el actor aduciendo levedad en la sanción. El tribunal de alzada, por medio de este fallo que comentamos, confirmó la sentencia del *a quo*, acogiendo parcialmente la impugnación del actor, y elevando el monto de la sanción conminatoria durante el primer período del incumplimiento, cuando el mismo era total, y manteniendo la condena fijada por el inferior desde que el demandado había comenzado ejecutar trabajos en aras a dar cumplimiento al mandato judicial.

Esta última decisión de la Cámara de Apelaciones merece una consideración especial ya que entiende, con acierto a nuestro criterio, el modo en que deben fijarse la condenaciones conminatorias, como deben cuantificarse las mismas en relación con las distintas conductas adoptadas por el obligado en el tiempo en que debe dar cumplimiento a la sentencia. Y consagra lo que constituye en nuestro criterio una regla de oro para el magistrado al momento de fijar las astreintes: Debe imponer una condena que no sea excesiva por parecer una confiscación arbitraria, ni tan modesta que por insignificante no logre causar efecto alguno en el sujeto obligado.

8. Homenaje a Luis Moisset de Espanés

Como palabras finales de este ensayo, los autores deseamos expresar nuestro agradecimiento por permitirnos participar en este tan justo como sentido homenaje a nuestro querido maestro Luis Moisset de Espanés.

Es la nuestra sin duda, una modesta contribución al reconocimiento colectivo que con toda justicia se le hace no sólo al jurista o al docente, sino a un verdadero pionero en la lucha intelectual por la transformación del derecho en pos de una sociedad más justa.

Llevamos con mucha satisfacción y poco merecimiento la insignia de ser sus discípulos y tributamos gratitud a sus enseñanzas, su generosidad y su paciencia.

LA RENUNCIA A LA SOLIDARIDAD PASIVA

FEDERICO ALEJANDRO OSSOLA

Sumario: 1. *Liber Amicorum*. 2. Extinción de la obligación solidaria por remisión de la deuda y extinción de la solidaridad pasiva por renuncia a la solidaridad. a. Conceptuación. Distinción con la remisión de la deuda. b. Diferencias con la novación. c. Irrelevancia de la naturaleza del objeto de la obligación. d. El efecto de la extinción de la solidaridad. La “parte” de cada sujeto de la obligación. 3. La extinción de la solidaridad activa. Imposibilidad de renunciarla. 4. Caracterización. 5. Renuncia absoluta a la solidaridad pasiva. a. Puede ser expresa o tácita. b. Caso de solidaridad activa. c. Efecto. 6. Renuncia relativa (parcial) a la solidaridad pasiva. a. Caso de solidaridad activa. b. Renuncia expresa. c. Renuncia tácita. d. Efectos en las relaciones externas. e. Efectos en las relaciones internas. f. Caso de reserva expresa de la solidaridad. 7. Retracción de la renuncia a la solidaridad. 8. Situación en el derecho comparado. a. Derecho español. b. Derecho francés. c. Derecho italiano. d. Derecho alemán. e. Derecho uruguayo. f. Derecho brasilero. g. Derecho paraguayo. h. Derecho chileno. i. Derecho peruano. 9. Los proyectos de reforma del Código Civil. 10. Conclusiones.

1. *Liber Amicorum*

Todos quienes escribimos en esta Obra tenemos mucho para decir de Luis Moisset de Espanés; no sólo por lo que hemos aprendido de él a través de su inagotable producción jurídica y literaria, sino por los inolvidables momentos que vivimos con el Maestro, como cariñosamente solemos llamarlo.

Docente *de raza*, fue el formador de muchas generaciones de eximios juristas, abogados y magistrados. Incansable, agudo, exigente y generoso, nunca dejó de tender una mano a quien se lo solicitó, incentivándolo a mejorar de manera constante.

En lo personal, y si bien era un nombre muy conocido en la casa paterna (mi Padre fue su ayudante alumno en los años '60), tomé contacto con él en 1992 mientras cursaba Obligaciones en el grado, cuando lo escuchaba en las reuniones de Cátedra de Derechos Reales en el Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional, las que presenciaba antes de ir a las clases de Derecho Penal. Aunque no era su alumno, fui a varias de sus clases de Obligaciones, cautivado por tanto conocimiento y tanta vocación.

Al año siguiente, con un grupo de alumnos amigos decidimos organizar un Congreso para Estudiantes. Malaquita Bittar, una de sus discípulas (de quien yo era Ayudante Alumno en Parte General), sugirió a Moisset de Espanés como co-coordinador general del Congreso. Trabajamos codo a codo durante un inolvidable 1993, y el Congreso fue un éxito.

Comenzaron así las visitas a su casa, para “charlar” sobre el Derecho, las cosas de la Vida, y todas las anécdotas e historias que siempre nos entusiasmaban; sazonadas con la amable atención -y la palabra invariablemente justa y atinada- de la inolvidable Azucena, mujer excepcional que siempre estuvo a su lado.

En 1998 tuve el honor de que me convocara a la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, y organizamos el Congreso Iberoamericano de Academias. Pude ser testigo de su enorme generosidad y su impulso constante, para estudiar, organizar actividades, contactarnos con aquellos que tenían nuestros mismos intereses, muchos de los cuales hoy son mis amigos.

Cada vez que lo llamo contesta: “Hola, M’hijo”, lo que revela el amor paternal que profesa por quienes buscamos en él al Maestro y al Amigo.

El tema que desarrollo a continuación fue uno de los primeros que le escuché enseñar en esas clases de Obligaciones, a las que asistía “de colado”, y de las cuales encontré hace poco unos apuntes.

Sea éste un humilde homenaje del suscripto y, querido Maestro, gracias por todos estos años.

2. Extinción de la obligación solidaria por remisión de la deuda y extinción de la solidaridad pasiva por renuncia a la solidaridad

a. Conceptuación. Distinción con la remisión de la deuda

Cuando se trata de obligaciones de sujetos múltiples, la renuncia de los derechos puede manifestarse de dos maneras definidas, y con efectos sustancialmente diferentes en uno y otro caso: 1) mediante la *remisión de la deuda*, total o parcial, respecto de uno o todos los codeudores solidarios; 2) a través de la *renuncia a la solidaridad pasiva*, absoluta o relativa.

La primera supone la *extinción del crédito por renuncia*, de diversas maneras y con también disímiles efectos. Lo renunciado, como es natural, *no se cobra*, porque el acreedor remite la deuda misma, en forma total o parcial.

La segunda presenta una situación completamente diferente: *la obligación pierde su carácter de solidaria (en su faz pasiva), pero no se extingue por esta causa*¹.

Nos señala Moisset de Espanés, comentando el art. 704 C.C.: “quizás sea éste el único caso en que pueda hablarse con propiedad de ‘extinción de la solidaridad’ porque en todas las otras hipótesis que hemos estudiado anteriormente, la solidaridad desaparece como consecuencia de la extinción de la obligación misma; aquí, en cambio, sólo se produce la extinción de la solidaridad, y la obligación subsiste”².

Sin perjuicio de ello, puede existir un pago parcial que a la vez tenga la virtualidad de dar por extinguida la solidaridad pasiva por renuncia a la misma (de manera tácita), motivo por el cual se presentarán

¹ Por todos, Guillermo A. BORDA, *Tratado de Derecho Civil - Obligaciones*, 8ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, t. I, p. 398; Ramón Daniel PIZARRO - Carlos Gustavo VALLESPINOS, *Instituciones de Derecho Privado - Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 1, p. 577.

² LUIS MOISSET DE ESPANÉS, *Curso de Obligaciones*, Zavalía, Buenos Aires, 2004, t. 2, p. 71.

efectos extintivos de la obligación, pero no por la renuncia a la solidaridad, sino por el *pago*³.

Todas estas cuestiones son en principio ajenas a la remisión de la deuda, aunque en algunos puntos parecen tocarse; en particular pues los textos legales son algo oscuros en algunas cuestiones.

La renuncia a la solidaridad pasiva puede acontecer de dos formas: 1) respecto de *todos* los sujetos vinculados (la absoluta), con lo cual *muta* la naturaleza de los vínculos que se encuentran coligados, y pasan a ser simplemente mancomunados; 2) respecto de *algunos* de dichos sujetos (la relativa), con lo cual la obligación subsiste como solidaria en relación a quienes la solidaridad no se ha renunciado⁴, y se convierte en simplemente mancomunada para los afectados por tal renuncia.

Este último caso es el que presenta mayor dificultad, en orden a los efectos que se derivan de tal acto.

En todos estos casos, vale recalcarlo nuevamente, *no se produce, por esta renuncia, la extinción de la deuda*; únicamente (aunque no es menor), lo que se pierde es la condición de solidaria; desatándose los vínculos que se encontraban unidos o coligados entre sí, para dar paso a una relación jurídica de vínculos *independientes*.

b. Diferencias con la novación

Es necesario dejar claramente expuesto que la situación que nos ocupa *no constituye un supuesto de novación*, si bien en los casos concretos puede llegar a resultar dificultoso establecerlo.

La mutación, no cabe dudarla, es *muy profunda*. Se modifica nada menos que la naturaleza de los *vínculos* de la obligación.

Pero en la renuncia a la solidaridad *la misma obligación es la que subsiste después del acto*, originada en una única causa fuente, y que es

³ En este sentido: “Los pagos parciales hechos por uno de los codeudores y aceptados por el acreedor liberan a todos los obligados, en la medida de lo abonado” (Cámara Nacional Comercial, Sala E, 21/11/1983, “Compañía de Tierras Santa Fe S.A. c/ Banco Río de la Plata S.A.”, E.D. 107-494).

⁴ Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Curso de obligaciones*, t. 2, p. 71.

la que deberá ser cumplida por los obligados; aunque varios de los efectos que podían producirse no acontecerán desde la renuncia en adelante.

Es la *propia ley* la que establece tal efecto.

En la *novación*, en cambio, el acto novatorio produce *la extinción* de la primera obligación y el nacimiento de la segunda; esto es, estaremos en presencia de *dos* obligaciones.

Aquí se tratará no sólo de un acto *bilateral* (y la renuncia de la solidaridad es *unilateral*), sino también con condiciones de procedencia y *efectos* sustancialmente diferentes.

Por citar los más evidentes: la extinción de la primera obligación y el nacimiento de una nueva (arts. 801 y ss.); el efecto *expansivo* de la novación en el caso de obligaciones solidarias (arts. 809, 810 y 707 C.C.); la extinción de las garantías de la primera, salvo excepciones (arts. 803 y 804); el nacimiento de *un nuevo plazo de prescripción* para el cumplimiento de la segunda obligación.

Por otra parte, la *novación no se presume* (art. 812 C.C.); y si bien la renuncia *tampoco* se presume (arg. art. 874 C.C.), la duda favorecerá a la renuncia de la solidaridad, porque la novación es un acto mucho más grave.

Se trata, en definitiva, de un caso de *modificación* de la relación jurídica obligatoria que *no produce novación*, sin perjuicio de que cala en los cimientos mismos de la obligación, la que pese a ello, continúa existiendo.

La novación y la renuncia son, eso sí, dos especies de *actos abdicativos*, pero también muy diferentes entre ellos.

c. Irrelevancia de la naturaleza del objeto de la obligación

Debe aclararse que la renuncia a la solidaridad es viable aún cuando el objeto de la obligación sea *indivisible*.

Lo dicho tiene su razón de ser en dos frases algo equívocas. La primera es del art. 704 C.C.: “consintiendo en *dividir* la deuda entre cada uno de los deudores”; la segunda es del 705 C.C.: si los acreedores “hubiesen reclamado *sólo la parte*, o de otro modo hubiesen consentido *la división*”.

Es claro que ello puede ocurrir, siempre y cuando el objeto de la obligación sea divisible.

Pero aún en el caso de indivisibilidad, nada obsta a que solamente se renuncie a la solidaridad, y nada se disponga respecto del objeto, que conservará su naturaleza.

Por cierto que si se tratare de una cosa *materialmente indivisible* cualquier pacto en contrario no importará renuncia (ahora a la indivisibilidad), sino lisa y llanamente *novación*. Si dos personas deben a otra un inmueble, y convienen en “dividir” la deuda por la parte alícuota que cada uno tiene en la cosa, el tenor de la mutación llevará a considerar que se ha producido una novación por la *incompatibilidad* de esta deuda con la primera (arg. art. 812 C.C.).

Es que la indivisibilidad y la solidaridad responden a motivos diferentes, si bien en algunos casos tienen los mismos efectos.

d. El efecto de la extinción de la solidaridad. La “parte” de cada sujeto de la obligación

La renuncia que nos ocupa *extingue* la solidaridad pasiva, en todo o en parte.

Tal consecuencia, *a su vez*, puede traer aparejado *otro efecto*, pero solamente en el caso en que el objeto de la obligación sea *divisible: el fraccionamiento de la deuda*.

De todas maneras, *siempre* se extinguirá la solidaridad.

Es claro que si el objeto no es divisible, la obligación pasará a ser *simplemente mancomunada de objeto indivisible*, y bajo el régimen legal correspondiente.

Pero en el caso de que el objeto sea divisible, la obligación *se fracciona*.

La pregunta que sigue es la relativa a *cómo se fracciona*, cuestión ésta que no ha sido objeto de especial atención por la doctrina.

Sobre la base de lo establecido en los arts. 704 y 705 C.C., de manera mecánica suele afirmarse que el fraccionamiento (sea la renuncia absoluta o relativa) se debe producir sobre la base de “la parte”

que corresponda a cada deudor. Ahora bien: ¿se trata de *la parte* a la que cada uno está obligado a contribuir en las relaciones internas, o de otra distinta?

Galli, muy de paso al referirse al pago de una cuota superior o inferior a la que corresponde al deudor, señala que esta cuota sería a “la que le correspondería contribuir en la liquidación ulterior de la relación solidaria”⁵.

Conviene utilizar un ejemplo. A es acreedor de D, E y F (deudores solidarios) por la suma de \$ 9.000, y no se ha pactado la indivisibilidad de la prestación.

En las relaciones internas, se ha acordado que D cargará con el 50% (\$ 4.500), E con el 40% (\$ 3.600) y F con el 10% restante (\$ 900).

Con posterioridad, A renuncia a la solidaridad respecto de D. La *parte* que se detrae, y que corresponde al deudor dispensado de la solidaridad, ¿son esos \$ 4.500?

Nuestra respuesta es *negativa*.

Si la cuestión se analiza con algún detenimiento, se verá que al *cesar* la solidaridad *se activan* las reglas de la *divisibilidad*.

En el art. 674 C.C. se establece que en caso de divisibilidad, “la deuda se divide entre ellos por partes iguales, si de otra manera no se hubiere convenido”. *Ellos* son los acreedores y los deudores, motivo por el cual cabe aquí distinguir *claramente* las relaciones *externas* de las *internas*.

Las segundas únicamente pueden hacerse valer entre los coacreedores o codeudores entre sí, y a veces *pueden* coincidir con las externas, pero no es necesario. Un caso sería que tanto en ambas se determine (por acuerdo de partes, o por las reglas legales) que todos se encuentran obligados en partes iguales; o también que *expresamente* se pacte tanto la medida de las relaciones internas, como la de las externas. Por ende, la medida de la contribución o de la distribución (art. 689 C.C.) es *inoponible* a la otra parte de la obligación.

Es por ello que *sólo en caso de divisibilidad*, el art. 674 establece que, en las relaciones *externas*, la medida de *cada crédito* y *cada deuda* se establece en partes *iguales*, salvo pacto en contrario.

⁵ En Raymundo M. SALVAT - Enrique V. GALLI, *Tratado de derecho civil argentino - Obligaciones en general*, 6ª ed., Buenos Aires, TEA, 1956, t. II, p. 114.

En consecuencia, al dispensarse la *solidaridad pasiva*, es evidente que la *parte* que corresponde al deudor beneficiado será una porción *igual* a la de los demás deudores, salvo que se hubiere pactado lo contrario entre *todas* las partes al constituirse la obligación (en el ámbito de las relaciones *externas*); y sin perjuicio de la medida de la contribución entre los codeudores.

En nuestro ejemplo, la dispensa de la solidaridad será por la suma de \$ 3.000, y no por la suma de \$ 4.500, que es la medida de la contribución del codeudor D en las relaciones internas con sus restantes codeudores.

Repárese, por ejemplo, que hasta podría ser más o menos evidente que uno de los codeudores no tiene obligación de contribuir en las relaciones internas, como por ejemplo, un codeudor solidario en un contrato del cual nada recibe, sino que se ha emplazado en tal calidad como una suerte de garante del mismo. En tal caso, ¿podría renunciar el acreedor a la solidaridad? Si se entendiera que *la parte* es la de la medida de la contribución (art. 689), no habría *nada* que renunciar, lo que en definitiva llevaría las cosas a un camino sin salida. En cambio, si se aplica la norma emergente del art. 674 C.C., la solución aún en este caso es factible y, de hecho, es *la única posible*.

En consecuencia: renunciada la solidaridad, y sólo en el caso de divisibilidad del objeto, la obligación *se fracciona* aplicándose las reglas de la divisibilidad (art. 674 C.C.), sin que sea oponibles entre un polo y otro de la obligación las relaciones internas en orden a la contribución o la distribución (art. 689 C.C.).

3. La extinción de la solidaridad activa. Imposibilidad de renunciarla

Siendo la renuncia un acto abdicativo *unilateral*, la solidaridad activa no puede ser extinguida por esta vía⁶.

Vale acudir nuevamente a un ejemplo. A y B son acreedores solidarios de D, por la suma de \$ 5.000. De acuerdo a lo establecido pre-

⁶ En contra, Alfredo COLMO, *De las obligaciones en general*, Buenos Aires, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 1920, p. 367.

viamente (§ 2.d), si A “renunciara” a la solidaridad, únicamente podría cobrar “su parte” que, en razón de activarse las reglas de la divisibilidad ascendería al 50% (\$ 2.500), sin perjuicio de las relaciones internas entre los coacreedores.

Nosotros nos preguntamos: si la renuncia consiste esencialmente en un *acto abdicativo* en el que el otorgante *abandona* un derecho o una ventaja emergente del mismo, ¿cuál es el derecho o la ventaja abandonada por A, si recibe lo que efectivamente debía percibir en el caso en que el vínculo no hubiera sido solidario?

Es de toda evidencia que A no renuncia a nada, sino que únicamente se limita a percibir lo suyo (en las relaciones externas).

Por otra parte, ¿podría A negarse a recibir el total de la deuda en caso de que D quisiera pagarla, invocando una renuncia a la solidaridad? La respuesta negativa se impone⁷.

No sólo porque la solidaridad activa no se encuentra instituida en beneficio exclusivo de los acreedores⁸, como sí ocurre en la pasiva⁹; sino porque además el deudor *podría imponerle de manera coactiva la recepción del pago*.

Salvo, claro está, que el acreedor remitiera *la deuda*, cuestión que aleja notablemente las cosas de la problemática que ahora nos ocupa.

Por ende, si el coacreedor otorgara tal acto y el deudor lo aceptara y pagara sólo una parte de la deuda, todo ello será *inoponible* al acreedor que no fue parte, quien podría ejercer en principio su acción por la totalidad de la deuda, aunque habría que analizar la situación en el caso concreto.

La otra hipótesis que podría plantearse es la de que *todos* los acreedores, de manera conjunta, “*renunciaran*” a la solidaridad activa. Por las mismas razones (la solidaridad activa no lo es sólo en beneficio del

⁷ Conf. Por todos, Eduardo B. BUSSO, *Código Civil anotado*, Buenos Aires, Ediar, 1944/1955, t. V, p. 124.

⁸ Jorge Joaquín LLAMBIAS, *Tratado de derecho civil - Obligaciones*, Buenos Aires, Perrot, 1973, t. II, p. 507.

⁹ Eduardo B. BUSSO, *Código Civil anotado*, t. V, ps. 123/124.

acreedor) opinamos que no puede ser renunciada, aún cuando existiera un sólo deudor¹⁰.

Es que, -reiteramos- la solidaridad aquí *no* se encuentra establecida en beneficio exclusivo de los acreedores, sino también del deudor (o deudores), motivo por el cual *jamás podría predicarse la existencia de “renuncia” alguna*, porque ella importaría sustraerse a ciertos deberes emanados del *beneficio* del que son titulares los deudores.

Nada obsta, sin embargo, que *por acuerdo* de todos los acreedores con el deudor (o los deudores) *se extinga la solidaridad*¹¹.

Pero en este caso nos estaremos *alejando* de la renuncia, y más bien podría decirse que estamos en presencia de *un acto abdicativo, multilateral*. Recuérdese que, por su propia esencia, la renuncia es *unilateral*, lo que no acontece en el acto que ahora nos ocupa.

Así las cosas, y *en principio*, este acuerdo causaría *novación* de la obligación, por su incompatibilidad con la anterior. Tal es la conclusión general de la doctrina¹², aunque en nuestra opinión ello no es absoluto. En efecto, nada obsta a que las partes pacten que únicamente *cesa la solidaridad activa*, y se mantiene la *misma* obligación, aunque ahora con vínculo simplemente mancomunado¹³, motivo por el cual se estaría en

¹⁰ En este orden de ideas, se señala, en opinión que compartimos, que “en los supuestos de solidaridad activa, no basta la mera renuncia de uno de los acreedores respecto de ella, sino que debe efectuarse mediante un convenio que sea suscripto por todos los acreedores y por el deudor” (Carlos A. CALVO COSTA, “Obligaciones solidarias y obligaciones concurrentes: Similitudes y diferencias”, L.L. 31/3/2010-1). Aunque nos parece opinable la reflexión que sigue a la primera: “Si sólo lo firman algunos acreedores con el deudor, la obligación permanecerá como solidaria respecto de aquellos que no lo han suscripto, transformándose en simplemente mancomunada respecto de quienes han sido parte en el acuerdo”.

¹¹ Jorge Joaquín LLAMBIAS, *Tratado de derecho civil – Obligaciones*, t. II, ps. 507/508. CAZEAUX en Pedro N. CAZEAUX - Félix A. TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, 3ª ed., La Plata, LEP, 1987/1996, t. II, p. 483. Félix A. TRIGO REPRESAS, en *Código Civil comentado - Obligaciones*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, t. II, p. 704.

¹² Jorge Joaquín LLAMBIAS, *Tratado de derecho civil – Obligaciones*, t. II, p. 507; Félix A. TRIGO REPRESAS, en *Código Civil comentado - Obligaciones*, t. II, p. 704.

¹³ En el mismo sentido, Rubén H. COMPAGNUCCI DE CASO, *Manual de obligaciones*, Buenos Aires, Astrea, 1997, p. 422.

presencia de un supuesto de *modificación de la obligación*; y no de un supuesto de novación.

4. Caracterización

Sea absoluta o relativa, la renuncia que nos ocupa participa de los caracteres que le son propios a la *renuncia de los derechos*: se trata de un acto *abdicativo, unilateral, gratuito, de disposición, no traslativo, por regla no formal, de interpretación estricta y retractable*.

Sin embargo, en las diversas situaciones contempladas por nuestro derecho positivo se presentan particularidades, no sólo en los *efectos* que se derivan de tales actos, sino también en orden -especialmente- a la renuncia *tácita*.

Esta renuncia puede ser *absoluta* o *relativa*, según que la extinción de la solidaridad afecte a la totalidad de los vínculos coligados, o a uno o algunos de ellos.

El C. Civil la contempla expresamente en los arts. 704 y 705.

5. Renuncia absoluta a la solidaridad pasiva

Este caso supone la lisa y llana modificación de la naturaleza de todos los vínculos de la obligación, que con motivo de la renuncia pasan a ser *simplemente mancomunados*, se considere que en la solidaridad hay pluralidad de vínculos, o un vínculo único que se disocia en varios por la renuncia¹⁴.

En el art. 704 C.C. se establece que “la obligación solidaria perderá *su carácter* en el único caso de renunciar expresamente el acreedor a la solidaridad, consintiendo en dividir la deuda entre cada uno de los deudores”.

¹⁴ Por todos, Eduardo B. Busso, *Código Civil anotado*, t. V, p. 123.

a. *Puede ser expresa o tácita*

Si bien en la norma se establece que el *único caso* de este tipo de renuncia a la solidaridad es aquél en que se otorga *en forma expresa*, nada obsta a que también pueda hacerse mediante manifestación tácita de la voluntad¹⁵, aunque la opinión no es unánime¹⁶.

Es que “el crédito pertenece al acreedor, y éste tiene la facultad irrestricta de renunciarlo, total o parcialmente. Cuando la ley exige la declaración expresa del acto, debe entenderse que ello no es para limitar la facultad del acreedor, sino para que exista certidumbre con respecto a la manifestación de voluntad, y quizás también para que el acto se realice

¹⁵ Ramón Daniel PIZARRO - CARLOS GUSTAVO VALLESPINOS, *Instituciones de derecho privado - Obligaciones*, t. 1, p. 577; Rubén H. COMPAGNUCCI DE CASO, *Manual de obligaciones*, p. 422; Jorge Joaquín LLAMBIAS, *Tratado de derecho civil – Obligaciones*, t. II, ps. 499/500. Camilo TALE, “Obligaciones solidarias: cuestiones controvertidas y soluciones”, L.L.C. 1994-139. “Para la configuración de la situación prevista en los arts. 704 y 705 CC., no es preciso el empleo de fórmulas sacramentales; basta que el acreedor haya manifestado inequívocamente su voluntad de dividir la deuda entre los codeudores” (Cámara Nacional Civil, Sala C, 11/10/1991, “González, Lorenzo L. v. Lavalle, Juan A. y otro”, J.A. 1992-IV, síntesis).

¹⁶ Atilio A. ALTERINI - Oscar J. AMEAL - Roberto LÓPEZ CABANA, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires Abeledo-Perrot, 1996, p. 527; CAZEAX en Pedro N. CAZEAX - Félix A. TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, t. II, p. 478; Raymundo M. SALVAT - Enrique V. GALLI, *Tratado de derecho civil argentino - Obligaciones en general*, t. II, p. 110; Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Curso de Obligaciones*, t. 2, p. 71; Eduardo B. BUSSO, *Código Civil anotado*, t. V, p. 123. Luis DE GÁSPERI - Augusto Mario MORELLO, *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, TEA, 1964, t. II, p. 344. En este orden de ideas, se ha señalado que “cabe desestimar el recurso de apelación deducido contra la resolución que rechazó la suspensión de la subasta solicitada por una codemandada en una acción de apremio, con fundamento en haber hecho efectivo lo debido por ella en atención a considerar que la deuda es mancomunada por cuanto la solidaridad no fue pronunciada en la sentencia, dado que la circunstancia de que así no se haya expresado no modifica el carácter de la obligación pues la demanda ha sido dirigida contra los deudores, perdiéndose la solidaridad solamente cuando el acreedor expresamente renuncia a tal carácter, consintiendo en dividir la deuda ente los acreedores, máxime cuando la solidaridad no sólo surge del art. 19 del Código Fiscal sino también porque la contribuyente ejecutada una sociedad de hecho conforme art. 23 de la ley de sociedades” (Cámara Civil y Comercial de Posadas, Sala III, 6/3/2006, “D.G.R. c/ Gelabert, Adriana y otros”, L.L. Litoral 2006-1450).

con suficiente discernimiento; pero tal certidumbre y discernimiento pueden perfectamente ocurrir y ser manifiestos en diversos casos de renuncia a la solidaridad que no se haga expresamente”¹⁷.

Ello ocurre, por ejemplo, en el supuesto en que el acreedor demandare a *todos* los deudores, pero exigiendo el pago *de la cuota* que a cada uno corresponde¹⁸. En nuestra opinión ello cabe concluir también en el caso de un reclamo extrajudicial efectuado de la misma manera, aunque existen opiniones en contra¹⁹.

Esto último supone necesariamente que el objeto sea divisible pues, en caso contrario, una pretensión planteada en estos términos será inviable; salvo el único caso en que se hubiera pactado la *indivisibilidad intelectual* (por ejemplo, en una obligación dineraria), en el que cabría concluir que no sólo se ha renunciado a la solidaridad de manera absoluta, sino también a la indivisibilidad.

¹⁷ Camilo TALE, “Obligaciones solidarias: cuestiones controvertidas y soluciones”, L.L.C. 1994-139.

¹⁸ Luis María BOFFI BOGGERO, *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Astrea, 1979/1985, t. 3, p. 565. En este sentido se orienta el siguiente precedente: “La limitación del pedido de condena a indemnizar el daño moral formulada en el escrito de demanda, en el cual se adjudican montos individualizados y separados para cada uno de los accionados, importa una renuncia -en los términos del art. 704 C.C- de la solidaridad que emana de la norma de art. 1081 del mismo Código, que no puede retractarse una vez trabada la litis” (Cámara Nacional Civil, Sala F, 24/4/1979, “Paesano de Tombarello, Angélica c/ Oliveira, Manuel y otros”, L.L. 1980-C-568). Además cabe agregar que “la demanda judicial que reclama a cada deudor el pago de su parte en la obligación importa renuncia a la solidaridad, no pudiéndose retractar tal renuncia después de la traba de la litis” (Cámara Nacional Civil, Sala D, J.A. 1957-III-442).

¹⁹ TALE, en posición opuesta a o que señalamos, indica: “Fundamento: No se da en esta hipótesis la certidumbre de la intención del acreedor, a diferencia de la presunción que es razonable tener en el caso anteriormente considerado del acreedor que demanda judicialmente a cada uno por su parte. En el caso del reclamo extrajudicial cabe perfectamente que el reclamo parcial sea una pretensión transitoria con respecto al importe de toda la deuda solidaria, sin perjuicio de la voluntad actual del acreedor de reclamar después el resto en caso de que no lo consiga fácilmente de los codeudores, intención que aquí es más razonable presumir que la intención de renunciar a la solidaridad. Es oportuno recordar la norma general en materia de renuncia: “la intención de renunciar no se presume, y la interpretación de los actos que induzcan a probarla debe ser restrictiva” (art. 874)”. Camilo TALE, “Obligaciones solidarias: cuestiones controvertidas y soluciones”, L.L.C. 1994-139.

Por otra parte, el hecho de que se celebre en un acuerdo con todos los deudores, no obsta a que la renuncia de la solidaridad mantenga su naturaleza de unilateral. En tal caso, la manifestación de voluntad de los deudores equivale a la aceptación.

b. Caso de solidaridad activa

Cabe preguntarse qué ocurriría si, existiendo *además* solidaridad *activa*, uno sólo de los acreedores renunciara de manera absoluta a la solidaridad pasiva, de forma expresa o tácita.

El ejemplo sería el siguiente. A y B son acreedores solidarios de D y E, por la suma de \$ 1.000, y la porción de estos últimos es de \$ 500 cada uno.

La cuestión no se encuentra resuelta en la ley, pero no nos caben dudas de que atento que *la remisión de la deuda propaga sus efectos activa y pasivamente* (art. 707 C.C.), la renuncia de la solidaridad pasiva en los términos indicados *propagará sus efectos a los restantes coacreedores solidarios*.

Es que si ello se produce en la remisión de la deuda misma, *a fortiori* no cabe negarlo en la renuncia a la solidaridad.

En consecuencia, a partir de la renuncia a la solidaridad, se planteará un caso de solidaridad *activa* y mancomunación simple *pasiva*.

En nuestro ejemplo, y por causa de esta renuncia, A y B serán coacreedores solidarios de D por la suma de \$ 500; y por otra parte, lo serán respecto de E también por la suma de \$ 500.

c. Efecto

Tal cual ha quedado explicitado, esta renuncia producirá una *modificación* de la obligación, que pasará a ser simplemente mancomunada.

En el caso en que el objeto sea divisible, la deuda se fraccionará en los términos del art. 674 C.C.. Si es indivisible, se aplicarán las reglas correspondientes a este tipo de obligación.

Como antes se anticipara, para algunos autores tal renuncia opera una *novación*²⁰, lo que para nosotros es objetable, desde que del mismo art. 704 surge que lo que la obligación pierde es *su carácter* de solidaria, y no que se *extingue* por la renuncia a la solidaridad.

6. Renuncia relativa (parcial) a la solidaridad pasiva

En este caso, la renuncia a la solidaridad beneficia sólo a un deudor, que pasa a ser simplemente mancomunado, subsistiendo la solidaridad respecto de los restantes²¹.

Por tal motivo, debemos estar en presencia de una obligación de al menos tres deudores, ya que si fueran dos y el acreedor renunciara a la solidaridad respecto de uno de ellos, el efecto será el de la absoluta.

La solución en los arts. 704 y 705 C.C., es clara y no deja lugar a dudas. Se ha señalado al respecto que “la solidaridad se extingue para uno o varios, pero continúa respecto de los deudores no alcanzados por ese acto jurídico, naturalmente que ‘con la deducción de la cuota correspondiente al deudor dispensado de la solidaridad’”. La razón en que se funda es obvia. Se compensa, por así decir, el mayor riesgo de ser elegido con la menor suma”²².

²⁰ Jorge Joaquín LLAMBIÁS, *Tratado de derecho civil – Obligaciones*, t. II, p. 499; Carlos A. CALVO COSTA, “Obligaciones solidarias y obligaciones concurrentes: Similitudes y diferencias”, L.L. 31/3/2010-1; Santos CIFUENTES - Fernando Alfredo SAGARNA, *Código Civil Comentado y anotado*, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2008, t. I, p. 700.

²¹ Ramón Daniel PIZARRO - Carlos Gustavo VALLESPINOS, *Instituciones de derecho privado - Obligaciones*, t. I, p. 579; CAZEUX en Pedro N. CAZEUX - Félix A. TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, t. II, ps. 478/479, Carlos A. CALVO COSTA, “Obligaciones solidarias y obligaciones concurrentes: Similitudes y diferencias”, L.L. 31/3/2010-1.

²² Luis María BOFFI BOGGERO, *Tratado de las obligaciones*, t. 3, p. 565.

a. Caso de solidaridad activa

Para el supuesto de la renuncia *parcial* a la solidaridad pasiva otorgada por uno de los coacreedores solidarios, el acto afectará a los restantes acreedores, por idénticas razones a las expresadas en los párrafos anteriores: la aplicación del principio de propagación de efectos emergente del art. 707 C.C..

Aquí también se suma la letra algo imprecisa del art. 705 C.C.. Al comienzo se indica que “el acreedor, o cada acreedor, o los acreedores juntos” pueden otorgar *todos* los actos que se indican en el artículo: requerir el pago a cada uno de los deudores por el todo, o bien a todos por el total.

Pero lo cierto es que el deudor dispensado de la solidaridad que sea demandado por *otro* acreedor, podrá oponerle la excepción correspondiente, pues “el sólo debe su cuota parte en la obligación”²³; siempre y cuando, claro está, el objeto sea divisible.

b. Renuncia expresa

En el art. 704 C.C. se contempla el supuesto de renuncia relativa expresa, con el efecto antes indicado: pasa a ser simplemente mancomunada en orden al vínculo con el deudor exonerado de la solidaridad, y continúa siendo solidaria respecto a los restantes, con prescindencia de la divisibilidad o indivisibilidad del objeto.

c. Renuncia tácita

En el art. 705 C.C. no se contempla con carácter “general” la renuncia tácita, o -al menos- la cuestión es algo confusa.

²³ LUIS DE GÁSPERI - Augusto Mario MORELLO, *Tratado de derecho civil*, t. II, p. 345.

Sin embargo, no cabe negar su existencia, que se deriva de los principios generales²⁴.

1. Reclamo de la parte al codeudor. Para empezar, en nuestra no caben dudas de que si un acreedor reclama al codeudor sólo su parte está renunciado tácitamente a la solidaridad respecto del mismo²⁵; aunque existen opiniones en contra.

El problema se presenta con un reclamo por una parte superior o inferior a la “parte” del codeudor.

Llambías, señala que sea cual sea el monto reclamado tal requerimiento importa una renuncia tácita a la solidaridad, “porque ese acto demostraría la intención del acreedor de dispensar de la solidaridad al deudor requerido a pagar en esas condiciones”²⁶.

En nuestra opinión dependerá del caso concreto, ya que si se reclama una suma *superior* a la parte del deudor intimado, no podría hablarse de renuncia a la solidaridad; y si fuera inferior, cabría preguntarse si se está remitiendo la deuda por lo que falta para completar la parte de dicho codeudor.

En tales casos, nos parece que lo razonable es entender que *no hay renuncia a la solidaridad*, y que se trata de un reclamo de pago parcial y nada más; ello por aplicación del principio de interpretación restrictiva que impera en esta materia.

²⁴ Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Curso de Obligaciones*, t. 2, p. 71; Raymundo M. SALVAT - Enrique V. GALLI, *Tratado de derecho civil argentino - Obligaciones en general*, t. II, p. 114.

²⁵ Atilio A. ALTERINI - Oscar J. AMEAL - Roberto LÓPEZ CABANA, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, p. 527. En este orden de ideas, se ha señalado: “la acción dirigida contra los demandados en la órbita de sus responsabilidades individuales, a pesar de que los mismos sean responsables solidarios, configura el supuesto previsto en el art. 705 del C.C, pues implica la renuncia del acreedor a la solidaridad pasiva” (Cámara Nacional Comercial, Sala C, 24/11/1995, “Moreno, Enrique H. c/ Cortiñas, Luis y otros”, L.L. 1996-C-688). Asimismo que “no se extingue la solidaridad por el hecho de haber demandado inicialmente a uno sólo de los deudores solidarios, si el acreedor no limitó su pretensión de cobro a la parte correspondiente a ese demandado” (Cámara Nacional Civil, Sala C, E.D. 16-179).

²⁶ Jorge Joaquín LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil - Obligaciones*, t. II, p. 501.

Tal “reclamación” puede ser judicial o extrajudicial, aunque las opiniones no son unánimes.

Alguna doctrina sostiene que solamente cabría la demanda incoada ante el Juez competente²⁷, y que “si el deudor demanda extrajudicialmente a uno de los deudores sólo su parte, no debe juzgarse renunciada la solidaridad con respecto a tal deudor. En armonía con esta tesis, allí donde el art. 705 dice “reclamo”, el término debe interpretarse restrictivamente, es decir que se refiere exclusivamente al reclamo judicial”²⁸.

Nosotros participamos de la doctrina amplia pues “lo que interesa fundamentalmente es la decisión del o los agentes y no la forma de expresarla”²⁹.

Se ha señalado que debería efectuarse “en forma auténtica e indubitable, vale decir por medio de un instrumento público”³⁰, lo que en nuestra opinión es objetable, desde que no se impone una forma determinada para esta renuncia, como sí ocurre en otros casos.

A ello cabe agregar que la solución forma parte del principio, desde que no se establecen formas sacramentales no sólo para este tipo de renuncia tácita, sino tampoco para la expresa.

2. *Pago al acreedor de la parte del codeudor.* El caso más complejo es el del pago parcial, efectuado sin ninguna otra manifestación, y *sin que exista otro elemento que permita efectuar alguna otra valoración*, coincida o no con la cuota que corresponde al deudor.

²⁷ SALVAT en Raymundo M. SALVAT - Enrique V. GALLI, *Tratado de derecho civil argentino - Obligaciones en general*, t. II, p. 114.

²⁸ Camilo TALE, “Obligaciones solidarias: cuestiones controvertidas y soluciones”, L.L.C. 1994-139.

²⁹ Luis María BOFFI BOGGERO, *Tratado de las obligaciones*, t. 3, p. 567; Guillermo A. BORDA, *Tratado de derecho civil - Obligaciones*, t. I, p. 398; Eduardo B. BUSSO, *Código Civil anotado*, t. V, p. 125; Rubén H. COMPAGNUCCI DE CASO, *Manual de obligaciones*, p. 422; Jorge Joaquín LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil - Obligaciones*, t. II, p. 501; Ernesto C. WAYAR, *Derecho Civil - Obligaciones*, t. II, p. 659; Santos CIFUENTES - Fernando Alfredo SAGARNA, *Código Civil Comentado y anotado*, t. I, p. 701.

³⁰ CAZEAX en Pedro N. CAZEAX - Félix A. TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, t. II, p. 480.

Cuando ocurre lo primero (pago equivalente al valor de la cuota) todo hace pensar que se trata de una renuncia tácita a la solidaridad³¹, lo que compartimos³²; aunque no nos parece que sea así si el pago *se aproxima* en más o en menos a la parte del codeudor³³.

Si la cuota que se paga es *inferior*, entendemos que en tales circunstancias lo que ha existido es únicamente un pago parcial, motivo por el cual no cabe presumir ni renuncia a la solidaridad³⁴, ni remisión de la deuda tácita al codeudor solidario por la parte insoluta que le resta de su cuota.

Por cierto que si del recibo y de otras circunstancias surgen elementos que, conjuntados, permitan llegar a la conclusión de que se ha renunciado a la solidaridad, ello será viable. Pero, de todas maneras, deberá imperar siempre el criterio hermenéutico restrictivo que rige a toda renuncia.

Si el pago es mayor a la cuota, en nuestra opinión tampoco cabe entender que ha existido renuncia a la solidaridad³⁵, sino solamente un pago parcial de la deuda. Existen, sin embargo, opiniones discordantes³⁶.

³¹ Eduardo B. BUSSO, *Código Civil anotado*, t. V, p. 125. Atilio A. ALTERINI - Oscar J. AMEAL - Roberto LÓPEZ CABANA, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, p. 527.

³² En contra, Camilo TALE, "Obligaciones solidarias: cuestiones controvertidas y soluciones", L.L.C. 1994-139, quien agrega que "es probable la intención del acreedor de renunciar al beneficio de la solidaridad, pero ello no es algo seguro, y debe ser satisfactoriamente probado por el deudor que pagó para tenerlo por liberado respecto del resto de la deuda".

³³ En el sentido impugnado, Rubén H. COMPAGNUCCI DE CASO, *Manual de Obligaciones*, p. 422. También se ha señalado, en fallo que nos parece opinable -por la exigencia de manifestación expresa- que "no importa renuncia tácita a la solidaridad la aceptación por el acreedor de un pago parcial efectuado por un codeudor solidario de una suma aproximada a la parte de la deuda a su cargo, si aquél dejó expresamente a salvo sus derechos como acreedor solidario manteniendo su pretensión de cobro a ese mismo deudor" (Cámara Nacional Civil, Sala A, E.D. 53-555).

³⁴ Conf. Ernesto C. WAYAR, *Derecho Civil - Obligaciones*, 2ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, t. II, ps. 659/660. En contra, CAZEAUX en Pedro N. CAZEAUX - Félix A. TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, t. II, p. 481.

³⁵ CAZEAUX en Pedro N. CAZEAUX - Félix A. TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, t. II, p. 481.

³⁶ En contra, Luis María BOFFI BOGGERO, *Tratado de las obligaciones*, t. 3, p. 567, quien no brinda razones para postular tal solución.

Por las razones expresadas, somos de la opinión que en ambos supuestos (pago inferior o superior a la cuota del deudor, o reclamo) nada puede hacer presumir la intención de renunciar la solidaridad³⁷.

3. *Otras formas de renuncia tácita.* Pero también ella operará si “de otro modo hubiesen consentido la división”, o, con mayor propiedad, “si de otro modo hubiesen renunciado a la solidaridad”, desde que es claro que los que “hubiesen” son los acreedores, o uno sólo de ellos.

Significa esto que “lo que interesa en definitiva es que esa voluntad exista; y siempre que sea clara, la solidaridad debe reputarse renunciada”³⁸; pero debe recordarse que la interpretación ha de ser *restrictiva*³⁹, y que el sólo desistimiento de la acción (ya promovida la demanda) no importa renuncia a la solidaridad⁴⁰.

³⁷ Guillermo A. BORDA, *Tratado de derecho civil - Obligaciones*, t. I, p. 399; Jorge Joaquín LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil - Obligaciones*, t. II, p. 502; Luis DE GÁSPERI - Augusto Mario MORELLO, *Tratado de derecho civil*, t. II, p. 341.

³⁸ Guillermo A. BORDA, *Tratado de derecho civil - Obligaciones*, t. I, p. 399.

³⁹ “Cuando el actor desiste del derecho respecto de uno de los demandados codeudores solidarios, no renuncia a su derecho contra el mismo: simplemente renuncia a continuar el conflicto con ese demandado. Así, ese desistimiento no produce la extinción de la obligación de los otros coobligados” (Cámara Nacional en lo Comercial, Sala D, 18/3/1997, “Piekar, Jaime y otro c/ Peña, Jaime J. y otros”, L.L. 1997-E-477).

⁴⁰ “Cabe desestimar el recurso de reposición deducido por el fallido, sobre la base del desistimiento del derecho exteriorizado por el peticionante de la quiebra, en una causa promovida contra un codeudor solidario, disímil al aquí quebrado toda vez que, el desistimiento del derecho como acto jurídico procesal es diferente y, por tanto, tiene efectos jurídicos distintos a los del acto jurídico civil denominado renuncia de derechos o remisión de la deuda; el desistimiento del derecho respecto de uno de los codeudores solidarios no significa remisión de la deuda ni renuncia de tal derecho sino, simplemente, renuncia a continuar el conflicto con ese codemandado, careciendo de efectos cancelatorios” (Cámara Nacional Comercial, Sala D, 21/5/2004, “Gratzer, Ricardo s/ Quiebra”, Lexis N° 11/37617). “Para tener por extinguida la solidaridad, es necesario que la voluntad de liberar al codeudor surja con claridad, en forma inequívoca. Si el accionante desiste del derecho que está ejerciendo, este acto puede tenerse como modo de renuncia parcial tácita a la solidaridad pero, indudablemente, no es posible arribar a tal conclusión, cuando simplemente se ha renunciado al proceso” (Cámara Iª en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, 20/10/1978, “Empresa Martín Güemes c/ La Paulina y otro”).

Un supuesto puede ser “la documentación de la deuda mediante la suscripción de distintos pagarés, librados individualmente por cada codeudor por la parte que a ellos les correspondía en la deuda”⁴¹.

d. Efectos en las relaciones externas

Sea expresa o tácita, la renuncia *parcial* de la solidaridad produce los mismos efectos: la obligación continuará como solidaria respecto de los deudores no liberados de ella, y su obligación continuará existiendo en las mismas condiciones, con la *deducción de la parte del deudor a quien se dispensó de la solidaridad* (arts. 704 y 705 C.C.).

1. Respecto al deudor liberado de la solidaridad. Este deudor pasa a ser simplemente mancomunado frente al acreedor, sobre lo que no hay mayor discusión, aunque las disidencias se plantean para establecer los alcances de la responsabilidad del codeudor liberado en el caso de insolvencia de los otros codeudores.

En nuestra opinión, el punto de partida adecuado para la resolución del problema, radica en verificar las reglas que regirán a la obligación, según cual sea su *objeto*; cuestión ésta que no es tenida en cuenta por la doctrina.

Si la deuda es *indivisible*, la insolvencia de alguno de ellos propagará sus efectos a los restantes, en tanto y en cuanto la obligación no se resuelva en el pago de daños y perjuicios⁴².

⁴¹ Ramón Daniel PIZARRO - Carlos Gustavo VALLESPINOS, *Instituciones de derecho privado - Obligaciones*, t. 1, p. 578; Jorge Joaquín LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil – Obligaciones*, t. II, p. 503; Camilo TALE, “Obligaciones solidarias: cuestiones controvertidas y soluciones”, L.L.C. 1994-139. Se ha señalado que “la solidaridad se extingue cuando el acreedor acepta de cada deudor, en pago de la deuda, pagarés suscriptos individualmente por la parte de cada uno” (Cámara Nacional Comercial, L.L. 27-57).

⁴² Ramón Daniel PIZARRO, - Carlos Gustavo VALLESPINOS, *Instituciones de derecho privado - Obligaciones*, t. 1, ps. 548/549.

Pero cuando la deuda es *divisible*, lógico es considerar que el deudor dispensado de la solidaridad no responderá *frente al acreedor* de la insolvencia de los restantes codeudores, ya que su deuda queda *disociada* de la de los demás deudores, y reducida a la parte individual que recaía sobre él⁴³.

Se postula la solución opuesta ya que “por una parte no se comprendería porqué el deudor dispensado de la solidaridad estaría obligado en el caso de insolvencia de alguno o alguno de los codeudores y no lo estaría en el de insolvencia de todos ellos; por la otra, al dispensarle de la solidaridad, lo único que el acreedor ha entendido es dispensarlo de la obligación de anticipar fondos para el pago total, pero sin modificar en lo más mínimo sus obligaciones para el caso de insolvencia”⁴⁴.

Sin embargo, nosotros entendemos que lo señalado constituye una *natural* derivación de la renuncia de la solidaridad. Pues, por una parte, la obligación se convierte en simplemente mancomunada; y por la otra es de objeto *divisible*, con todo lo que trae aparejado en las relaciones externas. Ello surge claramente de los arts. 674, 677, 691 y 694 C.C., que regulan dos veces lo mismo, pues en ambos casos se trata de obligaciones simplemente mancomunadas de objeto divisible.

Constituye, en definitiva, un *riesgo* que el acreedor asume al, voluntariamente, otorgar tal acto abdicativo.

2. *Respecto a los restantes codeudores*. Los arts. 704 y 705 C.C. son terminantes: la obligación continúa solidaria para los deudores no dispensados, pero con deducción de la *cuota* del deudor liberado.

Cabe recordar que *la parte* se integrará con la resultante de aplicar el art. 674 C.C. (§ 2.d), y no la que corresponda en las relaciones internas al deudor dispensado de la solidaridad⁴⁵.

⁴³ LLAMBÍAS trae a colación un ejemplo similar. Jorge Joaquín LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil – Obligaciones*, t. II, p. 504.

⁴⁴ Raymundo M. SALVAT - Enrique V. GALLI, *Tratado de derecho civil argentino - Obligaciones en general*, t. II, p. 132.

⁴⁵ Aunque no lo analiza desde esta perspectiva, COMPAGNUCCI DE CASO presenta el siguiente ejemplo: “si tres deudores adeudan \$ 900, y uno resulta liberado de la solidaridad, los dos restantes sólo quedan debiendo \$ 600, aunque en forma solidaria”. Rubén H.

Agrega asimismo Llambías que, desde la óptica de los codeudores ajenos a tal dispensa, ésta “equivale a un pago parcial”⁴⁶. Pero vale aclarar que *no siempre* habrá tal pago parcial, ya que esta modalidad es sólo uno de los casos de dispensa *tácita* de la solidaridad.

La solución de la ley ha generado una enorme polémica, y tiene su origen particularmente en el art. 1210 C.C. francés, que reza: “*El acreedor que consienta en la división de la deuda con relación a uno de los codeudores, conservará su acción solidaria con respecto a los demás, pero con la deducción de la parte del deudor que haya librado de la solidaridad*”.

Quienes defienden la norma, señalan que con ello el legislador “se ha inspirado en una idea de equidad. La remisión de la solidaridad acordada a uno de los deudores solidarios, disminuyendo el número de ellos, aumenta las probabilidades que cada uno tenía de ser elegido por el acreedor para demandarle el pago íntegro de la obligación; si los deudores eran cuatro, después de la remisión quedarán tres, y, por consiguiente, habiendo uno menos al cual pueda dirigirse el acreedor, aumenta para cada uno de los otros la eventualidad de ser el elegido. Como compensación, el legislador ha considerado equitativo que el acreedor no pudiera dirigirse contra los otros deudores, sino con deducción de la cuota correspondiente al deudor dispensado de la solidaridad”⁴⁷.

En términos similares se expide Cazeaux, para quien no sólo la ley repite dos veces la solución (arts. 704 y 705), sino porque “entre las finalidades de la solidaridad no está la de consagrar ese discrecionalismo del acreedor, que importa la facultad de liberar a su arbitrio a un codeudor de los efectos de esta figura jurídica, pretendiendo al mismo tiempo mantener intacto su derecho contra los demás”⁴⁸.

COMPAGNUCCI DE CASO, *Manual de obligaciones*, p. 423. LLAMBÍAS trae a colación un ejemplo similar; Jorge Joaquín LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil – Obligaciones*, t. II, p. 505, como también CAZEUX en Pedro N. CAZEUX - Félix A. TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, t. II, p. 479.

⁴⁶ Jorge Joaquín LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil - Obligaciones*, t. II, p. 505.

⁴⁷ En Raymundo M. SALVAT - Enrique V. GALLI, *Tratado de derecho civil argentino - Obligaciones en general*, t. II, p. 111. También Eduardo B. BUSSO, *Código Civil anotado*, t. V, p. 127; Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Curso de obligaciones*, t. 2, p. 71.

⁴⁸ En Pedro N. CAZEUX - Félix A. TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, t. II, p. 482.

Del otro lado están los que cuestionan la solución legal.

Llambías apunta, citando a los autores que critican la solución similar del art. 1210 C.C. francés, que “por la pluralidad de vínculos que caracteriza a la obligación solidaria, la contingencia de lo acontecido en uno de los vínculos -el paso de la solidaridad a la simple mancomunación- *no debería reflejarse en los demás vínculos*. De ahí que la dispensa relativa de solidaridad, que no hace a la extinción de la deuda sino a la índole del vínculo, debería dejar incólume el derecho del acreedor con respecto a los demás deudores no dispensados de la solidaridad: sólo mediando pago, o algún equivalente del pago, debería resultar disminuida en igual medida la deuda de los cointerésados, y ello por la unidad de objeto de la obligación que asocia a todos los deudores”⁴⁹.

Colmo califica de ininteligible la solución, preguntándose: “¿qué tiene que ver la renuncia de la *solidaridad* con la renuncia *del crédito*? Es concebible que si el acreedor perdona al deudor a la parte de éste en la deuda total, sólo pueda cobrar a los demás acreedores la diferencia entre el total y esa parte. Pero si el acreedor ha renunciado a lo solidario de la obligación con respecto al deudor A, no ha entendido renunciar a cobrar a éste la parte de su deuda, sino tan sólo a no cobrarle, como habría podido antes de la renuncia, la totalidad de la misma”⁵⁰.

En términos similares, se indica que la norma trae aparejada una *remisión parcial ministerio legis* de la deuda a favor de los demás codeudores, cuando no hay razón para suponer que el acreedor haya querido hacer esa remisión⁵¹.

Por otro lado, se cita también, proveniente de autores franceses, una suerte de teoría “transaccional” en el sentido de que si hubiera habido pago parcial, se aplicaría la solución expresa de la ley, pero no en el caso opuesto. Se entiende, asimismo, que de cara al texto legal, tal solución es inaplicable⁵².

⁴⁹ Jorge Joaquín LLAMBIAS, *Tratado de derecho civil – Obligaciones*, t. II, p. 505.

⁵⁰ Alfredo COLMO, *De las obligaciones en general*, p. 368.

⁵¹ Atilio A. ALTERINI - Oscar J. AMEAL - Roberto LÓPEZ CABANA, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, p. 527.

⁵² Eduardo B. BUSSO, *Código Civil anotado*, t. V, p. 125.

En nuestra opinión, los argumentos críticos a la solución legal lucen contundentes e irrefutables.

En efecto, *lo que aquí se renuncia es únicamente la solidaridad, y no la deuda.*

Si en la cuestión que nos ocupa, por el acto indicado, la obligación *únicamente pierde su carácter de solidario*, mal puede decirse que el acreedor ha dispensado *a los otros deudores* del pago del crédito. Lo único que ha hecho es *dispensar al deudor beneficiario de la renuncia a la solidaridad de los efectos de la misma, motivo por el cual él -y sólo él- debería poder invocar esta cuestión.*

Debe advertirse que *distinto* es el caso en que el acreedor o bien remita el crédito respecto a un codeudor, o bien *reciba el pago de la parte que a éste le corresponda, dispensando -por ende- de manera tácita la solidaridad.* En este supuesto, el *efecto* consecuente relativo a que el acreedor deberá deducir de su requerimiento respecto de los otros la parte recibida, radica precisamente en *eso: recibió ya un pago.*

En el art. 1021 del *Esboço* de Freitas se establece que “El acreedor que renunciare a la solidaridad en provecho de uno de los co-deudores, *recibiendo de él su cuota en la deuda, o haciendo remisión*, sólo podrá demandar a los otros codeudores, previa deducción de esa cuota”. Como puede verse, aquí *confluyen dos circunstancias*, que muchas veces no son tenidas en cuenta en el análisis: si se renuncia parcialmente la deuda, o se recibe en pago la cuota del deudor, *hay también renuncia a la solidaridad*, y es razonable concluir que el acreedor *no podrá exigir a los restantes codeudores la parte que haya cobrado o condonado.*

Nada tiene que ver, pues, con la *mera* dispensa de la solidaridad, pese a que estas dos circunstancias se encuentren estrechamente vinculadas.

No se trata, entonces, de una cuestión de equidad, o de “compensación” para los restantes codeudores, sino de una solución que confunde las cosas, y asimila equivocadamente la renuncia a la solidaridad con la extinción de la parte del deudor dispensado de la misma.

Sin embargo, somos de la opinión que la solución de la ley es clara, y hay que atenerse a ella, pese a los reparos que puedan formularse ⁵³.

⁵³ En este sentido, Luis DE GÁSPERI - Augusto Mario MORELLO, *Tratado de derecho civil*, t. II, p. 345.

e. *Efectos en las relaciones internas*

Coherentemente a lo que hemos establecido en orden a que la dispensa de la solidaridad *sólo* tiene efectos en las relaciones *externas*, es claro que esta especial renuncia producirá “ningún efecto en el ámbito de las relaciones internas”, por lo cual el deudor favorecido no se ve eximido de afrontar las acciones recursorias o de regreso⁵⁴.

Por tales razones, y a pesar de esta renuncia, conservarán los deudores el derecho a los reajustes que procedan, de acuerdo a la situación real que tengan internamente en la deuda⁵⁵.

f. *Caso de reserva expresa de la solidaridad*

Si el acreedor renuncia a la solidaridad de manera *parcial*, ello no permite considerar que la renuncia pueda hacerse extensiva a los restantes deudores, quienes continúan obligados solidariamente frente al deudor.

Por ende, en tal caso la solidaridad se mantiene, haga o no el acreedor expresa reserva de ello, pero con el *límite* indicado precedentemente: la reducción de la parte del deudor.

De nada serviría al acreedor *reservar* su derecho para ir por el *todo* en contra de los restantes deudores. La ley se lo impide (arts. 704 y 705 C.C.), y tal *reserva* sería inoponible a los restantes codeudores, por imperio del art. 1195 C.C.⁵⁶.

⁵⁴ Ramón Daniel PIZARRO - Carlos Gustavo VALLESPINOS, *Instituciones de derecho privado - Obligaciones*, t. I, p. 579.

⁵⁵ CAZEAUX en Pedro N. CAZEAUX - Félix A. TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, t. II, p. 479.

⁵⁶ Jorge Joaquín LLAMBIAS, *Tratado de derecho civil - Obligaciones*, t. II, p. 506; Raymundo M. SALVAT - Enrique V. GALLI, *Tratado de derecho civil argentino - Obligaciones en general*, t. II, p. 113. TALE, Camilo. “Obligaciones solidarias: cuestiones controvertidas y soluciones”, LLCba-1994- 139. CAZEAUX en Pedro N. CAZEAUX - Félix A. TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, t. II, p. 482. Eduardo B. BUSSO, *Código Civil anotado*, t. V, p. 125.

Pero la cuestión se presenta más compleja en el caso *del pago parcial* en el que nada se dice, sobre todo cuando es mayor o menor a la cuota que le corresponde al *solvens*.

Como lo hemos señalado, entendemos que en principio cabe negar la existencia de renuncia a la solidaridad, y que sólo cabe considerar la existencia de un *pago parcial*, continuando *todos los deudores obligados solidariamente por el saldo, incluido el solvens*.

Sin perjuicio de ello, podría el acreedor efectuar *reserva expresa* de la solidaridad, ahora respecto *incluso* del deudor que le paga; o señalarlo de alguna otra manera que, tácitamente, no deje lugar a dudas.

Muchas veces suele colocarse en los recibos de pago parcial que “el presente no importa quita, remisión, novación, modificación o espera”, o bien “sin perjuicio de los derechos que me corresponden”; lo cual a las claras pone de manifiesto que sólo se trata de un pago a cuenta, y que la deuda subsiste de la misma manera, salvo en lo que hace a lo efectivamente pagado.

En el caso de hacerse reserva expresa de la solidaridad, y sobre todo para aquellos que ven renuncia a la solidaridad aún el caso de pagos inferiores o superiores a la cuota del pagador, la reclamación al deudor respecto del pago de su parte no podrá ser tenida en cuenta como renuncia a la solidaridad⁵⁷; por ello compartimos la opinión que señala que “es de toda evidencia que ese vínculo subsistiría al quebrarse el elemento ‘de hecho’ que llevó a la interpretación contraria”⁵⁸.

7. Retracción de la renuncia a la solidaridad

Salvo algunas opiniones aisladas, donde se ha señalado que el sólo hecho de reclamar el pago de la parte hace que quede “definitivamente

⁵⁷ Guillermo A. BORDA, *Tratado de derecho civil - Obligaciones*, t. I, p. 398; CAZEAX en Pedro N. CAZEAX - Félix A. TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, t. II, p. 480; Eduardo B. BUSSO, *Código Civil anotado*, t. V, p. 125.

⁵⁸ Luis María BOFFI BOGGERO, *Tratado de las obligaciones*, t. 3, p. 569. También Jorge Joaquín LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil - Obligaciones*, t. II, p. 502; Raymundo

consumada” la renuncia a la solidaridad⁵⁹, la tesis mayoritaria -que compartimos- sostiene que es de aplicación la regla general emergente del art. 875 C.C., y que por ende esta renuncia también puede ser retractada⁶⁰, en las condiciones que rigen este acto.

8. Situación en el Derecho Comparado

Por cuestiones de extensión, efectuamos simplemente un muy breve repaso de algunos ordenamientos que guardan mayor relación con el nuestro.

a. Derecho español

No existe en el derecho español norma alguna referida en forma directa a la renuncia de la solidaridad, en los artículos destinados a estas obligaciones (arts. 1137 a 1148), como sí las hay en nuestro ordenamiento.

Diez Picazo señala que la solidaridad es perfectamente renunciable y que “el negocio jurídico de renuncia no es necesariamente bilateral o consensuado entre el acreedor y los deudores solidarios, sino que basta la simple voluntad del deudor”⁶¹.

M. SALVAT - Enrique V. GALLI, *Tratado de derecho civil argentino - Obligaciones en general*, t. II, p. 116.

⁵⁹ SALVAT en Raymundo M. SALVAT - Enrique V. GALLI, *Tratado de derecho civil argentino - Obligaciones en general*, t. II, p. 115.

⁶⁰ Ramón Daniel PIZARRO - Carlos Gustavo VALLESPINOS, *Instituciones de derecho privado - Obligaciones*, t. 1, p. 579; Carlos A. CALVO COSTA, “Obligaciones solidarias y obligaciones concurrentes: Similitudes y diferencias”, L.L. 31/3/2010-1; Luis María BOFFI BOGGERO, *Tratado de las obligaciones*, t. 3, ps. 568/569; Jorge Joaquín LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil - Obligaciones*, t. II, p. 503; Galli en Raymundo M. SALVAT - Enrique V. GALLI, *Tratado de derecho civil argentino - Obligaciones en general*, t. II, p. 115; Camilo TALE, “Obligaciones solidarias: cuestiones controvertidas y soluciones”, L.L.C. 1994-139.

⁶¹ Luis DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 5ª ed., Madrid, Civitas, 1996, t. II, p. 233.

Luego de analizar los diversos supuestos que pueden presentarse, concluye que “sólo puede hablarse de renuncia tácita cuando la voluntad de renunciar la solidaridad resulte de actos concluyentes del acreedor, que inequívocamente pongan de relieve una voluntad semejante”.

Agrega que operada la renuncia a la solidaridad, de efectos generales, convierte a la obligación en mancomunada o parciaria, señalando que más difícil es resolver el problema relativo a una renuncia a la solidaridad con efectos limitados⁶².

b. Derecho francés

Son varias las normas que regulan sobre la cuestión que nos ocupa, y que han tenido notable incidencia, tanto en la letra de nuestro Código Civil, como en la opinión de la doctrina (sobre todo por la expresada por los autores franceses), y también en parte de nuestros proyectos de modificación del Código Civil.

El primero es el art. 1210, antes transcripto. Como puede observarse, la renuncia relativa a la solidaridad, provoca que los restantes codeudores solidarios queden obligados con deducción de la parte del deudor dispensado, situación “que aprovecha indirectamente a los demás codeudores”⁶³; lo que es contrario a la solución de Pothier, y “ha sido combatida por algunos tratadistas que prefieren conservar en su totalidad la acción del acreedor contra los que no han sido objeto de la remisión”⁶⁴.

En este último sentido, Marcadé entiende que no hay razón alguna para restringir aquí el derecho de perseguir del acreedor contra los otros deudores, siendo contrario el artículo a los verdaderos principios y también al interés de los deudores⁶⁵.

⁶² Luis DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, t. II, p. 234.

⁶³ Louis JOSSEAND, *Derecho civil*, trad. de Santiago Cunchillos y Manterola, Buenos Aires, Bosch, 1950, t. II, vol. I, p. 629.

⁶⁴ Marcelo PLANIOL - Jorge RIPERT, *Tratado práctico de derecho civil francés*, trad. española del Dr. Mario Díaz Cruz, La Habana, Ed. Cultural S.A., 1945, t. 7, p. 410.

⁶⁵ V. MARCADÉ, *Explication Théorique et Pratique du Code Civil*, 8ª ed., Paris, Ed. J. Dellamotte, 1892, t. 4, ps. 515/516.

En el art. 1211 se establece que: “El acreedor que reciba divisa la parte de uno de los deudores, sin reservar en el recibo la solidaridad o sus derechos en general, sólo renunciará a la solidaridad con respecto a ese deudor. No se considerará que el acreedor remita la solidaridad al deudor cuando reciba de éste una suma igual a la porción a la que estaba obligado, si en el recibo no constara que corresponde a su parte. Lo mismo se aplicará a la simple demanda presentada contra uno de los codeudores por su parte, si éste no se hubiera allanado a la demanda, o si no hubiera intervenido una sentencia condenatoria”.

Se trata de varios supuestos que en nuestro ordenamiento no se encuentran contemplados, referidos a los casos en que se considera que hay renuncia tácita, y casos en los que no, vinculados con la *reserva* del acreedor al recibir el pago.

En el art. 1212 se regula la cuestión en referencia a los intereses, norma que se ha trasladado en Argentina al Proyecto de 1998, aunque en este último se hace referencia a los “frutos”. La primera reza: “El acreedor que reciba divisa y sin reserva la porción de uno de los codeudores en los atrasos o intereses de la deuda, sólo perderá la solidaridad en cuanto a los atrasos o intereses vencidos, y no por aquellos que estuvieran por vencer, ni por el capital, a menos que el pago dividido no haya sido continuado durante diez años consecutivos”.

Por último, en el art. 1215 se dispone sobre los efectos de la insolvencia, de manera contraria a la que nosotros proponemos: “En el caso de que el acreedor hubiera renunciado a la acción solidaria con respecto a uno de los deudores, si uno o varios de los demás codeudores resultaran insolventes, la porción de los insolventes será contributivamente repartida entre todos los deudores, incluso entre aquellos que anteriormente fueron liberados de la solidaridad por el acreedor”.

Se ha señalado que “la solución se justifica por el hecho de que el acreedor no puede aumentar la responsabilidad de algunos de los deudores con la remisión con que favoreció a otros”⁶⁶. Asimismo, que ello se debe a que “la remisión sólo había sido concedida con la condi-

⁶⁶ Marcelo PLANIOL - Jorge RIPERT, *Tratado práctico de derecho civil francés*, t. 7, p. 140.

ción de la solvencia de los deudores que quedaban afectados por el vínculo de solidaridad”⁶⁷.

c. Derecho italiano

En el *Codice* se regula la renuncia a la solidaridad en el art. 1311. Allí se establece que el acreedor que renuncia a la solidaridad a favor de uno de los deudores conserva la acción solidaria contra los otros. Como puede observarse, es una solución *diferente* a la de nuestro C. Civil, desde que no se establece que se detrae la parte del deudor liberado de la solidaridad.

Se agrega en el art. 1313 que en tal caso, si uno de los otros deudores es insolvente, la parte del deudor liberado será repartida por contribución a todos los codeudores, comprendido aquello que había sido liberado de la solidaridad.

Asimismo, en el art. 1311 se dispone que habrá renuncia a la solidaridad si el acreedor que libera a uno de los deudores los libera por la parte de ellos sin alguna reserva; y también existirá cuando el acreedor que ha demandado a uno de los deudores por la parte de éste, si se ha allanado a la demanda, o se ha pronunciado una sentencia de condena.

En el art. 1312 se consagra una norma similar al art. 1212 C.C. francés.

d. Derecho alemán

En el Código Civil alemán, el § 425 se establece que únicamente son eficaces entre acreedor y deudor respecto a los cuales se producen, *todos* los efectos diferentes al cumplimiento, condonación y mora del deudor, los cuales sí tienen efectos expansivos. Se señala en el inc. 2º que ello rige

⁶⁷ Louis JOSSEAND, *Derecho civil*, t. II, vol. I, p. 630.

“especialmente” para la renuncia (de la solidaridad), entre otros casos. La norma no ha sufrido modificaciones en la reciente reforma del *BGB*.

e. Derecho uruguayo

En el art. 1400 C.C. uruguayo se establece que el acreedor que consiente en la división de la deuda, respecto de uno de los deudores, conserva su acción solidaria contra los demás, con deducción de la parte correspondiente al deudor a quien ha exonerado de la solidaridad.

Asimismo, en el art. 1401 se establece que “el acreedor que reciba la parte de uno de los deudores, aunque no reserve en el resguardo la solidaridad o sus derechos en general, no se entiende que renuncia a la solidaridad, sino en lo que toca a ese deudor. No se considera que el acreedor exonera de la solidaridad al deudor, aun cuando reciba de él una suma igual a la parte que le corresponde, si no dice en el resguardo que la recibe por su parte. Lo mismo sucede con la demanda deducida contra uno de los codeudores por su parte, si éste no se ha conformado con la demanda o no ha intervenido sentencia definitiva”.

Por último, en el art. 1402 se establece que el acreedor que recibe separadamente y sin reserva la parte de uno de los deudores en los intereses del crédito, aunque en el resguardo exprese que la recibe por la parte de éste, no pierde la solidaridad, sino relativamente a los intereses vencidos; pero no a los futuros ni al capital, a no ser que el pago separado se haya continuado por diez años.

La filiación de estas normas con el Código Civil italiano es innegable.

f. Derecho brasileiro

En el art. 282 se establece con claridad que el acreedor puede renunciar a la solidaridad en favor de uno, de algunos o de todos los deudores, y que en caso de exonerar a uno o mas, la solidaridad subsistirá para los demás.

Asimismo, en el art. 275 se establece que no importará renuncia de la solidaridad la interposición de la acción por el acreedor contra uno o alguno de los deudores.

g. Derecho paraguayo

Se reitera la solución de los arts. 704 y 705 C.C. argentino, en los arts. 511 y 512.

h. Derecho chileno

En el Código Civil de Chile se establece que la renuncia total o parcial puede ser expresa o tácita (art. 1516).

Asimismo se establecen en la misma norma casos de renuncia tácita: “La renuncia tácitamente en favor de uno de ellos, cuando le ha exigido o reconocido el pago de su parte o cuota de la deuda, expresándolo así en la demanda o en la carta de pago, sin la reserva especial de la solidaridad, o sin la reserva general de sus derechos”..

Sin embargo, se establece que “pero esta renuncia expresa o tácita no extingue la acción solidaria del acreedor contra los otros deudores, *por toda la parte del crédito que no haya sido cubierta* por el deudor a cuyo beneficio se renunció la solidaridad”. Es evidente, entonces, que tiene que haber pago, para que proceda la reducción de la obligación de los restantes coobligados no liberados de la solidaridad.

Asimismo, en la norma se dispone que “se renuncia la solidaridad respecto de todos los deudores solidarios, cuando el acreedor consiente en la división de la deuda”.

Por último, también se consagra una norma similar al art. 1212 C.C. francés, en el art. 1517: “la renuncia expresa o tácita de la solidaridad de una pensión periódica se limita a los pagos devengados, y sólo se extiende a los futuros cuando el acreedor lo expresa”.

i. Derecho peruano

En el art. 1200 se establece que “el acreedor que renuncia a la solidaridad en favor de uno de los deudores, conserva la acción solidaria contra los demás. El acreedor que otorga recibo a uno de los deudores o que acciona judicialmente contra él, por su parte y sin reserva, renuncia a la solidaridad”.

La solución es, pues, diferente a nuestro ordenamiento.

Por otra parte, en el art. 1201 se regula la cuestión de la insolvencia de los codeudores: “si el acreedor renuncia a la solidaridad respecto de uno de los deudores, y alguno de los otros es insolvente, la parte de éstos se distribuye a prorrata entre todos los codeudores, comprendiendo a aquél que fue liberado de la solidaridad”.

El art. 1202 se refiere a los intereses, y es similar al art. 1212 C.C. francés, aunque sin el plazo que se establece en éste: “El acreedor que, sin reserva, recibe de uno de los deudores solidarios parte de los frutos o de los intereses adeudados, pierde contra él la acción solidaria por el saldo, pero la conserva en cuanto a los frutos o intereses futuros”.

9. *Los proyectos de reforma del Código Civil*

Con excepción del Anteproyecto de 1954, los intentos de modificación del Código Civil no innovan demasiado respecto a la ley actualmente vigente, salvo algunas cuestiones de detalle.

En el Anteproyecto de Bibiloni, los arts. 1.135 y 1.136, en lo que nos interesa, son reproducción textual de los actuales arts. 704 y 705 C.C.. Lo propio acontece en el Proyecto de 1936 (arts. 657 y 658).

En el Anteproyecto de 1954 la cuestión tiene aquí un viraje importante.

En el art. 921 se establece que “el acreedor podrá reclamar el pago a uno, varios o todos los codeudores, pero si se limitare a exigir la parte que correspondiese a un deudor, la solidaridad subsistirá respecto a los demás. El deudor podrá pagar a cualquiera de los acreedores, salvo que mediare demanda judicial, en cuyo caso deberá pagar al demandante”.

Asimismo, en el art. 933 se dispone que “la obligación solidaria no perderá su carácter sino cuando el acreedor renuncie expresamente a la solidaridad, consintiendo en la división de la deuda entre los obligados. Pero si renunciare a la solidaridad sólo en provecho de algunos deudores, la obligación continuará solidaria para los otros”.

Es evidente que Llambías adopta la solución que propone *de lege ferenda*, en el entendimiento de que es la más justa (§ 6.d) ⁶⁸. La solidari-

⁶⁸ Jorge Joaquín LLAMBÍAS, “*Tratado de derecho civil - Obligaciones*, t. II, ps. 504/506.

dad se extingue respecto a ese codeudor, y ello en nada beneficiará a los restantes codeudores que continúan obligados de la misma manera que antes de esta renuncia.

Ninguna modificación se propone a los arts. 704 y 705 en El proyecto de Unificación de 1987, y en el Proyecto de la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados de la nación (1993).

En el Proyecto de la Comisión designada por decreto 468/92, art. 765 (2º párrafo), se proyecta el siguiente texto: “si el acreedor renunciare a la solidaridad respecto de uno de los deudores, ella subsistirá respecto de los demás. Si alguno de ellos fuera insolvente, su parte se distribuirá entre todos los deudores, incluyendo a aquél que fue liberado de la solidaridad”.

Como puede observarse, la solución para el caso de insolvencia es la *opuesta* a la que nosotros proponemos (§ 6.d).

Por último, en el Proyecto de 1998, en los arts. 760 y 761, se regula por separado la renuncia absoluta y la relativa a la solidaridad.

En el primero se establece: “Extinción absoluta de la solidaridad. Si el acreedor, sin renunciar al crédito, renuncia expresamente a la solidaridad en beneficio de todos los codeudores solidarios, consintiendo la división de la deuda, ésta se transforma en simplemente mancomunada. Si el acreedor recibe de uno de los deudores solidarios la cuota de éste en los frutos, sin formular reserva, se juzga que hay renuncia tácita a la solidaridad respecto del saldo de los frutos devengados; así como respecto de los frutos futuros, si el pago es recibido de ese modo durante diez (10) periodos consecutivos”.

El art. 761 reza: “Extinción relativa de la solidaridad. Si el acreedor, sin renunciar al crédito, renuncia expresamente a la solidaridad en beneficio de uno sólo de los deudores solidarios, la deuda continúa siendo solidaria respecto de los demás, con deducción de la cuota correspondiente al deudor beneficiario”.

Por su parte, en el art. 765, referido a los casos de insolvencia, se establece que si un deudor es insolvente su cuota de contribución se divide proporcionalmente entre los demás, incluyendo al beneficiario de la renuncia del art. 761.

Es claro que se mantiene la solución del art. 705 para la solidaridad relativa, y el requerimiento de que sea expresa la absoluta.

Sus autores explican que en tales casos no es la obligación la que se extingue, sino que se transforma en simplemente mancomunada, y reiteran -sin dar mayores fundamentos- la novedosa cuestión de los frutos ⁶⁹.

10. Conclusiones

De todo lo expuesto, llegamos a las siguientes conclusiones:

1. La única renuncia a la solidaridad posible es la referida a la pasiva. Los acreedores no pueden renunciar a la solidaridad activa, sin perjuicio de lo cual es posible celebrar un acuerdo con los deudores para ello.

2. No se trata de un supuesto de novación, sino de *modificación* de la obligación.

3. Como toda renuncia de derechos, es un acto *abdicativo, unilateral, gratuito, de disposición, no traslativo, por regla no formal, de interpretación estricta y retractable*.

4. Por otra parte, es evidente que existe alguna confusión *conceptual* en la misma letra del Código Civil, cuando se hace referencia a la *división* de la deuda, cuando aquí no se trata de eso, sino de modificar los vínculos, que pasarán de ser solidarios a simplemente mancomunado.

5. Lo único que cesa es la solidaridad, y atento la mancomunación simple, la cuestión se resolverá a la luz de esta nueva situación jurídica, y por las reglas de la divisibilidad o la indivisibilidad.

6. La *parte* de cada codeudor, una vez dispensada la solidaridad y *sólo* si el objeto es divisible, se establecerá en función de las reglas del art. 674 C.C..

7. Nada se dispone en la ley para el caso de la renuncia a la solidaridad otorgada por un sólo coacreedor, pero es claro que la misma proyecta sus efectos en razón de lo dispuesto en el art. 707 C.C.. De todas maneras, sería deseable que la ley lo contemplara.

8. La renuncia a la solidaridad puede ser *absoluta* o *relativa*.

9. En el primer caso:

⁶⁹ Proyecto de Código Civil de la República Argentina, p. 41.

1. La obligación pasará a ser simplemente mancomunada, y se regirá por las reglas de la divisibilidad o indivisibilidad, según la naturaleza del objeto.

2. Si es divisible, la deuda se fraccionará en partes *iguales*, salvo que de otro modo se hubiera pactado entre acreedores y deudores.

3. Todas estas circunstancias no inciden, en manera alguna, en las relaciones internas entre codeudores y coacreedores.

4. La ley establece que debe ser expresa, pero importante doctrina interpreta que también puede ser tácita, lo que no es unánime. En realidad, nada obsta a que lo sea, pero ello debería quedar claramente asentado en la ley.

10. En el caso de renuncia *parcial*:

a. De acuerdo a lo que surge de los arts. 704 y 705 C.C., el *efecto* que se produce -además de que la parte del deudor liberado pasa a ser simplemente mancomunada- es que el acreedor puede ir contra los restantes deudores, que continúan siendo solidarios, pero *detrayendo* la parte del deudor dispensado, haya éste pagado o no la deuda, o haya habido o no remisión de dicha parte.

b. La solución es inconveniente, porque se constituye en una suerte de presunción de remisión, que afecta la esencia del instituto, y es inconveniente. Por tales razones, debería modificarse, estableciéndose la del art. 921 del Anteproyecto de 1954.

c. También puede ser *expresa* o *tácita*.

1. Esta última puede adquirir cualquier modalidad, pero sería conveniente establecer que sólo existirá una presunción de la ley cuando el acreedor *reclame* (judicial o extrajudicialmente) la parte que corresponde al deudor, si no efectuara reserva en contrario; y que en los otros casos, no podrá presumirse renuncia, sin perjuicio de que pueda acreditarse por otros medios.

2. Lo propio acontece en el caso del *pago parcial* o *remisión parcial*, pero en tal supuesto, es evidente que *además de la renuncia a la solidaridad*, habrá *extinción parcial* de la obligación, y por tal motivo (y no por la renuncia a la solidaridad), la acción contra los otros deudores no podrá ser por la totalidad de la obligación.

3. Únicamente puede considerarse que hay remisión tácita de la solidaridad en el caso en que el pago o el reclamo coincida de manera exacta con la parte del deudor correspondiente.

a) Respecto a las relaciones *externas*, debería dejarse aclarado en la ley que si la obligación es indivisible, la insolvencia deberá ser soportada por todos los deudores; pero si es divisible, debe considerarse que el deudor dispensado de la solidaridad no responderá *frente al acreedor* de la insolvencia de los restantes codeudores. Asimismo, debería consagrarse la solución del art. 921 del Anteproyecto de 1954

b) Atento a que la renuncia de la solidaridad únicamente tiene efectos sobre las relaciones externas, ningún efecto se producirá en las relaciones internas, por lo cual el deudor favorecido no se verá eximido de afrontar las acciones recursorias o de regreso.

c) En caso de pago parcial de la parte del deudor, si el acreedor efectúa reserva expresa de la solidaridad, sólo cabe considerar la existencia de un pago parcial, continuando todos los deudores obligados solidariamente por el saldo, incluido el solvens.

11. No es necesario aclarar que dicha renuncia es retractable, desde que por ser una especie del género, participa de tal calidad.

REFLEXIONES SOBRE LA TRANSACCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO CON UNA GLOSA DE LAS NOTAS DE VÉLEZ

LUIS DIEZ-PICAZO

1. Constituye a estas alturas de los tiempos una cabal osadía intentar el panegírico de la obra con la que se preparó y consumó el Código Civil llevada a cabo por Dalmacio Vélez Sársfield. La Universidad de Córdoba, en la que fue profesor de una asignatura, sin duda, alejada del Derecho civil, como debía ser la Hacienda Pública o algo parecido, ha guardado amorosamente su biblioteca, sus trabajos y sus papeles, en un recinto que recibe el nombre de “templete”, como si no llegara a templo pero quisiera imperiosamente serlo. Vélez destacó por ser un conocedor profundo del Código Civil francés y de las obras de sus comentaristas. Uno tiene a veces la impresión de que quiso zanjar las voces discordantes que habían ido apareciendo en favor de su propia opinión. He dicho alguna vez que era una discusión entre los Demolombes y los Marcados, sin tener que llegar a considerar, como señalaba José María Mustapich (en el “Estudio preliminar” de la edición del Código Civil de la República Argentina, que preparó en 1960 el Instituto de Cultura Hispánica) el Código Napoleón como la obra de cuatro juristas, Tronchet, Portalis, Bigot de Preameneu y Maleville. No voy, naturalmente, a discutir si hubo otras diferencias y en qué medida Vélez Sársfield logró lo que el autor citado llamaba la proeza intelectual de superar la obra jurídica de cuatro juristas del país más poderoso de la época.

Quiero, sin embargo, honrar la memoria del codificador y honrar el Código Civil argentino (en el que algunas novedades se introdujeron) haciendo un somero comentario o glosa de las Notas de Vélez en la regulación de las transacciones, que, en el Código Civil argentino, aparece alre-

dedor del Título XIX de la Parte 2ª, que comprende los arts. 832 y ss. y lleva por título “De las transacciones”, utilizando el plural, en lo que parece coincidir con algunos textos romanos que habían señalado que más que de un negocio jurídico típico se trataba de una causa fundamentadora de toda clase de negocios. En el art. 832 que, curiosamente se encuentra dentro de las normas relativas a la extinción de las obligaciones, se dice que: “la transacción es un acto jurídico bilateral, por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas”. Está perfectamente claro que el autor de ese texto evitó cuidadosamente calificar la transacción (o las transacciones) como contrato (o contratos), prefiriendo el más neutro calificativo de “acto jurídico bilateral”. Las diferencias no están ciertamente en ese punto, sino en la consideración de la transacción o de las transacciones como acto de extinción de las obligaciones: “extinguen obligaciones litigiosas o dudosas”. En nuestra opinión ésta es una forma errónea de ver las cosas, porque, con pequeñas excepciones, los autores han propendido a considerar la transacción como un negocio jurídico por virtud del cual se pone fin a una controversia o se impide que nazca, con independencia de la suerte que puedan correr las relaciones patrimoniales que las partes pudieran tener. Justamente, uno de los temas clásicos de la materia es decidir la influencia que la transacción ejerce en las relaciones preexistentes si produce una novación de la reglamentación de intereses que las partes habían pactado por otra distinta. Lo que no puede decirse es que el efecto sea siempre extintivo de obligaciones. Y, menos todavía que se reduzca a eso.

En la tradición jurídica de la que procedemos, la transacción se consideró contrato y es difícil determinar quién pudo ejercer influencia sobre Vélez para no decirlo así, aunque tampoco sea arriesgado señalar que, como en muchas otras ocasiones, pudo ser Freitas.

Biondi (*Instituzione de Diritto Romano*, Milán, 1936, p. 503), al tratar de los *contratos innominados*, colocaba la transacción junto con la permuta, el *aestimatum* y el precario. Dice Biondi que la transacción es una convención por medio de la cual las partes, frente a una situación jurídicamente incierta y mediante atribuciones o renunciaciones recíprocas, regulan sus propias relaciones y lo hacen de un modo que pone fin a la litis iniciada o evita que ésta pueda surgir. Según Biondi, en el Derecho clásico, la transacción no era un acto típico, sino solamente una causa de una serie de actos abstractos como la *mancipatio* o *stipulatio*. Las partes hacen entre ellas transferencias o asumen compromisos con el fin mencionado.

La transacción podía ser también el resultado de un simple pacto, si bien en este caso sólo derivaba de ella una *exceptio pacti*, que nace como podría nacer de cualquier otro nudo-pacto, a menos que deba reclamarse a través de un *iudicium bonae fidei*. Este pacto de transacción adoptó su propia fisonomía y fue contemplado especialmente por la legislación como ocurre por ejemplo en materia hereditaria (D. 2,15,3, pr.) o en materia de alimentos (D. ibid. 8). En la época post-clásica fue sometido a una fórmula especial hasta que en el Derecho justiniano con la concesión de la *actio praescriptis verbis* se lo encuadró de lleno entre los contratos innominados.

Un autor italiano, Generoso Melillo, en un extenso trabajo publicado en la “Enciclopedia del *Diritto*”, puso de relieve hasta qué punto, al dibujar la transacción como una figura autónoma de negocio jurídico, se creó entre los tratadistas del Derecho común un problema de solución muy difícil y cuyas raíces no aparecen tampoco con perfecta claridad. Puede ser una de ellas que el término *transactio* no aparezca en la legislación romana antes de la primera mitad del siglo II. Y puede ser también la escasez de las fuentes y la ambigüedad del instituto, que, como hemos dicho ya, se presenta en la zona amplia y con frecuencia indeterminada de los pactos y de los contratos atípicos llamados también *sine nomine*, del mismo modo que se ha puesto de relieve, el hecho de que la referencia al instituto plural (*transactiones*), se hizo reflejando de este modo la pluralidad de formas que adoptó en relación con las diversas finalidades a las que se pudo dirigir. A todo ello se puede añadir que los textos que aparecen en la Compilación son en muy buena medida fraccionarios. Digesto 2 versa específicamente sobre lo que nosotros llamaríamos hoy materias procesales y, dentro de él, aparece un Título XV que versa “Sobre las transacciones”. El resto del tratamiento de la materia hay que ir a buscarlo a una serie de pasajes heterogéneos con escasa unidad y a constituciones imperiales referidas en ellos, lo que parece demostrar su falta de unidad, hasta el punto de que puede decirse que la construcción moderna debió ser inicialmente obra de juristas prácticos del derecho común entre los cuales se suele citar el libro de Manuel Román Valerón.

2. De lo dicho anteriormente se desprende que otorgamos una importancia muy especial al hecho de que en el art. 832 y en la colocación sistemática de la figura se omita cualquier referencia a la consideración de la transacción como contrato, pues, en efecto, el precepto legal citado

dice de ella que es “un acto jurídico bilateral”. Se rompe de esta manera una muy larga tradición jurídica, que, al principio de estas líneas hemos encontrado de acuerdo con Biondi en las consideraciones de los juristas del Derecho clásico, que después fue recibido por los códigos cuando la transacción pasó a ellos como institución. Esa consideración de la transacción como un contrato apareció en el Código Civil francés en el art. 2044 que dijo expresamente que: “la transacción es un *contrato* por el cual las partes ponen fin a una controversia ya nacida o a una controversia pendiente de nacimiento”.

Este precepto contrasta y al mismo tiempo forma pareja con el correlativo art. 2052 de acuerdo con el cual: “las transacciones tienen entre las partes la autoridad de cosa juzgada”. Las mismas líneas que el Código Civil francés siguió el Código Civil español y no hay una clara explicación en las notas de Vélez de porqué esa línea tradicional se quiebra. Resulta difícil pensar, al regular los arts. 832 y ss., que se rompa la concepción que se venía teniendo de la figura del contrato, aunque nosotros podemos admitir, que, en rigor, parecen coexistir dos concepciones diferentes. Para una el contrato es siempre generador de obligaciones entre las partes entendiendo obligaciones como relaciones obligatorias, mientras que para otra contrato es una estructura abstracta, aunque, por supuesto, está presuponiendo la libertad y la voluntariedad de aquello que se realiza, que hay que definir de acuerdo con la función que cumpla. Esto es importante, en efecto, a la hora de explicar porqué se dota a las transacciones de la autoridad de la cosa juzgada. Hay que reconocer que al dotar a la transacción de la autoridad de la cosa juzgada los códigos quisieron hacer algo más que reconocer la obligatoriedad de los contratos o la regla según la cual los contratos son ley para las partes contratantes. Puede querer decir que la ley enlaza con la transacción como hecho todas las consecuencias que atribuye a los títulos de los que surge la cosa juzgada, (por ej: sentencias, laudos arbitrales, etc.), que comprende no sólo la obligatoriedad de cumplir lo pactado, sino también la imposibilidad de formular con posterioridad pretensiones que contravengan lo estatuido.

Es verdad que en el Código Civil argentino y en la glosa de Vélez la idea de que la transacción se separa en cierto modo de los contratos aparece corregida y reequilibrado por la regla contenida en el art. 833. De acuerdo con este art.: “son aplicables a las transacciones todas las disposiciones sobre contratos respecto a la capacidad de contratar, al objeto, modo, forma, prueba y nulidad de los contratos, con las excepciones y modificaciones contenidas en este título”.

Podría pensarse que con la transacción, las partes, de común acuerdo, tratan de crear un título dotado de la eficacia de cosa juzgada e inmune a pretensiones posteriores que lo contravengan. En términos generales, puede decirse, trayendo a colación la idea, cara a los procesalistas, de que existen dos variantes de la composición de las controversias, la auto y la hetero-composición y que la transacción es la forma primaria de la autocomposición, que en ella las partes han tratado de dictar en su asunto su propia sentencia, que ha nacido de su libre voluntad y de su autonomía privada, pero que no deja por ello de ser una sentencia.

La cuestión que estamos suscitando guarda una muy estrecha relación con el problema de la impugnabilidad (pretensiones de nulidad o rescisión) de las transacciones que, según los códigos, se produce por diferentes causas. En el art. 859 del Código Civil argentino se permite que la transacción pueda ser rescindida por el descubrimiento de documentos de que no se tuvo conocimiento al tiempo de hacerla, cuando resulta de ello que una de las partes no tenía ningún derecho sobre el objeto litigioso, con un precepto similar al que en el Código Civil español contiene el art. 1818 cuando dice que: “el descubrimiento de nuevos documentos no es causa para anular o rescindir la transacción, si no ha habido mala fe”. Comoquiera que se admite con carácter general la aplicación de las reglas de los contratos, para explicar las impugnaciones, bien sean de nulidad o de rescisión, si tal distinción es rigurosa, no hay más remedio que atribuir la posibilidad de impugnación a supuestos de hecho de impugnación como los vicios de la voluntad. Por ejemplo: el descubrimiento de nuevos documentos se relaciona con los llamados vicios de la voluntad contractual, que es lo que hace entre nosotros M. Albaladejo. Sin embargo quizás haya alguna otra manera de enfrentarse a los preceptos legales citados, de manera que no se esté estrictamente aplicando lo que en el Código Civil argentino dispone el art. 857: “las transacciones hechas por error, dolo, miedo, violencia o falsedad de documentos, son nulas o pueden ser anuladas en los casos en que pueden serlo los contratos que tengan estos vicios”. Al comentar el art. 857, la nota de Vélez dice que muchos jurisconsultos, sin desconocer el principio del precepto, ponen otro a su lado, a saber que las transacciones son como las cosas juzgadas, respecto de los objetos sobre los que versan y que así sólo pueden ser anuladas en los casos en que pueden serlo las sentencias basadas en cosa juzgada. Aunque Vélez atribuye esta opinión a “muchos jurisconsultos”, le parece una exageración, producto de una simple paridad de la cosa

juzgada con la transacción, paridad -dice- inexacta o que tiene muchas excepciones, como se ha advertido ya. Pero la duda puede subsistir porque especialmente en el caso del descubrimiento de nuevos documentos el problema no estriba tanto en que con los anteriores conocidos se haya podido crear un estado de error cuanto en el hecho de que sólo en casos muy contados se permite por el descubrimiento de nuevos documentos la rescisión de las sentencias firmes.

3. Una de las cuestiones recurrentes en materia de transacción es la que consiste en decidir si la transacción requiere un litigio entre las partes (una *res litigiosa*) o basta una cosa que se halle en duda (una *res dubia*).

En la rúbrica de la causa de la transacción hay huellas de los tratamientos, que la materia ha ido recibiendo durante muchos años. En 1964, en el Derecho español la analizó A. Gullón Ballesteros (La transacción, Madrid, 1964) y era por entonces, un tema recurrente entre los civilistas italianos. Había también de ella manifiestas huellas en los textos antiguos. Así, en Digesto 38, 17, 1 se dice que: “el que transige lo hace sobre una cosa que se halla en *duda* y sobre un litigio incierto y no concluido, mientras que el que pacta concede por liberalidad una cosa cierta e indiscutible”. En el Código Civil español el art. 1809 coloca el centro de gravedad en la idea de *pleito*: “evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado”. Pleito es seguramente palabra equívoca, pero, en nuestra lengua, denota la existencia de un litigio. Menos claro es el Código Civil francés que se limita a hablar, genéricamente de “contestación”: el art. 2044 dice que: “la transacción es un contrato por el que las partes ponen fin a una contestación nacida entre ellas o que impide la contestación que en lo sucesivo pueda nacer”. Convendrá detenerse, aunque sea un momento, en este punto.

Se dice que algo es una *res dubia* cuando se mueve dentro de un marco de incertidumbre, porque las declaraciones de voluntad de las partes han sido ambiguas o confusas o porque no hay perfecto acuerdo sobre la secuencia o la sucesión de los hechos. En cambio, se dice de algo que es una *res litigiosa* cuando, con independencia del modo de su originación, se ha dado ya lugar a un litigio. El litigio puede haber sido movido por una *res* que antes fue *dubia* o pudo haber nacido por otros motivos. La idea clave es la de litigio. En nuestra opinión, por litigio hay que entender la situación que se crea cuando entre las partes no sólo existe una controversia económica, sino que también hay una disputa sobre cuál de las posiciones encon-

tradas tiene a su favor una tutela jurídica. Las partes discrepan sobre lo que quieren, pero discrepan también sobre cuál de las dos posiciones tiene apoyo en las reglas del ordenamiento jurídico.

Inicialmente tendríamos que entender, probablemente, que si pensamos, como apuntamos más arriba, en la transacción como una sentencia recaída por virtud de una autocomposición autónoma realizada por las partes mismas, habría que deducir de ello que sólo cabe transacción respecto de los mismos asuntos que podrían quedar sometidos a la decisión de un juez, que es donde los dos componentes anteriormente mencionados, controversia y debate sobre la tutela jurídica, parecen más claros. En cambio, no estaríamos en este caso si lo que se podría pedir al juez y se transige es lo mismo que se pediría a un simple arbitrador. Históricamente la cuestión se ha zanjado admitiendo la transacción sobre la *res dubia*, lo que es una vía para favorecer esta forma de terminación de los conflictos que quedaría obturada y recibiría especiales dosis de complejidad si la solución fuera otra. Entre nosotros, la tesis que identifica la cosa transigida con una *res dubia* parece haber influido decisivamente en la STS de 15 de marzo de 2002 que establecía una estrecha analogía entre transacción y *res dubia* y entre transacción y contrato de fijación.

Si las partes están dispuestas a hacer cierta la *res dubia* mediante recíprocas concesiones no hay ninguna razón de fondo para impedirselo y los objetivos propuestos parecen justos y razonables. Con ello sin embargo no quedan resueltos todos los puntos discutidos. Silvia Tamayo ha explicado que entre los que apoyan la tesis de la *res dubia* hay una clara división que separa a los que defienden una concepción subjetiva y los que defienden una concepción objetiva de la misma. De esta suerte, si las dudas hacen referencia a la relación jurídica que liga a las partes o a los derechos que las partes tienen, la incertidumbre será objetiva. En cambio cuando lo que prima es la opinión que las propias partes tienen sobre el alcance de sus derechos y se puede hablar de una concepción subjetiva.

La autora antes citada señala, con acierto, que ninguna de las dos posiciones referidas tiene un fundamento claro en el Derecho positivo y que sus sostenedores lo justifican con base en razones que son de orden histórico. Finalmente, la doctrina ha preferido decantarse por la idea de que basta una incertidumbre subjetiva, aunque objetivamente no mereciera esa concepción, de suerte que la idea vuelve a ser la misma que sitúa el favorecimiento de las transacciones en el fomento de las vías de terminación de los conflictos.

Las ideas expuestas explican, por lo menos en parte, la referencia a la materia que hay en el art. 832 del Código Civil argentino, pues, como hemos dicho ya varias veces, la transacción se define como un acto jurídico bilateral, por el que las partes haciéndose *concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas*, de donde parece que puede deducirse la equivalencia entre la transacción sobre la *res dubia* y la transacción sobre la *res litigiosa*. Vélez anota que las disposiciones de los códigos de Austria y de Prusia sobre la necesidad de concesiones recíprocas y de derechos contestados, confirman la definición. Según Vélez, el primero de los códigos citados, esto es el austríaco, disponía que: “la remisión de un derechoart. 1litigioso o dudoso hecha al obligado constituye una donación”; y el de Prusia añadía que: “las transacciones sobre derechos no contestados, han de ser miradas como renunciias”.art. 1

4. Para tratar de ir cerrando estas reflexiones (someras, como no podía ser de otro modo), resulta preciso introducirse en un tema que algunos autores han considerado como decisivo para calibrar la transacción como institución jurídica. Me refiero al llamado problema de la transacción sobre una litis temeraria, que fue un tema recurrente en la doctrina jurídica italiana y con la que un civilista de tanto peso como A. Gullón abría, con una gran penetración, su *estudio de la transacción*”, pensando que era una especie de banco de pruebas en el que ensayar la corrección de los puntos de vista en otro sentido mantenidos. La hipótesis es obviamente la de un sujeto cualquiera, que organiza, conscientemente, una litis temeraria frente a otro sujeto y luego trata de favorecer una transacción y lo consigue.

Será difícil discutir que en la posible impugnabilidad de este tipo de transacción existen sobre todo razones éticas que tratan de impedir que un litigante temerario, que mantiene sus pretensiones aún a sabiendas de que existe falta de base para ello, al empujar a la otra parte a la transacción, aprovechándose de la situación creada, realiza un acto que no merece la mejor de las valoraciones posibles. Sin embargo, por el camino nos encontramos con cuestiones a las que no resulta fácil dar respuesta. No es difícil señalar que una litis es temeraria cuando el que la promueve lo hace no obstante la falta de base que sus pretensiones merecían. Hay que decir, de pasada, que aquí nos encontramos ante el litigio correctamente conceptualizado porque en él no hay sólo un choque de pretensiones, sino también de pretensiones respecto de la tutela jurídica. Lo que pasa

es que no resulta fácil dilucidar qué tipos de reglas viola el que organiza una litis temeraria. Hay, probablemente, que recordar que en la tradición del Derecho procesal de los países occidentales la condena en costas venía a sancionar con una indemnización de daños y perjuicios a los que habían incidido en “temeridad” por entender que la temeridad se encuentra incurso en el art. 1902 del Código Civil y que con ella se causa un daño interviniendo culpa o negligencia, de manera que se puede afirmar, según parece, que la temeridad es una falta de diligencia. Sin embargo, esto dicho, tampoco es clara la razón por la cual se puede permitir la impugnación de la transacción sobre la litis temeraria. Se puede pensar que en los casos contemplados existe un supuesto de falta de causa, (lo que equivaldría a establecer un paralelo entre la litis temeraria y la litis inexistente) o de ilicitud de la causa por resultar inadmisibles otorgar al temerario el valor de la transacción. Se trata de un problema que no ha recibido una solución categórica en los códigos, aunque se señale que el Código Civil italiano de 1942 vino a romper el silencio de la legislación anterior y en él, el art. 1971 dice de manera categórica que: “si una de las partes conocía la temeridad de su pretensión, la otra puede pedir la nulidad de la transacción”.

Los comentaristas del precepto citado parecen concordes en la idea de que los autores del código de 1942 quisieron poner fin a una disputa escolar que había agitado, como ellos dicen, a los autores italianos durante muchos años. Paolo D’Onofrio (en el *Comentario del Codice Civile* de Antonio Scialoja y Giuseppe Branca), señala que la doctrina se había dividido en tres corrientes distintas, una primera que exigía la incertidumbre objetiva, una segunda que exigía la incertidumbre subjetiva y una tercera -sin duda la menos seguida- que postulaba ambas. Los que se contentaban con la incertidumbre objetiva, colocados ante la hipótesis de la litis temeraria admitían en principio la transigibilidad, aunque algunos, permitían la impugnación en el caso de que el litigante supiese que no tenía ningún derecho y lo supiese además en base a elementos de hecho desconocidos para la contraparte. Entre los que afirmaban la intransigibilidad de la litis temeraria algunos invocaban el vicio del consentimiento y otros, entre los que se encontraba Carnelutti, invocaban la ilicitud de la causa, porque siendo considerada por la ley ilícita la litis temeraria “asegurarse una ventaja mediante la composición contractual de la litis temeraria debe considerarse como algo fundado en una como causa contraria a la ley”.

La misma tesis fue sostenida por otros muchos comentaristas, entre los cuales puede citarse de una manera especial a Pietro Perlingieri (*Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*).

La situación actual se encuentra claramente expuesta en el Comentario de Alpa. Dicen los comentaristas en este comentario que según la opinión mayoritaria el art. 1971 contempla una hipótesis especial de *dolo*, porque se considera que la conciencia de la temeridad de la pretensión constituye un caso típico de dolo ya que en definitiva al dolo hay que reconducir la hipótesis de la conciencia del carácter infundado de la pretensión y el conocimiento de la temeridad de la propia pretensión. En cambio, rechazan este planteamiento los que consideran decisiva, en sentido contrario la formulación de la disposición que se examina la cual, al no hacer ninguna referencia a las posiciones subjetivas de la contraparte temeraria atestiguaría que la anulabilidad, no se plantea como un remedio de art. 1 un vicio de la voluntad, sino como una violación de un deber de buena fe y en este sentido se pronuncia la jurisprudencia italiana que entiende que la anulación de la transacción no puede ser reclamada por quien conocía la temeridad de la pretensión ajena en el momento del arreglo transaccional.

A ello se suele añadir que según la opinión dominante la anulación de la transacción fundada en una pretensión temeraria presupone que la pretensión es absoluta y objetivamente infundada con la inevitable consecuencia de que la anulabilidad de la transacción se circunscribe a los casos en que subsista por un lado, la objetiva inexistencia del derecho y, por el otro, el conocimiento de la temeridad, aunque no pueda configurarse una pretensión temeraria si el conocimiento no se refiere a la inexistencia de derechos, sino a la discrepancia, por muy notable que sea, entre la pretensión y la real consistencia de la misma.

En el Derecho español la solución contraria parece tener mayor peso. El art. 1727 del Proyecto de 1851 introdujo el concepto de “temeridad”, pero lo hizo para condicionar el efecto de la impugnación por error, dolo, violencia o falsedad de documentos que con carácter general el precepto admite. Sin embargo, el párrafo segundo del art. 1727 en el Proyecto, ordenaba la irrelevancia del error de hecho (no podrá una de las partes oponer a la otra el error de hecho) si este otro se había apartado en virtud de la transacción de un pleito ya comenzado o había desistido de intentarlo, si podía hacerlo *sin temeridad*. Es verdad que el Proyecto dejó muy en la penumbra esta idea de temeridad y como funcionaba. Sin embargo Gullón ha dado especial importancia al hecho de que la “temeridad” del art. 1727 del Proyecto haya desaparecido en el Código, donde el tema de la posible alegación del error de hecho aparece ahora en el art. 1817 que

ya no menciona la temeridad. Ello se considera normalmente como argumento bastante para mantener, en términos de Derecho positivo, la validez de la transacción sobre una litis temeraria.

5. El planteamiento de que hemos dado cuenta en las líneas anteriores ha forzado a la doctrina a tratar de precisar el concepto de temeridad. Bajo el imperio del Código de 1865 los autores y la jurisprudencia configuraban la litis temeraria como un estado de conciencia del ilícito que se cometía o como la posición del litigante que intentaba arrancar al magistrado una sentencia ilegal e injusta, de manera que la temeridad es la conciencia del injusto o del ilícito que se comete. En cambio el código del procedimiento civil obligaba al resarcimiento de daños al litigante que hubiera actuado con mala fe y culpa grave y en ciertos aspectos particulares siempre que hubiera actuado sin la normal prudencia, de manera que la impresión que se tiene -dice D'Onofrio- es que al concepto unitario de la regulación referente a la mala fe que se había inspirado en la legislación anterior la había sustituido una tricotomía en la que se colocaban el dolo (que se corresponde con la antigua temeridad) la culpa grave y la culpa leve, lo que obliga a tratar de dilucidar si la litis temeraria del art. 1971 se corresponde sólo con la primera o con todas las figuras mencionadas.

La excursión que hemos tratado de realizar a través de los comentaristas italianos pone de manifiesto el origen particular del art. 1971 y el deseo de los autores del código de 1942 de zanjar lo que ha venido siendo (y nunca dejará de ser) un debate doctrinal. No tiene por tanto nada de extraño que Vélez Sársfield que trabajó ochenta años antes y era un gran conocedor de la doctrina de origen francés no contenga respecto del tema aludido ninguna referencia especial.

Hay, sin embargo, otro precepto en el que debemos parar la atención. Me refiero, en el Código Civil español, al art. 1818: "el descubrimiento de nuevos documentos no es causa para anular o rescindir la transacción si no ha habido *mala fe*".

El punto de partida del art. 1818 es que después de celebrada la transacción se descubren nuevos documentos. Pueden ser documentos cuya existencia se ignoraba o documentos retenidos en algún punto por malas artes de alguna de las partes. Se tiene que tratar por hipótesis de documentos que arrojan nueva luz sobre el litigio y que proporcionan

una nueva información. De esta suerte, con los nuevos documentos tanto el pleito como la transacción pueden ser mirados con ojos más optimistas o más pesimistas.

El precepto sólo otorga relevancia al descubrimiento de nuevos documentos en el caso de que haya habido mala fe. La posible existencia o relación entre el art. 1818 y la litis temeraria ha sido puesta de relieve por algunos autores. El problema es que el código habla de mala fe, pero no nos aclara en qué puede ésta haber consistido, aunque podemos admitir que mala fe es colaborar en la ocultación o retención de los documentos, por tanto, en impedir que llegaran a conocimiento de la otra parte con un comportamiento que supone una violación de los deberes de lealtad.

Podemos suponer también que la mala fe tiñe el comportamiento de aquél, frente a quien la impugnación de la transacción se pretende. Mas todo esto dicho se comprende que el grado de relación de la mala fe del art. 1818 y la litis temeraria no es en ningún caso extraordinario.

LA PRESCRIPCIÓN LIBERATORIA

(un régimen complejo que necesita ser reformado)

ALEJANDRO BORDA

Sumario: 1. Introducción. 2. Noción y fundamento. 3. La confusa multiplicidad de plazos. 4. El impacto de la reforma a la ley 24.240 y los problemas que plantea. 5. La necesidad de encarar una reforma integral.

1. Introducción

Inmerecidamente he sido honrado con la invitación a participar en este homenaje a don Luis Moisset de Espanés, con motivo de cumplir sus primeros ochenta años de vida ¹.

Probablemente, haya pesado al momento de invitarme el hecho de que los organizadores sepan del profundo afecto que siento por el Prof. Moisset de Espanés y el que él me ha sabido dar. Lo he dicho muchas veces -pero es necesario expresarlo nuevamente- que cuando murió mi padre, una de las personas que sentí más cerca mío fue el querido profesor cordobés, quien me envió varios correos electrónicos rememorando anécdotas vividas con mi padre, llenas de humor y sensibilidad, que me ayudaron a mitigar su ausencia.

Una vez más, Luis ¡muchas gracias!

Me parece oportuno abordar en esta ocasión, uno de los tantos temas que ha despertado la atención del Prof. Moisset: el de la prescripción

¹ Así se titulaba el libro de otro académico cordobés (en este caso de Historia) y ex gobernador de la provincia, don Ramón J. Cárcano, en el que hacía una semblanza de su padre.

liberatoria². Y digo que es oportuno, pues estoy persuadido, por las razones que desarrollaré seguidamente, de la imprescindible necesidad de encarar una revisión legislativa de este instituto.

2. Noción y fundamento

a) La prescripción liberatoria ha sido definida por López Herrera como el hecho jurídico complejo que actúa como medio de extinción de la acción para reclamar un derecho, motivado por la inacción de las partes interesadas, durante el tiempo determinado por la ley, que deja no obstante subsistente una obligación natural³.

Como se advierte, no se extingue verdaderamente una obligación, pues subsiste como obligación natural⁴. Estamos, por tanto, frente a una obligación que no es exigible, debido a la consideración que la ley hace del paso del tiempo.

b) Es necesario señalar que el mero transcurso del tiempo es insuficiente para frenar el derecho del acreedor de la obligación, porque es necesario que el deudor oponga la prescripción ya sea como excepción, tal como lo dispone de manera expresa el art. 3949 del Código Civil, ya sea como acción, pues nada obsta a que el deudor -en aras a obtener definitivamente su liberación- promueva la pertinente demanda⁵.

Por otra parte, si bien el art. 4017 del Código Civil dispone que por el sólo silencio o inacción del acreedor, por el tiempo designado por la ley, queda el deudor libre de toda obligación, lo verdaderamente relevante es que exista silencio o inacción de ambos sujetos de la relación obligatoria, pues como bien apunta nuestro homenajeado, si existiesen manifestaciones del deudor tendientes a reconocer la existencia del vín-

² El tema lo ha tratado en infinidad de oportunidades, pero lo ha sistematizado y profundizado en Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Prescripción*, Córdoba, Advocatus, 2004.

³ Edgardo LÓPEZ HERRERA, *Tratado de la prescripción liberatoria*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, ps. 16/7.

⁴ Conf. MOISSET DE ESPANÉS, *Prescripción*, p. 20.

⁵ Conf. MOISSET DE ESPANÉS, *Prescripción*, p. 21.

culo jurídico, no puede operar la prescripción ya que tales reconocimientos tienen efectos interruptivos ⁶.

En el derecho alemán se ha invocado la *verwirkung* ⁷ como fundamento para sancionar como inadmisibles a la excepción de prescripción opuesta en forma abusiva; así ocurre, por ejemplo, cuando dicha excepción es esgrimida por un deudor que ha impedido a su acreedor que hiciera valer oportunamente sus derechos dando lugar a la prescripción sobreviviente (tal el caso de la petición formulada por el deudor de que se le conceda un plazo con la promesa simultánea de cumplimiento puntual) ⁸. La jurisprudencia alemana, por su parte, ha considerado inadmisibles la excepción de prescripción opuesta cuando quien la ha ejercido ha actuado dolosamente: ello es así, debido a que el dolo es condenado simplemente en base a un *venire contra factum proprium* ⁹. En la actualidad, tales acciones del deudor, bien pueden ser consideradas como negociaciones pendientes, en cuyo caso se suspende la prescripción hasta que una u otra parte se negare a continuarlas (art. 203, BGB).

Resulta más clara la solución propiciada por el Maestro Moisset y que hemos dado antes; esto es, que la interrupción del plazo de prescripción puede suceder por actos del mismo deudor. Por lo demás, es evidente que si el acreedor no ha interrumpido el plazo de prescripción como consecuencia de la acción dolosa del deudor, la pretensión de este último de liberarse debe ser rechazada con base en su propio dolo. Es el dolo, el ardid, el engaño, lo que se sanciona, porque nadie puede valerse de dichos medios para adquirir un derecho (arts. 931/35 C. C.) ¹⁰.

⁶ MOISSET DE ESPANÉS, *Prescripción*, p. 23.

⁷ La *verwirkung* ha sido definida como la paralización del ejercicio de un derecho con el fin de ampliar y rectificar los formalistas y esquemáticos plazos de prescripción por medio de un idóneo instituto jurídico de propia creación que pueda adaptarse a la situación concreta de cada caso (José Luis DE LOS MOZOS, *El principio general de la buena fe, sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español*, N° 37 b), Bosch Casa Editorial, 1965.

⁸ GUSTAV BOEHMER, *El derecho a través de la jurisprudencia, su aplicación y creación*, Bosch Casa Editorial, 1959, p. 270.

⁹ Véase BOEHMER, *El derecho a través de la jurisprudencia, su aplicación y creación*, p. 272.

¹⁰ Así lo sostuve en Alejandro BORDA, *La teoría de los actos propios*, N° 50, Ed. LexisNexis Abeledo-Perrot, 4ª edición.

c) El fundamento de la prescripción está en el orden público y en el interés social ¹¹. Es necesario, para brindar seguridad jurídica, dar certeza a las situaciones jurídicas de los sujetos implicados. Como se ha dicho, “el abandono prolongado de los derechos crea la incertidumbre, la inestabilidad, la falta de certeza en las relaciones entre los hombres” ¹². El paso del tiempo dificulta, por otra parte, conservar la prueba de las excepciones que el deudor tenga ¹³, o lo obligaría a guardar recibos y documentos eternamente ¹⁴. Es necesario que las situaciones potencialmente conflictivas se terminen.

Incluso, desde la óptica del análisis económico del derecho, puede advertirse que existen razones de esta índole para justificar la prescripción. Apunta López Herrera que la prescripción permite ahorrar costos (como los de conservación de documentos e información, o los de investigación sobre antecedentes dominiales, o los de seguros), acota el riesgo (solo existe por el plazo no prescripto), y disminuye la litigiosidad ¹⁵.

3. La confusa multiplicidad de plazos

a) Si se acepta que el fundamento de la prescripción liberatoria se encuentra en la seguridad jurídica, en que existe un interés social en que las relaciones jurídicas adquieran certeza, parece indudable que las normas que gobiernan nuestro instituto deben ser simples, no tanto en lo que se refiere al lenguaje -lo que considero debe ser una aspiración de toda ley-, sino sobre todo en lo que respecta a los plazos que se fijen para establecer la prescripción de los derechos.

Nuestra legislación exhibe tal multiplicidad de plazos que no solamente no responden a cuestiones de fondo que justifiquen esa diversidad, sino que impiden al hombre común saber con certeza cuando su derecho

¹¹ Conf. MOISSET DE ESPANÉS, *Prescripción*, p. 24.

¹² Guillermo A. BORDA, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 9ª ed. actualizada por Alejandro Borda, Buenos Aires, La Ley, t. II, N° 1000.

¹³ Conf. BORDA, *Tratado... Obligaciones*, t. II, N° 1000.

¹⁴ Conf. MOISSET DE ESPANÉS, *Prescripción*, p. 24.

¹⁵ LÓPEZ HERRERA, *Tratado de la prescripción liberatoria*, p. 38.

pierde su exigibilidad. Y así las cosas, a la dudosa seguridad jurídica que el régimen presenta, se añade una clara afectación del supremo valor de la justicia que se aspira a respetar.

b) La ley argentina prevé un plazo ordinario de prescripción liberatoria de las obligaciones, que ha sido fijado en diez años (art. 4023 C.C.; art. 846, Cód. de Comercio). Pero al lado de este plazo ordinario, se han establecido otros muy diversos plazos, que oscilan entre tres meses y veinte años, que ponen en evidencia la existencia de un sistema verdaderamente caótico.

Veamos este sistema, aun a riesgo de incurrir en omisiones, omisiones estas que solo vienen a justificar lo que vengo diciendo.

b.1) A los veinte años prescribe la acción para pedir la restitución de la prenda dada en seguridad de un crédito después de hecho el pago (art. 4021 C.C.).

b.2) A los cinco años prescriben las siguientes acciones:

(i) Para exigir el pago de los atrasos de pensiones alimenticias, de los arriendos y de todo lo que deba pagarse por períodos anuales o inferiores (art. 4027 C.C.), entre los que debe mencionarse a los intereses -siempre que se paguen por años o plazos periódicos más cortos¹⁶- y a los impuestos¹⁷ y tasas, por la importancia que ellos tienen¹⁸. Este plazo, sin embar-

¹⁶ Conf. MOISSET DE ESPANÉS, *Prescripción*, p. 85.

¹⁷ La Corte Suprema se pronunció claramente en este sentido cuando hizo lugar al recurso extraordinario interpuesto contra una sentencia que había rechazado la excepción de prescripción opuesta por la deudora con relación a acreencias por tributos municipales, pues, se afirmó, la sentencia impugnada se pronunció por la validez de la norma provincial -decreto 6769/58, ley orgánica de municipalidades de la Provincia de Buenos Aires-, cuestionada oportunamente por ser contraria al art. 4027 del Código Civil y violatoria, por ende, del art. 75, inc. 12 de la Constitución (Corte Suprema, 26/3/09, “Casa Casmma S.R.L. s/conc. prev. s/inc. de verif. tardía prom. por: Municipalidad de La Matanza”, D.J. t. 2009, p. 1252; J.A. t. 2009-II, suplemento del fasc. N° 9, p. 89, L.L. fallo N° 113.571). Con este fallo, La Corte Suprema mantuvo la interpretación que ya había dado, con otra composición, algunos años antes en “Filcrosa S.A. s/ quiebra s/ incidente de verificación de Municipalidad de Avellaneda”, el 30/9/03 (E.D. fallo N° 52.411; L.L. fallo N° 107.554).

¹⁸ Sin embargo, la Corte Suprema ha resuelto que en los casos en que se persigue la repetición de sumas pagadas a una provincia por impuestos que se tachan de inconsti-

go, no abarca los créditos derivados de sueldos y salarios, los que prescriben a los dos años (art. 256, ley de contrato de trabajo)¹⁹, ni tampoco las prestaciones jubilatorias que, como regla, son imprescriptibles (art. 14, inc. 5, ley 24.241). Asimismo, cuando se trata del pago de capital, fraccionado en cuotas, se afirma que la prescripción es decenal²⁰.

(ii) Para exigir el arreglo de la cuenta corriente mercantil, el pago de su saldo o la rectificación de la cuenta por errores (art. 790, Cód. de Comercio).

(iii) Para exigir el pago de los intereses del saldo de la cuenta corriente mercantil (art. 790, Cód. de Comercio). Se advierte acá una coincidencia con el art. 4027, inc. 3, del Código Civil.

(iv) De nulidad o reajuste de los actos celebrados con vicio de lesión (art. 954 C.C.).

(v) Para que el abogado exija el pago de su honorario devengado en pleito no terminado y proseguido por el mismo profesional (art. 4032, inc. 1, párr. 3º C.C.). A esta confusa cuestión me refiero más abajo (punto 3.b.5).

(vi) Emergentes del contrato de aparcería (art. 28, ley 13.246).

(vii) Del expropiado para exigir el pago de la indemnización (art. 31, ley 21.499).

tucionales, es de aplicación el plazo decenal de prescripción establecido por el art. 4023 C.C., pues, las normas locales deben adecuarse a las leyes sustantivas dictadas por el Congreso Nacional y no pueden derogarlas sin violentar las facultades exclusivas de la Nación en una materia -como es, en general, los aspectos substanciales de las relaciones entre acreedores y deudores y, en especial, los diversos modos por los cuales, como en el caso de la prescripción liberatoria, se extinguen dichas relaciones creditorias- que le es privativa por estar reconocida en la categoría de legislación común que prevé el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional (Corte Suprema, 6/10/09, "Bruno, Juan Carlos c/ Provincia de Buenos Aires", D.J. t. 2010, p. 61).

¹⁹ Los salarios de los empleados públicos, a falta de una disposición específica, se rigen por lo dispuesto en el art. 4027, inc. 3 del Código Civil (conf. MOISSET DE ESPANÉS, *Prescripción*, p. 65; LÓPEZ HERRERA, *Tratado de la prescripción liberatoria*, p. 479; Federico CHINCHILLA, "Notas sobre la prescripción en el derecho administrativo", en LÓPEZ HERRERA, *Tratado de la prescripción liberatoria*, p. 876, con cita de coincidente jurisprudencia de los superiores tribunales de las provincias de Buenos Aires, Córdoba y Mendoza).

²⁰ Conf. BORDA, *Tratado ... Obligaciones*, t. II, Nº 1094; MOISSET DE ESPANÉS, *Prescripción*, p. 85.

(viii) De impugnación de la valuación de los aportes en especie por parte de terceros, en los casos de insolvencia o quiebra de la sociedad (art. 51, ley 19.550).

(ix) De cobro de impuestos iniciadas contra contribuyentes inscriptos, contribuyentes no inscriptos sin obligación legal de inscribirse y contribuyentes no inscriptos pero con obligación de inscribirse, que regularicen su situación espontáneamente (art. 56, ley 11.683). La norma citada fija el mismo plazo para la prescripción de la acción de repetición de impuestos.

b.3) A los cuatro años prescriben las acciones:

(i) Para que los herederos pidan la reducción de la porción asignada a uno de los coherederos (art. 4028 C.C.).

(ii) Para exigir el pago de las deudas justificadas por cuentas de ventas aceptadas, liquidadas o que se presumen liquidadas (art. 847, inc. 1, Cód. de Comercio).

(iii) Para exigir el pago de los intereses del capital dado en mutuo comercial y todo lo que se deba pagar por años o por períodos más cortos (art. 847, inc. 2, Cód. de Comercio). Se advierte aquí una seria discordancia entre los regímenes mercantil y civil (art. 4027 C.C.), que solo puede generar confusión.

(iv) De nulidad o rescisión de un acto jurídico comercial, siempre que en el mismo código o en leyes especiales no se fije un plazo más corto (art. 847, inc. 3, Cód. de Comercio).

b.4) A los tres años prescriben las acciones:

(i) Que se deriven del contrato de sociedad y de las operaciones sociales (art. 848, Cód. de Comercio).

(ii) Que procedan de cualquier documento endosable o al portador (art. 848, Cód. de Comercio). A pesar del texto de la norma, ella ha quedado acotada a ciertos títulos valores -como las obligaciones negociables-, pues para las letras de cambio y pagarés y para las facturas de crédito, deberá recurrirse -respectivamente- al decreto ley 5963/63 y a la ley 24.760 que fijan plazos variados de seis meses, uno y tres años, según los casos; y para los cheques rige el art. 61 de la ley 24.452, que establece el plazo de un año.

(iii) Derivadas de las letras hipotecarias (art. 47, ley 24.441).

(iv) De retrocesión en materia expropiatoria (art. 50, ley 21.499).

(v) Cambiarias derivadas del contrato de tarjeta de crédito (art. 47, ley 25.065).

(vi) Emergentes de la ley de defensa del consumidor (art. 50, ley 24.240). La importancia de esta norma me lleva a analizarla en forma particular más adelante (punto 4).

b.5) A los dos años prescriben las acciones:

(i) De nulidad de los actos viciados por violencia, intimidación, dolo, error, falsa causa y simulación (art. 4030 C.C.).

(ii) De nulidad de las obligaciones contraídas por incapaces (art. 4031 C.C.).

(iii) Para exigir el pago de honorarios profesionales de árbitros, conjueces, abogados, procuradores, escribanos, agentes de negocios, médicos, cirujanos, boticarios y demás personas que ejercen el arte de curar (art. 4032 C.C.). Entre estos últimos, cabe incluir a los dentistas, kinesiólogos y masajistas ²¹, a las parteras, veterinarios y psicólogos ²², y a los instrumentistas y anesthesiólogos ²³. Esta norma acarrea infinidad de problemas. Entre otros, cabe señalar la irritante diferencia que consagra entre distintos profesionales liberales, pues quienes no están incluidos en la norma -tales como los arquitectos e ingenieros- gozan del plazo de diez años de la prescripción ordinaria (art. 4023 C.C.). Además, concentrándonos en los abogados, la norma genera confusiones pues ella misma establece, en el tercer párrafo del inciso primero, que en cuanto al pleito no terminado y proseguido por el mismo profesional, el plazo será de cinco años. Y a ello, añádase que es jurisprudencia pacífica que, cuando los honorarios han sido regulados, el plazo de prescripción es de diez años ²⁴.

(iv) Para exigir la reparación de los daños sufridos extracontractualmente (art. 4037 C.C.). Si el daño se ha sufrido por el

²¹ CONF. MOISSET DE ESPANÉS, *Prescripción*, p. 73.

²² Conf. CNCom., Sala E, 30/9/09, “Mazzotti, Horacio Atilio c/ C., R. s/ ordinario”, E.D. fallo N° 56.265.

²³ Conf. LÓPEZ HERRERA, *Tratado de la prescripción liberatoria*, p. 534.

²⁴ Véase BORDA, *Tratado... Obligaciones*, t. II, N° 1108; MOISSET DE ESPANÉS, *Prescripción*, p. 72.

incumplimiento de un contrato, el plazo de prescripción es el ordinario de diez años ²⁵.

(v) Para reclamar el pago de los créditos provenientes de las relaciones de trabajo (art. 256, Ley de Contrato de Trabajo), con lo que se comprende el reclamo del pago -entre otras cuestiones- de salarios, sueldos, preaviso, accidentes de trabajo y despido. Debe señalarse que la ley de Riesgos del Trabajo, en el art. 44, fija el plazo de dos años para las acciones de responsabilidad derivadas de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

(vi) Para procurar el pago de mercaderías fiadas, sin documento escrito (art. 849, Cód. de Comercio).

(vii) Derivadas del contrato de préstamo a la gruesa (art. 850, Cód. de Comercio).

(viii) Para que el corredor demande el pago de su gestión (art. 851, Cód. de Comercio).

(ix) Que derivan del contrato de transporte terrestre, siempre que esté dirigido a algún lugar fuera de nuestro país, pues si fuera dentro de nuestras fronteras el plazo es de un año (art. 855, Cód. de Comercio). No es posible silenciar el interrogante que genera el daño sufrido durante el transporte benévolo, el cual si es considerado un supuesto de responsabilidad aquiliana tendrá el mismo plazo de prescripción de dos años (art. 4037 C.C.), pero si ese transporte es considerado un contrato, el plazo será el ordinario de diez años ²⁶.

(x) Emergentes de un abordaje entre naves, o derivadas de la asistencia o salvamento, o de recuperación de buques, o de hallazgos de efectos náufragos (arts. 370, 385, 398 y 402, la ley de Navegación N° 20.094).

(xi) Derivadas del contrato de hipoteca de buques (art. 513, ley 20.094).

b.6) Al año prescriben las acciones:

²⁵ Conf. BORDA, *Tratado... Obligaciones*, t. II, N° 1124; MOISSET DE ESPANÉS, *Prescripción*, p. 74; LÓPEZ HERRERA, *Tratado de la prescripción liberatoria*, p. 543.

²⁶ Véase LÓPEZ HERRERA, *Tratado de la prescripción liberatoria*, p. 448.

(i) De revocación de los actos celebrados por el deudor en fraude de los derechos de su acreedor (art. 4033 C.C.).

(ii) De revocación de los legados o donaciones por ingratitud (art. 4034 C.C.).

(iii) Para exigir el pago del crédito de los posaderos y fonderos por la comida, habitación, etcétera que hubieran dado (art. 4035, inc. 1 C.C.).

(iv) De los dueños de colegio o casas de pensión y de los maestros, para demandar a sus discípulos el precio de la pensión y el del aprendizaje (art. 4035, inc. 2 C.C.).

(v) De los maestros de ciencias y artes, para demandar el pago de su retribución mensual (art. 4035, inc. 3 C.C.).

(vi) De los mercaderes, tenderos o almaceneros, para exigir el pago del precio de los efectos que venden a otros que no lo son, o que aun siéndolo no hacen el mismo tráfico (art. 4035, inc. 4 C.C.). La aplicación de esta norma presenta un delicado problema de colisión con el art. 849 del Código de Comercio, que fija el plazo de dos años para la prescripción de la acción para demandar el pago de mercaderías fiadas, sin documento escrito ²⁷.

(vii) Para responder al turbado o despojado en la posesión, sobre su manutención o reintegro (art. 4038 C.C.).

(viii) Para demandar los daños derivados de la ruina o total o parcial del edificio (art. 1646 C.C.).

(ix) Que derivan del contrato de transporte terrestre, siempre que hubiera sido realizado dentro de nuestro país, pues si hubiera sido fuera de nuestras fronteras el plazo es de dos años, como ya se ha visto (punto 3.b.5.ix) (art. 855, Cód. de Comercio).

(x) Que derivan del contrato de transporte por vía acuática (arts. 293 y 295, ley n° 20.094). El mismo plazo rige para las acciones que nacen de los contratos de locación de buques, fletamento y remolque-transporte (arts. 226, 240 y 357, ley 20.094).

²⁷ Las diversas soluciones pueden verse en BORDA, *Tratado... Obligaciones*, t. II, N° 1134.

(xi) Derivadas del contrato de transporte aéreo (art. 228, Cód. Aeronáutico).

(xii) Derivadas del contrato de seguro (art. 58, ley n° 17.418).

(xiii) Del portador contra los endosantes y contra el librador de un pagaré o letra de cambio (art. 96, dec. ley 5965/63).

(xiv) Del portador contra el librador, endosante y avalista de un cheque, y de los diversos obligados al pago de un cheque entre sí (art. 61, ley 24.452).

(xv) Para oponerse al uso del nombre comercial (art. 29, ley 22.362).

(xvi) Ejecutiva derivada del contrato de tarjeta de crédito (art. 47, ley 25.065).

b.7) A los seis meses prescriben las acciones:

(i) De los propietarios ribereños para reivindicar los árboles y porciones de terrenos arrancados por las corrientes de los ríos (art. 4039 C.C.).

(ii) Del comprador para rescindir el contrato o pedir la indemnización de la carga o servidumbre no aparente que sufra la cosa comprada, y de la que no se hizo mención en el contrato (art. 4040 C.C.).

(iii) Redhibitoria (art. 473, Cód. de Comercio).

b.8) A los tres meses prescriben las acciones:

(i) Redhibitoria y quanti minoris (art. 4041 C.C.). Como se ha visto precedentemente, el Código de Comercio fija un plazo máximo de seis meses para la misma acción; e, incluso, ambas normas fijan diferentes fechas de inicio para que empiece a correr la prescripción. Estas discordancias son sencillamente inadmisibles.

(ii) Derivada de la promesa incumplida de mutuo oneroso civil (art. 2244 C.C.).

c) A diferencia de lo que acabamos de ver que ocurre en nuestro derecho, se advierte que en el derecho comparado existe un claro proceso de reducción y simplificación de los plazos de prescripción. Buena prueba de ello son las últimas reformas introducidas en los códigos civiles de Alemania en el año 2002 y de Francia, con la ley 2008-561.

c.1) El BGB alemán dispone que el plazo general o común en el que prescriben las obligaciones personales es de tres años (art. 195).

Para las pretensiones de transmisión de propiedad sobre inmuebles, y de constitución, transmisión o cancelación de derechos sobre

inmuebles o la modificación del contenido de esos derechos, y las pretensiones sobre la contraprestación, se fija una plazo de prescripción de diez años (art. 196).

Para las pretensiones de restitución por derecho de propiedad y otros derechos reales, y para las pretensiones sobre derechos familiares y hereditarios, (excepto que se trate de prestaciones periódicas o alimenticias, en las que rige el plazo ordinario de tres años) se fija un plazo de prescripción de treinta años. El mismo plazo de treinta años -excepto que se traten de prestaciones periódicas y vencederas en el futuro, en las que regirá el plazo regular de tres años- se aplica a las pretensiones (i) que tengan calificación de cosa juzgada, (ii) que dimanen de una transacción ejecutiva o de un título ejecutivo, y (iii) que hayan causado ejecutoria mediante declaración recaída en un procedimiento de insolvencia (art. 197).

También prescriben a los treinta años las pretensiones de resarcimiento de daños sufridos por la vulneración del derecho a la vida, lesiones corporales, quebrantamiento del derecho a la salud o la libertad (art. 199, inc. 2).

Las demás pretensiones de resarcimiento de daños prescriben a los diez de su comienzo o a los treinta años del acontecimiento que produce el daño, debiendo considerarse el período que termine primero (art. 199, inc. 3).

c.2) El Código Civil francés, a partir de la reforma del año 2008, ha disminuido sustancialmente el plazo de prescripción ordinario. Antes de la reforma, el plazo para todas las acciones era de treinta años (art. 2262) el que se ha reducido a cinco años para las acciones personales o mobiliarias (art. 2224). En este plazo quedan comprendidas, entonces, todas las acciones personales, excepto que se legisle algún plazo especial, y ello implica que abarca tanto las acciones por daño extracontractual²⁸ como por daño contractual²⁹. Además, debe recordarse que el plazo comienza a correr desde el día en que el titular del derecho conoció o debería haber conocido los hechos que le permiten ejercer la acción (art. 2224); y, por

²⁸ Vale recordar que la reforma derogó el anterior art. 2270-1 que establecía un plazo de diez años para este caso.

²⁹ Conf. Eduardo Carlos MÉNDEZ SIERRA, "Régimen actual de la prescripción liberatoria en Francia", L.L. diario del 22/4/09

tal motivo, se prevé que el aplazamiento del punto de partida, la suspensión o la interrupción de la prescripción no puede tener como efecto llevar el plazo de la prescripción liberatoria más allá de los veinte años contados a partir del día de nacimiento del derecho (art. 2232).

El plazo de prescripción se extiende al término de diez años cuando se pretende reparar daños corporales (art. 2226), y a veinte años cuando el perjuicio ha sido causado por torturas, actos de barbarie, o violencias o agresiones sexuales cometidas contra un menor (art. 2226, 2º párrafo).

También es de diez años el plazo de prescripción en los casos de responsabilidad del constructor para con el dueño o el adquirente de la obra, por los daños que comprometan la solidez de ella o la hagan impropia para su destino (art. 1792-4-1). Pero es de dos años el plazo de prescripción cuando se cuestiona el buen funcionamiento de otros elementos de equipamiento del edificio (art. 1792-3). Los mismos plazos de prescripción -de diez y de dos años- se aplican a los subcontratistas (art. 1792-4-2).

El mismo plazo de diez años rige la prescripción de los títulos ejecutorios derivados de decisiones jurisdiccionales judiciales o administrativas, de transacciones con fuerza ejecutoria, de actos o sentencias de jueces extranjeros o de tribunales arbitrales declarados ejecutorios, o de conciliaciones homologadas o constatadas por un juez, excepto el caso en que las acciones de los créditos en cuestión prescriban por un plazo más largo ³⁰.

En cambio, el plazo se extiende a treinta años cuando se trate de daños al medio ambiente (art. L. 152.1, Cód. del Medio Ambiente). Es también el plazo de prescripción de la acción de anulación del matrimonio por causa de nulidad absoluta (arts. 184 y 191) y el de las acciones reales inmobiliarias (art. 2227).

Se ha previsto un plazo de prescripción de dos años para la acción de responsabilidad dirigida contra los oficiales de justicia por la pérdida o la destrucción de documentos que les han sido confiados (art. 2 bis, ordenanza n° 45-2592). Igual plazo gobierna la prescripción de la acción de los profesionales contra los consumidores por los bienes o ser-

³⁰ MÉNDEZ SIERRA, "Régimen actual de la prescripción liberatoria en Francia", L.L. diario del 22/4/09.

vicios que les proveen (art. 137-2, «Code de la Consommation», según art. 4, ley n° 2008-561).

Los plazos de prescripción en materia laboral han quedado unificados en cinco años, plazo que también rige las obligaciones nacidas entre comerciantes o entre comerciantes y no comerciantes, en actos de comercio, siempre que no están sometidas a plazos prescriptivos más cortos ³¹.

Apunta Méndez Sierra que la reforma del Código Civil francés no influye sobre otros plazos de prescripción previstos en normas especiales (art. 2223), como el de tres años establecido por el art. 1386-17 para la responsabilidad por productos defectuosos; o el general de dos años previsto en el Código de Seguros; o el de diez años para la responsabilidad de los profesionales de la salud y de los establecimientos de salud, públicos o privados, conforme el Código de la Salud Pública ³².

d) Se advierte en las reformas reseñadas un claro criterio de simplificación y reducción de plazos, que incluso aparece más nítido en el régimen alemán. El BGB prevé un corto plazo ordinario de prescripción de tres años y excepciones que se establecen en diez o treinta años, según los casos. El Código Civil francés fija un plazo ordinario de prescripción de cinco años y excepciones de diez, veinte y treinta años, y un puñado de supuestos de plazos de dos años. El sistema francés, con todo, deja abierta una puerta importante para la proliferación de plazos cuando -como se dijo- quedan a salvo los plazos previstos en normas especiales, y ello conspira claramente contra la idea de la simplificación.

De todos modos, entre estos sistemas y el nuestro existe un abismo en lo que se refiere a lo que venimos apuntando: la necesaria simplificación y reducción de los plazos de prescripción. E importa un llamado de atención a nuestros legisladores para que trabajen en esta dirección.

³¹ Conf. MÉNDEZ SIERRA, “Régimen actual de la prescripción liberatoria en Francia”, L.L. diario del 22/4/09.

³² MÉNDEZ SIERRA, “Régimen actual de la prescripción liberatoria en Francia”, L.L. diario del 22/4/09.

4. El impacto de la reforma a la ley 24.240 y los problemas que plantea

a) Más allá de todos los plazos de prescripción relatados en el punto 3.b, es muy importante señalar que la ley 26.361, modificatoria de la ley 24.240 (llamada de defensa del consumidor) establece en el art. 50, que las acciones y sanciones emergentes de esta ley –entre las que podemos incluir las de cumplimiento contractual, integración de contrato y de daños- prescriben en el término de tres años. Por lo tanto, si el reclamo tiene fundamento en la ley 24.240, el plazo de prescripción de la acción es de tres años ³³.

La norma añade, sin embargo, que cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción distintos, se estará al más favorable al consumidor o usuario, y ello con base en el principio *in dubio pro consumidor* que tiene jerarquía constitucional ³⁴.

La disposición comentada genera las siguientes consecuencias:

- Prescriben a los tres años las acciones que puede promover el consumidor, aunque otras leyes fijen plazos inferiores, tal como ocurre con (i) las acciones del consumidor derivadas del contrato de transporte terrestre por daños personales y por pérdida de la mercadería, (ii) la acción revocatoria por perjuicio o fraude para sus derechos promovida por el consumidor, (iii) la acción de nulidad del acto por vicios de voluntad iniciada por el consumidor, (iv) la acción por vicios ocultos instada por el consumidor, (v) la acción del consumidor por responsabilidad extracontractual.

- Prescriben antes de los tres años (y ello ocurrirá en el plazo que fijen las leyes generales o especiales) cuando el plazo inferior establecido en esas normas beneficie al consumidor, tal como sucede cuando (i) se le demande el pago de servicios de hotelería, (ii) se le reclame los honora-

³³ Conf. Roberto A. VÁZQUEZ FERREYRA, *Ley de defensa del consumidor*, dir.: Picasso-Vázquez Ferreyra, Buenos Aires, La Ley, 2009 t. I, p. 577.

³⁴ Conf. Roberto A. VÁZQUEZ FERREYRA, “La reforma a la ley de defensa del consumidor. Autoridad de aplicación y sumario administrativo”, Suplemento especial de La Ley, dir.: Vázquez Ferreyra, abril 2008, p. 152.

rios de maestros, (iii) se le demande el cobro de la prima del contrato de seguro, (iv) el emisor de la tarjeta de crédito promueva acción ejecutiva.

- Prescriben a los tres años las acciones iniciadas contra el consumidor, cuando las leyes generales o especiales fijen un plazo superior, como ocurre con los supuestos gobernados por la ordinaria prescripción decenal o cuando se trata del cobro del precio de venta facturado o del cobro de lo que debe pagarse en cuotas ³⁵.

- Prescriben en el mayor plazo que las leyes generales o especiales fijen las acciones que pueda ejercer el consumidor, como sucede con la de responsabilidad contractual.

A partir de la nueva redacción del art. 50 de la ley 24.240, en tanto se refiere con claridad a las acciones judiciales y administrativas, es posible sostener que existe un nuevo plazo general de prescripción, que se fija en tres años, quedando afuera de la previsión legal los denominados contratos paritarios y los actos de responsabilidad extracontractual, en la medida –estos últimos– que no constituyan supuestos de sujetos expuestos a una relación de consumo (*bystander*), debiendo aclararse que dicho plazo puede ampliarse o restringirse, en tanto exista un mayor o menor plazo fijado por las leyes generales o especiales que favorezca al consumidor ³⁶.

Esta conclusión se presenta más firme si se advierte que la ley 26.361 ha ampliado notablemente el ámbito de aplicación de la ley 24.240. Ahora quedan comprendidos por la ley todos los sujetos que adquieran o utilicen bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. También son amparados por la ley los sujetos que, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquieren o utilizan bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en benefi-

³⁵ Estos y otros ejemplos son dados por Atilio Aníbal ALTERINI, “Las reformas a la ley de defensa del consumidor”, Suplemento especial de La Ley, dir.: Vázquez Ferreyra, abril 2008, p. 21.

³⁶ Se ha sostenido que la norma fija un piso, pues, por integración normativa, puede elevarse a lo que las normas generales o especiales determinen, como sería el supuesto del plazo de diez años para las cuestiones contractuales (Laura PÉREZ BUSTAMANTE, “La reforma de la ley de defensa del consumidor”, Suplemento especial de La Ley, dir.: Vázquez Ferreyra, abril 2008, p. 120). Como se dice en el texto, existen ocasiones en que el plazo de tres debe reducirse si otra ley fija un plazo menor que favorece al consumidor.

cio propio o de su grupo familiar o social. Y a ellos deben añadirse los *bystander* (art. 1). Como se ve, la ley abarca la adquisición o uso de todo tipo de bienes, sean muebles o inmuebles ³⁷.

Incluso, debe destacarse que el nuevo art. 3 de la ley 24.240 dispone que las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones, sin perjuicio de que el proveedor esté alcanzado por otra normativa específica. En otras palabras, la legislación consumerista no se aplica supletoriamente sino de manera directa, prevaleciendo la aplicación del régimen de consumo ³⁸. Y esta protección al usuario o consumidor abarca los contratos bancarios, de medicina prepaga, seguros y transporte (con la limitación del art. 63 de la ley 24.240) ³⁹.

Cierto es que esta afirmación no ha sido compartida. Así Vázquez Ferreyra sostiene que la reforma de la ley 26.361 no implica una modificación general al régimen de prescripción previsto en otras leyes, sino que para que pueda ser aplicado es necesario que exista un reclamo que esté directamente referido a la aplicación de la ley de defensa del consumidor, que sea precisamente la cuestión vinculada al derecho del consumo la que genere la cuestión litigiosa, por lo que la mera existencia de una relación de consumo es insuficiente para aplicar el plazo de prescripción de tres años ⁴⁰. Con este fundamento, ejemplifica que si se discute exclusivamente la responsabilidad del transportista, corresponde aplicar el plazo del art. 855 del Código de Comercio.

En contra de esta postura, se ha resuelto (con la disidencia de Mayo) que es improcedente la excepción de prescripción opuesta por el transportista demandado por los daños sufridos por el pasajero durante la vigencia del contrato de transporte, en tanto el vínculo jurídico entre el porteador y el usuario constituye una relación de consumo -art. 3° de la

³⁷ Luis LEIVA FERNÁNDEZ, “La ley N° 26.361 de afuera hacia adentro”, Suplemento especial de La Ley, dir.: Vázquez Ferreyra, abril 2008, p. 70.

³⁸ Carlos A MOLINA SANDOVAL, “Reformas sustanciales”, Suplemento especial de La Ley, dir.: Vázquez Ferreyra, abril 2008, p. 91.

³⁹ Conf. Günther Enrique FLASS, “La prescripción de las acciones de consumo”, en LÓPEZ HERRERA, *Tratado de la prescripción liberatoria*, p. 765.

⁴⁰ VÁZQUEZ FERREYRA, *Ley de defensa del consumidor*, dir.: Picasso -Vázquez Ferreyra, t. I, p. 579.

ley 24.240 modificado por la ley 26.361-, por lo que no resulta aplicable a dicho vínculo el plazo de prescripción de un año contemplado en el art. 855 del Código del Comercio sino el plazo trienal establecido en el art. 50 de la ley 24.240 ⁴¹.

En materia de seguros se viene perfilando un criterio de aplicación restrictivo del plazo de prescripción de la ley de defensa del consumidor. Se afirma que dicho plazo no es aplicable a las acciones fundadas en un contrato de seguro cuando lo que se reclama no tenga que ver directamente con la aplicación de la ley 24.240 ⁴². Se añade que, de lo contrario, con el simple recurso de calificar al contrato de seguro como un contrato de consumo, “se estaría convirtiendo en letra muerta el plazo de prescripción anual previsto en el aludido artículo 58 de la ley 17.418, con el agravante de que esta norma es esencial a la seguridad jurídica y a las pautas tenidas en cuenta para la regulación de la actividad aseguradora, dado que permite poner una fecha de corte precisa para la cuantificación de las contingencias y eventuales provisiones que deben constituir las compañías de seguros, con el consiguiente impacto en el cálculo de sus reservas, capitales mínimos, etc.” ⁴³.

Es explicable la preocupación que genera la nueva ley, pero no es posible hacer una interpretación tal que desvirtúe el sentido de la norma. Parece claro que lo que ella establece es que el plazo para que el asegurado-consumidor inicie la acción es de tres años, en tanto que la del asegurador contra el asegurado es de un año conforme la ley 17.418 (art. 58) ⁴⁴, y ello

⁴¹ La misma sala, con diferente composición, acaba de modificar su criterio (con la disidencia ahora de Kiper), al sostener que resulta aplicable el plazo de prescripción anual previsto en el art. 855 del Código de Comercio, y no el trienal establecido en el art. 50 de la ley 24.240, a la acción de daños y perjuicios motivada en un contrato de transporte de pasajeros, ya que la norma citada en último término carece de alcance abrogatorio de las normas especiales anteriores que fijan pautas legales a la relación derivada del contrato de transporte.

⁴² VÁZQUEZ FERREYRA, *Ley de defensa del consumidor*, dir.: Picasso-Vázquez Ferreyra, t. I, p. 580.

⁴³ Germán WETZLER MALBRÁN, “Prescripción liberatoria en los contratos de seguro de retiro: un fallo clarificador”, comentario al fallo dictado por la CNCom., Sala B, 23/10/09, “Fernández, Ricardo c/ Orígenes Seguros de Retiro S.A.”, L.L. fallo N° 114.123.

⁴⁴ Conf. Waldo A. R. SOBRINO, “La prescripción en materia de seguros. Según la ley de defensa del consumidor,” L.L. diario del 22/2/10, N° 9.

para todo tipo de contrato de seguros, en la medida que el asegurado sea destinatario final del seguro, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, pauta esta que determina la existencia de un contrato de consumo.

De otra manera, estaríamos olvidando uno de los fundamentos de la prescripción liberatoria que es el de la seguridad jurídica, que procura dar certeza a las situaciones jurídicas de los sujetos implicados. La seguridad jurídica no puede fundarse en un sistema engorroso sino simple y claro. No parece razonable exigir al hombre común que se convierta en un experto en prescripción y que haga disquisiciones impropias de la sencillez que el sistema debe tener. ¿Cómo pretender que el consumidor deba interpretar el contrato para establecer luego si el derecho que pretende ejercer es propiamente de consumo o no y según ello determinar cuándo se extingue su acción? ¿Cómo es posible exigir esto cuando ni siquiera entre los propios juristas existe coincidencia? ¿Qué certeza puede existir en medio de tanta confusión? Basta, entonces, que exista un contrato o una relación de consumo para que se apliquen las disposiciones de prescripción que la propia ley 24.240 establece.

b) Existe otra cuestión en la que -me parece- no se ha reflexionado especialmente. Me refiero a la disparidad de trato que reciben los contratantes, en tanto la misma relación contractual genera derechos más amplios en cabeza del consumidor en lo que respecta al plazo de ejercicio de sus derechos.

En efecto, como hemos visto en este mismo párrafo (punto a), si el consumidor gozara de un plazo de prescripción mayor de tres años por aplicación de las normas generales, será este plazo mayor el que rija el límite temporal del ejercicio de su derecho; en cambio, el proveedor estará restringido a esos tres años.

Por otra parte, el plazo de prescripción que corresponde aplicar a los casos en que el proveedor tenga un plazo inferior conforme las reglas generales o especiales -por caso, la acción del hotelero por el cobro del alojamiento dado (art. 4035, inc. 1 C.C.)-, es este último y no el de tres años, pues el consumidor puede invocar esa norma general, que es la que más lo favorece, tal como lo dispone el art. 50 de la ley 24.240.

A mi juicio, la ley crea una disparidad de trato entre consumidor y proveedor que constituye un verdadero exceso y que conspira contra la conmutatividad del contrato. Incluso, no debe ignorarse la posibilidad cierta

de que el consumidor demore ex profeso su reclamo a la espera de que prescriban los derechos del proveedor.

Es importante tener presente que el objetivo de la ley de defensa del consumidor no es estatuir un régimen de privilegio a favor del consumidor sino, reconociendo su intrínseca debilidad, protegerlo en su relación con el proveedor, procurando compensar el mayor poderío económico y comercial de este último. Si los plazos de prescripción son diferentes entre los contratantes, estaremos creando un sistema indudablemente inequitativo.

Como ha recordado el Papa Benedicto XVI en su última encíclica, el de los consumidores “es un fenómeno en el que se debe profundizar, pues contiene elementos positivos que hay que fomentar, *como también excesos que se han de evitar*” (el destacado es mío) ⁴⁵. Un exceso es el de los diferentes plazos de prescripción entre los contratantes.

5. La necesidad de encarar una reforma integral.

En conclusión, es necesario propiciar una reforma integral de los plazos de prescripción liberatoria, que simplifique nuestro sistema, que fije plazos ordinarios inferiores a los que los Códigos Civil y Comercial prevén (en consonancia con las últimas reformas sancionadas en el continente europeo), que establezca con prolijidad los casos de excepción y ordene que ambas partes, en todos los casos, pierdan el derecho a accionar en idéntico plazo.

⁴⁵ BENEDICTO XVI, *Caritas in veritate*, N° 66, Ed. San Pablo, 2009.

CAPÍTULO TERCERO

APORTES DESDE EL

DERECHO DE LOS CONTRATOS

FUNDAMENTOS DE LA AUTONOMÍA PRIVADA NEGOCIAL

GUSTAVO ORDOQUI CASTILLA

Sumario: A. Autonomía privada negocial y la “cuestión económica”. a. Presentación del tema. b. El libre mercado y el liberalismo económico. c. “Fallas del mercado”. d. La buena fe y el equilibrio económico de las prestaciones (principio de la congruencia). B. Autonomía privada negocial y la “cuestión social”. C. Autonomía privada negocial, la moral y la “centralidad de la persona”. D. Autonomía privada negocial y el “orden jurídico”. a. Autonomía privada negocial y la Constitución. b. Autonomía privada negocial y el Código Civil. E. Conclusiones.

En un enfoque amplio del derecho como una realidad tridimensional en la que se contemplan e interaccionan la realidad económica y social, los valores y la norma jurídica vigente, presentamos a la autonomía privada negocial fundada en aspectos económicos, políticos, sociales, éticos y jurídicos.

A. Autonomía privada negocial y la “cuestión económica”

a. Presentación del tema

Messineo¹ destaca que el contrato es el centro de la vida de los negocios y el instrumento práctico que realiza las más variadas finalidades de la vida económica, constituyendo un instrumento jurídico que viabiliza

¹ MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, t. I, p. 34.

el tráfico patrimonial. Cumple el contrato una clara función económica que permite la convivencia social.

La libertad económica irrestricta tiene el inconveniente de usar el contrato como medio de opresión, afectando la libertad de contratar de la otra parte. En su función económica el contrato permite asignar los recursos con eficiencia y maximizar los beneficios de las partes contratantes. Pero, como bien destaca Alterini ², entre el derecho (contrato) y la economía debe primar el perfil axiológico, o sea, los valores que están en juego en este interrelacionamiento.

Diez Picazo ³ señala que uno de los grandes principios del orden económico que jurídicamente inspira nuestro ordenamiento jurídico es el que se denomina “principio de la libertad económica”. De este gran principio se derivan las reglas o principios de la libertad de mercado, libertad de empresa, libertad de competencia y la libertad de contratación, de la que se deriva la autonomía privada negocial.

De lo expuesto se deduce que la libertad de contratar tiene sentido cuando hay libertad económica, o sea, la posibilidad de determinar libremente según el interés de cada uno, el intercambio de bienes y servicios.

Lo expuesto hasta este momento tiene un fundamento claro en el ámbito constitucional, donde se regula implícitamente el principio de la libertad económica en los artículos 32 y 36, cuando regulan la tutela del derecho de propiedad y la libertad de desarrollo económico ⁴.

b. El libre mercado y el liberalismo económico

El libre mercado es una institución socialmente importante por su capacidad de garantizar resultados eficientes en la producción de bie-

² ALTERINI, ob. cit., p. 45.

³ DIEZ PICAZO, *Fundamentos de derecho civil y patrimonial*, p. 45.

⁴ En este sentido el artículo 32 de la Constitución establece: “la propiedad es un derecho inalienable sujeto a lo que dispongan las leyes que se establecerán por razones de interés general. Nadie podrá ser privado en su derecho de propiedad sino en los casos de necesidad o utilidad pública establecidos por una ley, y recibiendo siempre del tesoro nacional una justa y previa compensación”.

nes y servicios. Históricamente, el mercado ha dado prueba de saber iniciar y sostener, a largo plazo, el desarrollo económico. Existen buenas razones para retener que, en muchas circunstancias, el libre mercado es el instrumento más eficaz para colocar los recursos y responder eficazmente a las necesidades”.

Irti ⁵ destaca que la regulación de la libre concurrencia del mercado no es un asunto interno entre empresarios y consumidores. La supervivencia de la autonomía depende del libre mercado que la garantiza. Aquí, la tutela legislativa no apunta la autonomía privada en particular sino que se trata de proteger el poder individual de elección de todos en relación a las empresas existentes en el mercado. El ciudadano no trata de liberarse hoy del Estado sino de invocar su apoyo para que controle los abusos del mercado que le impidan la libre elección en la oferta y la demanda.

Un mercado verdaderamente competitivo es un instrumento eficaz para conseguir importantes objetivos de justicia: moderar los excesos de ganancia de las empresas; responder a las exigencias de los consumidores; realizar una mejor utilización y ahorro de recursos, premiar los esfuerzos empresariales y la habilidad de innovación; hacer circular la información, de modo que realmente se puedan comparar y adquirir los productos en un contexto de sana competencia ⁶.

Por su parte, en el artículo 36 se establece: “Toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes”.

Para el liberalismo económico del siglo XVIII, sólo importaba la ley de la oferta y la demanda. El Estado debía dejar hacer dejar pasar - “*laissez faire, laissez passer*”-; no intervenir en el mercado pues importante era la libertad de proceder como se quisiera. En esta época individualista: la solidaridad social era algo totalmente indiferente; el juez no podía tocar el contrato; y se entendía que con la autonomía de la voluntad alcanzaba para lograr con justicia los bienes y servicios correspondientes. Por cierto, éste no es el liberalismo económico del siglo XXI.

⁵ IRTI, *Società civile: elementi per un'analisi del diritto privato*, Milán, 1992, ps. 126 y 127.

⁶ Ocurre que el libre mercado no puede juzgarse prescindiendo de los fines que persigue y de los valores que transmite a nivel social. El mercado, en efecto, no puede encontrar en sí mismo el principio de la propia legitimación. La utilidad individual del agente económico, aunque legítima, no puede jamás convertirse en el único objetivo. Al lado de ésta, existe otra igualmente fundamental y superior, la utilidad social, que debe procurarse no en contraste, sino en coherencia con la lógica del mercado.

c. “*Fallas del mercado*”

No podemos ignorar que las dificultades que se advierten en el medio cuando el Estado no cumple con el desarrollo de la producción y el control de la libertad económica, permitiendo lo que Mosset Iturraspe-Falcón-Piedecasas⁷ han denominado “fallas del mercado”. Así, permitir que en los hechos funcionen empresas monopólicas que controlan los precios; la existencia de población con necesidades extremas, urgidas de bienes y servicios que le privan de su libertad de decidir, generan situaciones en que la libertad de competencia y la libertad de contratar no son más que ficciones. Ello termina por afectar seriamente la igualdad y la libertad de las personas y lleva a la injusticia, permitiendo un mal uso de la autonomía privada negocial.

Las “fallas en el mercado” o la concentración desmedida de poder económico se suele traducir en desequilibrios contractuales, donde el fuerte se impone al débil y se usa la contratación por adhesión para lograr cláusulas abusivas con distribución de derechos, obligaciones, riesgos y beneficios claramente desproporcionados. La adhesión por sometimiento o desinformación es inevitable y por ello el orden jurídico sale a implementar medidas para intentar restablecer equilibrios contractuales perdidos.

Desde el punto de vista económico, el derecho contractual tiene por finalidad asegurar la transferencia de bienes en el mercado con justicia y

Como anota ALTERINI (*Contratos*, Buenos Aires, 1988, p. 39), a la propiedad se le consideraba absoluta, y al contrato se la atribuía fuerza vinculante similar a la ley. Hoy todos estos aspectos vienen en franco ajuste a las nuevas circunstancias; estos criterios individualistas con el tiempo se fueron “solidarizando”. Lo importante de nuestro planteo es no confundir el liberalismo económico, que parte del respeto de la libertad y de la persona, con lo que es el denominado economicismo, que sólo ve la rentabilidad, el lucro, sin mirar el costo social. La libertad económica a que nos referimos brega por la transparencia del mercado, donde no haya competencia desleal, monopolios, donde estén regulados los claros límites a los excesos en la concentración del poder económico, de forma que la autonomía privada negocial se pueda ejercer libremente en pos de la justicia contractual.

Cierto es que la regulación del derecho del consumo y de la libre competencia, no afecta la libertad de contratar; no desnaturalizan la autonomía privada negocial. Por el contrario, aseguran un clima de verdadera libertad dentro del cual aquélla se debe desarrollar normalmente.

⁷ MOSSET ITURRASPE- FALCÓN- PIEDECASAS, *La frustración del contrato y la pesificación*, Santa Fe, 2002, p. 29.

seguridad. La autonomía privada negocial mal empleada puede llevar a la concentración económica, al mal uso del poder económico y a la creación de situaciones de dominio del mercado, donde existe abuso de la dependencia económica y explotación al más débil, pensado todo esto como estrategia para mayor lucro ⁸.

⁸ Los riesgos a los que nos somete la libertad económica mal interpretada exigen un verdadero replanteo de la autonomía negocial privada, de forma que la misma se pueda desarrollar con seguridad. Hoy cambió la realidad económica, la concentración del poder, la despersonalización en la relación de intercambio de valores; la producción masificada... nos exige bajar a tierra la libertad contractual y adoptar las medidas necesarias de protección.

Es necesario un equilibrio formal en la distribución de los derechos y obligaciones en el contrato, así como también la preservación del equilibrio económico del valor de las prestaciones, de forma que reine la justicia contractual y la conmutatividad correctamente interpretada de las prestaciones. Si ello no ocurre el contrato se vuelve un instrumento de enriquecimiento injusto. Como veremos oportunamente, el camino correcto para lograr el equilibrio deseado dentro del que es posible el desarrollo normal de la libre competencia está en hacer prevalecer la vigencia del principio de la buena fe en el ámbito de las relaciones contractuales. De él se deriva, además, el necesario deber de transparencia y la tutela de la confianza En términos generales, la buena fe representa el arquetipo de la conducta debida: lealtad, probidad, diligencia, honestidad, razonabilidad, ecuanimidad. Este principio no es algo abstracto o etéreo sino que integra la médula misma de todo contrato y hay que saberlo descubrir y explotar en su verdadera dimensión para ajustar el alcance de la prestación. Sobre este principio de la buena fe se integra el contrato con deberes de conducta específicos que aseguran esa transparencia y el equilibrio necesario, como son la obligación de informar; el deber de cooperación; la protección de la seguridad... Ha justificado la existencia de cierto dirigismo contractual o intervención del Estado en la vida del contrato, cierta necesidad de protección al débil ante las claras e ingobernables desigualdades del mercado. El control sobre el acceso a los bienes y servicios es importante tratando de evitar que el fuerte se imponga o explote injustamente al débil. El Estado debe preservar el principio de la igualdad o paridad en el mercado de los sujetos de derecho. Hoy importa la igualdad real y no la meramente formal del siglo XIX, por ello el Estado en ocasiones debe intervenir orientado en un orden público de protección. La parte a la hora de negociar debe ser tutelada en su libertad y conocimiento real. Por ello aparecen las normas del derecho del consumo, regulándose expresamente, por ejemplo, el contrato de adhesión, las cláusulas abusivas, la oferta al público, la integración de la publicidad al contrato.

d. La buena fe y el equilibrio económico de las prestaciones (principio de la congruencia).

D' Angelo ⁹ sostuvo que el deber de lealtad propio de todo contrato lleva a respetar el equilibrio económico negocial o la estructura económica jurídica de la relación. También a partir de la buena fe activada por la autonomía privada negocial se llega a limitar la exigibilidad del cumplimiento y la distribución de riesgos asumidos por las partes conforme al orden económico del contrato ¹⁰.

Gabrielli ¹¹ considera que el programa negocial es un sistema de repartición de riesgos entre las partes acorde a una economía y el equilibrio contractual establecido y así consentido.

Todo contrato refiere a una operación opresión económica. Lo acordado por las partes y las normas referidas a ese acuerdo son la forma en que se sustenta una determinada operación económica que es su propia sustancia o naturaleza.

La norma reconoce como fuente del contrato la consideración de su naturaleza en distintas disposiciones. Así, podemos contemplar el artículo 1291 inc. 2º y el art. 1300 inc. 2º C.C. que se remiten a la consideración de la “naturaleza de las cosas” en el ámbito contractual. Esta referencia normativa implica considerar la operación económica que subyace en el contrato.

Los dictados de lo que en cada caso supone actuar de buena fe, parte de considerar el orden económico a que responde el contrato. Proceder de buena fe en la contratación implica adoptar criterios de negociación equilibrados económicamente, coherentes con estructura de intereses propia de la operación económica a que responde el contrato.

⁹ D'ANGELO, “La buona fede e l'esecuzione del contratto” en la obra *I contratti in generale*, de ALPA – BESSONE, Turín, 1998, t. IV, p. 763.

¹⁰ MENGONI, voz “Responsabilità contrattuale” en *Enciclopedia di Diritto*, Milán, 1988, t. XXXIX, p. 1072; BESSONE, “Adempimento e rischio contrattuale”, ob. cit., p. 349; BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milán, 1968, p. 57.

¹¹ GABRIELLI, “Il rischio contrattuale” en la obra *I contratti in generale*, de ALPA-BESSONE, t. I, p. 625.

Integrar el contrato en parámetros de buena fe exige considerar la naturaleza del mismo, su ecuación económica y el equilibrio económico negocial del que partieron las partes.

Andrea D'Angelo¹² con un fino sentido jurídico señala que debe priorizarse un criterio o principio de congruencia en los casos de conflicto de intereses entre las partes, adoptándose soluciones congruentes con la operación económica, es decir, con respecto al orden jurídico y económico de la relación tal cual ésta fluye de los pactos contractuales.

Para interpretar (o integrar) se debe reconstruir partiendo de la cláusula y la naturaleza del contrato (operación económica) tendiendo a reconstruir el equilibrio económico del contrato, la estructura de la operación, el plano negocial, que aun sin ser exhaustivo traza el orden global de repartición de cargas, riesgos y responsabilidades. Hay una relación de continuidad y de complementariedad entre la interpretación del contrato y la reconstrucción de normas no referidas en las cláusulas pero que se deducen de la operación económica. Así como se propone la consideración del contenido y efecto para indicar la relación de lo acordado con la norma que llevó a dar relevancia a lo que se interpreta, integra y califica, la doctrina más reciente integra la consideración de la operación económica cuando se pretende reconstruir el contrato considerando la distribución de riesgos y determinación del equilibrio contractual.

Cuando estudiamos como derivado de la buena fe el “principio de la congruencia” (ver Parte I Sección VIII N° 11), vimos que acorde a este principio debe existir coherencia entre las prestaciones en su significado económico. El contrato entendido como una operación económica forma una unidad jurídica y económica.

No tiene sentido analizar sólo lo jurídico sin lo económico o a la inversa. Cuando se recurre a la buena fe en su función integrativa se destaca que en esta función debe orientarse a preservar el equilibrio económico negocial¹³.

¹² Andrea D'ANGELO, “Contratto e operazione economica” en la obra *I contratti in generale*, de ALPA-BESSONE, Turín, 1998, p. 257 y ss.

¹³ GALGANO, *Diritto privato*, Padua, 1981 p. 321; VISINTINI, *Inadempimento e mora del creditore*, Milán, 1987 p. 231; RODOTA, *La fonti di integrazione del contratto*, p. 175.

B. Autonomía privada negocial y la “cuestión social”

La autonomía privada negocial en su dinámica operativa no sólo cumple una misión jurídica o económica sino que desempeña, además, una clara e importante función social.

Santos Briz-Fonseca ¹⁴ advierten que el contrato no sólo tiene relevancia jurídica o económica entre las partes sino que repercute en el interés social pues debe operar como medio de cooperación y no de destrucción respecto de los demás miembros de la sociedad.

Por el contrato deben beneficiarse las partes y la misma sociedad. Su abuso, su incumplimiento, repercuten en el entorno social. Por esta razón, como ya señaláramos, en el artículo 421 del Código Civil brasileño de 2002 se destacó con acierto la importante función social del contrato.

Como bien anota Alterini ¹⁵ el contrato debe satisfacer una finalidad económica y social la cual resulta de su utilidad o trascendencia social y es determinada considerando a los miembros de la sociedad.

El contrato debe cumplir una función social digna, máxime cuando existe un débil que proteger. El contrato para ello no puede ser visto como algo abstracto sino como una conducta social y analizado desde el punto de vista real en su significación.

La función social que éste debe cumplir exige que ésta esté presente en la causa del contrato y se tutele en cuanto tal. La autonomía privada negocial, como ya se dijera, cumple un rol social básico en lo nacional e internacional. Permite el entendimiento y coexistencia, y la mutua complementación social.

El Estado vela no por la intervención en el contrato directamente sino para que éste no sea un medio de explotación protegiendo al más débil.

En el ámbito internacional hoy se destaca la función social del contrato impidiendo que con él se abuse o se afecte la dignidad de los países pobres o en desarrollo a la hora de asistirlos con préstamos económicos. Corresponde tener presente que la Doctrina Social de la Iglesia, aún reconociendo al mercado la función de instrumento insustituible en la regu-

¹⁴ SANTOS BRIZ-FONSECA, *Contratación privada*, Madrid, 1976, p. 1373.

¹⁵ ALTERINI, *Estudios de derecho civil*, ob. cit., p. 202.

lación del sistema económico, pone en evidencia la necesidad de sujetarlo a finalidades morales y sociales que aseguren, y al mismo tiempo, circunscriban adecuadamente, el espacio de su autonomía ¹⁶.

Desde la conclusión de la Revolución Francesa el contrato se reviste de cierta significación política como instrumento que refleja la expresión de la libertad y la igualdad de las personas. En el siglo XIX fue reflejo de una ideología liberal propia de su época. En la actualidad los paradigmas (verdades indemostrables) en que se sustenta esta ideología se han quebrado ¹⁷ pues descaradamente el contrato, en ciertos casos, se convirtió en esta línea en instrumento de explotación del débil por el fuerte dentro de la legalidad. Hoy preocupa la función social del contrato que se presenta como medio de colaboración entre las partes proyectado por normas de orden público de protección al débil.

¹⁶ Juan Pablo II, *Carta Centesimus Annus*, n. 34, 40 y 41. Ante el riesgo concreto de una “idolatría” del mercado, se deben subrayar sus límites, fácilmente perceptibles de su comprobada incapacidad de satisfacer importantes exigencias humanas, que requieren bienes que por su naturaleza no son ni pueden ser simples mercaderías, bienes no negociables según la regla del intercambio de equivalentes y la lógica del contrato, típicas del mercado.

La acción del Estado y de los demás poderes públicos deben ajustarse al principio de la subsidiaridad, crear situaciones favorables al libre ejercicio de la actividad económica; deben también inspirarse en el principio de solidaridad y establecer los límites de la autonomía de las partes para defender al más débil.

La solidaridad sin subsidiaridad puede degenerar fácilmente en asistencialismo, mientras que la subsidiaridad sin solidaridad, corre peligro de alimentar formas de localismo egoísta.

En este ámbito de libertad el Estado tiene el deber de secundar la actividad de las empresas, creando condiciones que aseguren oportunidades de trabajo, estimulándola donde sea insuficiente, y sosteniéndola en momentos de crisis.

Nuestro sistema jurídico privado parte de los principios que surgen de la Revolución Francesa: la libertad de gozar y disponer libremente de los bienes, que se traduce en la tutela de la propiedad, y en su ejercicio indiscriminado, y la libertad de contratar sin límites. Como dijimos, esta pauta de absolutez en el ejercicio de los derechos comenzó por ser cambiada en la propia Constitución, donde se ajusta el derecho de la propiedad, el deber y el derecho a la libertad de trabajar y desarrollarse, subsumiéndolas al interés general.

¹⁷ ORDOQUI CASTILLA, “El contrato en el año 2000: Cláusulas abusivas”, *Anales del Foro*, N° 125.

El contrato, como vimos, no puede ser visto como algo abstracto sin expresión de un sistema de valores que están en juego. El contrato no es sólo una realidad económica sino que refleja valores calificados por el orden jurídico.

C. Autonomía privada negocial, la moral y la “centralidad de la persona”

La autonomía negocial privada es resultado del liberalismo e ideas cristianas del Siglo XVIII, que partían de valorar no sólo la forma o lo ritual, sino el consentimiento basado en el respeto de la palabra dada.

El fundamento ético de este principio en realidad tiene su origen en el principio general de la buena fe que impone fidelidad a la palabra dada, lo que, como dice Diez Picazo¹⁸ permite confiar en la promesa realizada.

Todo el desarrollo de la autonomía privada negocial está íntimamente vinculado o depende de la regla moral, las costumbres y el orden público. Para analizar de qué forma esta regla termina por encausar o determinar el ámbito de la autonomía privada negocial, alcanza con tener presente cómo los artículos 11, 1284 y 1288 C.C. refieren expresamente a la moral o las buenas costumbres, como límite o control del desarrollo de la autonomía privada negocial.

En la regulación de los vicios del consentimiento, en la teoría de la simulación, en la teoría del fraude o de la acción pauliana, o del enriquecimiento sin causa... están presentes principios éticos fundamentales.

No concebimos un derecho contractual en ejercicio de la autonomía privada apartada del respeto de la moral o las buenas costumbres; de aquí que no podamos compartir expresiones – ya referidas – como que “en el libre mercado no es aceptable la intervención moralizante del contrato”¹⁹.

La relación entre moral y economía es necesaria e intrínseca: actividad económica y comportamiento moral se compenetran íntimamente. La

¹⁸ DIEZ PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, t. I, p. 124.

¹⁹ GAMARRA, *Tendencia hacia la objetivización*, ob. cit., p. 53.

necesaria distinción entre moral y economía no comporta una separación entre los dos ámbitos sino, por el contrario, una reciprocidad importante.

Así como en el ámbito moral se debe tener en cuenta las razones y exigencias de la economía, la actuación en el campo económico debe estar abierta a las instancias morales. “También en la vida económica y social deben respetarse y promoverse la dignidad de la persona, su entera vocación y el bien de toda sociedad. Porque el hombre es el autor, el centro y el fin de toda la vida económica y social” (*Gaudium et Spes*, n. 63) ²⁰.

²⁰ Dar el justo y debido peso a las razones propias de la economía no significa rechazar como irracional toda consideración de orden meta económico, precisamente porque el fin de la economía no está en la economía misma sino en su destinación humana y de social. La economía, en efecto, tanto en el ámbito científico como a nivel práctico, no se le confía el fin de la realización del hombre y de la buena convivencia humana, sino una tarea parcial: la producción, la distribución del consumo de bienes materiales y servicios. Precisamente, entre la economía y la moral está la autonomía privada negocial. La misma opera como instrumento de desarrollo económico pero siempre teniendo en cuenta la promoción de un desarrollo social y de la humanidad.

La moral constitutiva de la vida económica no es ni contraria ni neutral: cuando se inspira en la justicia y la solidaridad constituye un factor de eficiencia social para la misma economía. Para asumir un perfil moral la actividad económica debe tener como sujetos a todos los hombres y a todos los pueblos. Todos tienen derecho a participar de la vida económica y el deber de contribuir según su capacidad, al progreso del propio país y de la entera familia humana (*Gaudium et Spes*, n. 65). ALTERINI (*Contratos*, Bs. As., 1998, p. 45) destaca que no parece siquiera discutible que la interrelación entre derecho y la economía en todo caso debe privilegiar el perfil axiológico (modelo ético y de justicia).

El modelo económico debe ser sometido por el jurista a una crítica axiológica partiendo de los valores fundamentales de humanidad y dignidad, atendiendo a la justicia, a la equidad, a la seguridad, al orden y a la paz social. Si la autonomía privada negocial debe estar sometida a la regla moral cuando opera como instrumento de desarrollo económico.

El derecho privado todo gira en torno a la persona y al respeto de sus derechos esenciales. La corriente personalista a la que adherimos destaca la importancia de proteger los derechos esenciales de las personas y sus libertades. Los grandes cambios de los últimos años se orientan a proteger a la persona como contratante y defender sus libertades. Al tiempo que en el derecho de daños apareció la persona como centro de consideración y de tutela, ampliando sus fronteras de acción, lo mismo ha ocurrido en el derecho contractual donde es, precisamente, la contemplación de la defensa de la persona como parte débil y explotada, la que determina la necesidad de cambios.

Un indicio claro de este cambio lo tenemos en el enunciado de nómina de derechos esenciales. En una primera época se hablaba sólo de la libertad, la vida y la propiedad.

La importancia de esta autonomía privada negocial en su relación con la persona determina la necesidad de que el orden jurídico la proteja y la garantice.

En síntesis, el contrato no es sólo la manifestación de voluntad abstracta sino una forma de manifestación de la persona en su vida social.

D. Autonomía privada negocial y el “orden jurídico”

Coexisten ambos para la autorregulación de intereses de quienes viven en sociedad, con la peculiaridad de que la autonomía privada negocial, si bien vale como tal en cuanto derecho esencial, sus efectos dependen de lo que establece el orden jurídico.

Con la autonomía negocial privada sola no alcanza. Ella debe ser calificada y reconocida por el orden jurídico. De ello queda muy claro que el alcance de esta autonomía no es ilimitado. No existe un *numerus clausus*, es decir, un número cerrado de actos que se puedan realizar, como dice Flume ²¹, sino que el criterio es que se puede hacer y crear todo lo que no está prohibido. Pero lo cierto es que esta autonomía

Hoy se habla de derechos de segunda categoría, como los derechos económicos sociales: la vivienda, el trabajo, y también se habla de un derecho de tercera categoría, que refiere a la calidad de vida, asegurando el perjuicio contra el medio ambiente, el consumo...

Cierto es que al proteger la autonomía privada negocial se protegen derechos esenciales de la persona que hacen a su misma dignidad. Poder decidir por sí lo que le conviene o no hoy forma parte de su misma libertad y es importante que se respete este aspecto de carácter esencialmente ético.

La persona es un ser social y necesita del otro y proteger sus intereses. Para realizarse socialmente depende del ejercicio de la autonomía privada negocial. Esta es un valor inherente a la persona y está en su naturaleza.

La norma sólo puede reconocerlo y ordenarlo, pero no negarlo, pues es propio de la persona y su misma libertad.

En realidad la propia constitución protege la libertad de autodeterminación de la persona en distintas manifestaciones como son la libertad de comercio, la libertad de contratar, la libertad de empresa, porque de ello depende el respeto de la actividad misma de la persona.

²¹ FLUME, *El negocio jurídico*, Madrid, 1992, p. 24.

privada negocial depende de que se desarrolle cumpliendo los requisitos de forma o instrumentales que el sistema de gobierno establece a través del orden jurídico.

Debemos definir cómo se proyecta la autonomía privada negocial en el orden jurídico pues, en ciertos casos, luce libremente lo que ésta ha querido pero en otros necesariamente, determina sus efectos por lo que surge del orden jurídico en forma directa, prescindiendo del resultado de lo querido libremente.

En un contrato se diferencia lo que es su “contenido” de su “efecto”. El contenido es lo que las partes decidieron libremente acorde al sistema jurídico. El efecto es lo que el orden jurídico le impone a lo querido por las partes y se integra con lo que las mismas dispusieron en un todo, conformando la norma privada negocial.

Con buen criterio se ha dicho que el contrato es causa (obligaciones queridas por las partes que se interpretan) y fuente (obligaciones impuestas por el orden jurídico que se integran al contrato como efecto).

Cierto es que la autonomía privada negocial no es autosuficiente pues debe integrarse con normas dispositivas e imperativas para determinar el alcance del contrato ²².

a. Autonomía privada negocial y la Constitución

Han cobrado particular destaque los estudios doctrinales que invitan a reflexionar sobre la incidencia de la Constitución en el Código Civil y en el sistema del derecho privado.

²² Como bien anota PUIG BRUTAU (*Fundamentos de derecho civil*, Barcelona, 1988 t. I, vol. 2, p. 5), el derecho privado es el ámbito en el que se manifiesta con mayor claridad el predominio de la autonomía de la voluntad de los particulares sobre la regulación estatal. La existencia de normas dispositivas determina que en este ámbito se pueda crear o cambiar la normativa preexistente. El Estado no interfiere sino que garante esta autonomía privada negocial. Pero lo cierto es que dentro de esta garantía está el encauzar muchas veces lo que es la autonomía privada negocial hacia el interés general, establecido ciertas limitaciones que, en definitiva, no son más que la garantía sustancial del respeto de la libertad contractual. De esta forma, el Estado, por un lado, deja un ámbito de libre

En la Carta Magna están consagrados los principios y criterios de conducta que deben seguir en todo el derecho. Partiendo de que su objetivo principal es el logro del bienestar social, el respeto de la justicia y de la seguridad ciudadana, vemos que en ella están las normas en las que encuentran verdadero fundamento institutos básicos en materia de familia, propiedad, contrato y responsabilidad civil.

No se puede negar que los fundamentos primarios de la autonomía privada negocial, que es el fundamento del derecho contractual, lo encontramos en artículos de la Constitución.

Ya en el año 1998²³ sosteníamos la vigencia en nuestro derecho de un verdadero “Derecho Civil Constitucional”, para aludir a las normas que, estando en la Constitución, refieren a la protección de la persona en sí y su familia, al tiempo que encontrábamos en estas disposiciones fundamentos primarios de temas vinculados al contrato y a la responsabilidad civil.

La Constitución, desde nuestro punto de vista, no es una mera declaración política y del gobierno, sino que refiere, además, a derechos de las personas y opera como fuente de derechos y garantías en la interrelación entre particulares. Alpa²⁴ sostiene que el contrato cuenta con cobertura o respaldo constitucional. Ciertamente es que la Constitución no alude al contrato en forma explícita como lo hace a la familia, a la propiedad, pero tampoco tenemos dudas de que tanto en el artículo 10, como en el artículo 32, como en el artículo 36, se regula la libertad de la persona en toda su dimensión, incluyendo implícitamente la libertad de contratar, de interrelacionarse con los demás desde el punto de vista patrimonial.

En definitiva, como ya lo sustentáramos en otra ocasión²⁵ la Constitución no sólo es una norma jerárquica superior de derecho público sino

arbitrio para las partes y por otro, se encarga de que se sancione por incumplimiento cada vez que no se respeta lo acordado o se están transgrediendo normas imperativas. En definitiva la autonomía privada negocial es posible porque el Estado hace efectivo el respeto de la palabra dada y el alcance del acuerdo negocial.

²³ ORDOQUI CASTILLA, *Lecciones de derecho de las obligaciones*, t. I, p. 9.

²⁴ Guido ALPA, “Libertà contrattuale e tutela costituzionale”, en *Contratti in generale*, Milán, 1999, p. 8.

²⁵ ORDOQUI CASTILLA, *La buena fe contractual*, p. 45.

que es una ley superior dentro del derecho privado; el derecho privado responde a la Constitución y a ella debe ajustarse.

Desde nuestro punto de vista, lo que corresponde preguntarse, además, es si para lograr la tutela de los principios fundamentales de la Constitución, como ser el principio de la igualdad, el principio de la protección de la persona, es necesario o imprescindible recurrir a la Constitución o podemos encontrar en el mismo código civil la solución.

Cierto es que es nulo el negocio jurídico que desprecia el respeto de la dignidad de la persona. Pero ello ocurría igualmente sin la Constitución por el respeto debido que se tiene a las buenas costumbres y al orden público, consagrado en los artículos 11, 1284 y 1288 C.C. ²⁶ destaca que en el concepto de buenas costumbres están los valores reconocidos en las normas constitucionales. Si un negocio contraría los valores contenidos en la Constitución, también contraviene las buenas costumbres y por ello sería nulo ²⁷.

Cierta jurisprudencia con acierto sostuvo que el principio general de la buena fe no sólo lo tenemos consagrado en el Código Civil (arts. 16 y 1291 C.C. y art. 209 del C. Com.), sino que también tiene vigencia constitucional y jerarquía suprallegal por lo establecido en los arts. 7, 72 y 332 de la Constitución. En esta línea, Van Rompaey ²⁸, sostiene que los jueces

²⁶ FLUME, ob. cit., p. 47.

²⁷ RESCIGNO (Apuntes sobre la autonomía negocial, ob.cit., p. 112) señala que el tema de la llamada *drittwirkung* de los derechos fundamentales y de la eficiencia inmediata o absoluta de los *grundrechte* de los contratos, o sea, la aplicación de los derechos esenciales y principios fundamentales de la Constitución al contrato privado es posible a través de la vigencia que ya tiene en el derecho contractual el necesario respeto del orden público y las buenas costumbres.

Pero, advierte FLUME (ob. cit., p. 47) esta aplicación directa de la Constitución en la norma privada no puede desvirtuar el derecho privado. Si, por ejemplo, con el contrato se lesiona la dignidad de la persona no es necesario recurrir a la teoría del *drittwirkung* de los derechos fundamentales, o sea, a la aplicación directa de las normas constitucionales pues se estaría en realidad transgrediendo el orden público y las buenas costumbres a que refiere el propio régimen contractual. El respeto de estos derechos esenciales no es por imposición de la Constitución sino por respeto a los códigos que invocan el orden público y las buenas costumbres.

²⁸ VAN ROMPAEY, "Hacia una jurisprudencia principalista", en Revista de Derecho de la Universidad Católica, n. 6, p. 204.

pueden hacer valer la Constitución en detrimento de la ley. En un Estado constitucional está vinculado a la ley y también a la Constitución, por ello valoran incluso la posible inconstitucionalidad de la ley. Ciertamente es que no se podrá desplazar la ley si no la declara inconstitucional.

Con acierto el autor dice que el papel que desempeñaba antes el derecho natural con respecto al soberano, lo desempeña ahora la Constitución con respecto al legislador.

Como sostuvieron Arces-Valdés²⁹, el derecho civil constitucional no es constitucional sino civil, formalmente integrado a la Constitución. No hay duda de que estas normas de derecho civil constitucional han producido cambios en el Código Civil³⁰.

Guido Alpa³¹ con acierto ve en la autonomía privada un valor esencial de la persona tutelado por la Constitución. La libertad de concluir un contrato es un valor protegido por la Constitución, esencial a la persona, conformando ello parte de su misma dignidad. Corsaro³² exhorta a leer el Código Civil teniendo abierta la Constitución.

²⁹ ARCES-VALDÉS, *Derecho civil constitucional*, Madrid, 1986, p. 87.

³⁰ Por esta razón, las normas civiles constitucionales producen en el orden jurídico efectos directos derogatorios, invalidatorios, interpretativos e informativos. La Constitución tiene entonces, sobre el Código Civil, eficacia directa derogatoria e interpretativa. Tiene eficacia directa, pues si el derecho o principio no está referido en el Código y sí en la Constitución, se puede invocar para su aplicación directa en el derecho privado. Tiene eficacia derogatoria, pues siendo la norma Constitucional posterior y de jerarquía superior, si se contradice con alguna norma privada ésta puede ser derogada o declarada inconstitucional. Además, tiene eficacia interpretativa, pues las normas del Código Civil deben interpretarse conforme a la Constitución para mantener la sistemática del orden jurídico.

El derecho a la autodeterminación es esencial a la persona humana y está garantizado y fundado en la Constitución. Es un derecho personalísimo reconocido por la comunidad, del que depende no sólo la persona sino la existencia misma del estado democrático. La Constitución impuso el principio de la centralidad del respeto a la persona y lo proyectó en todo el orden jurídico, especialmente en el ámbito del derecho civil, lo que lleva a sostener que toda iniciativa comercial privada debe respetar la libertad y dignidad de la persona. Por ello, la actividad económica toda asume una mera condición instrumental en línea de respeto a la dignidad de la persona. Por esto, la libertad económica y de comercio, así como la libertad de contratar implícita en los arts. 10, 32 y 36 de la Constitución, está protegida como medio y no como fin.

³¹ Guido ALPA, *Corso di diritto contrattuale*, Milán, 2006, p. 217.

³² CORSARO, *L' abuso del contraente en la formazione del contratto*, Perugia, 1979, p. 7.

La autonomía privada negocial como expresión de valores personales permite el desarrollo y la existencia de la persona. Lo que importa no es el desarrollo libre del mercado sino el desarrollo de la persona y la función de aquél no puede ser hecha a costa de ésta.

Pietro Perlingieri³³ cuya obra fue muy importante para el esclarecimiento de este tema, reconoce que la igualdad, la solidaridad y el pleno desarrollo de la persona consagrados en la Constitución, devienen en parámetros axiológicos que pueden determinar una verdadera revolución en los conceptos emergentes del derecho privado.

Las Constituciones -como bien destaca Van Rompaey³⁴- consagran una gran cantidad derechos y principios que son reflejo de concepciones de moralidad. Son, por así decirlo, moral positivizada, o como también se ha dicho, derecho natural positivizado.

La puerta de ingreso o el punto de conexión entre la Constitución y el Código Civil lo tenemos cuando en este último cuerpo normativo se establece que los acuerdos de partes deben ser conformes al orden público, a la moral y a las buenas costumbres (arts. 11, 1284 y 1288 C.C.). Una de las normas constitucionales donde con más claridad se consagra la autonomía privada negocial es la que reconoce el derecho de propiedad (art. 32). Lo más importante de la propiedad es que uno puede disponer y que circule libremente. Por ello, la esencia del derecho de propiedad está en el hecho de que se pueda disponer del bien libremente, lo que implícitamente supone el respeto de la autonomía privada negocial. Cuando el art. 32 dice: “nadie podrá ser privado de su derecho de propiedad...”, está diciendo que nadie puede ser privado del uso y la posibilidad de disposición o de negociación. Si no se admitiera la circulación de bienes, la propiedad no tendría sentido y, por el contrario, lo que da valor a la propiedad es el hecho de que pueda circular y para que circule ello debe hacerse en el ejercicio de la autonomía privada negocial.

Messineo³⁵ con acierto sostiene que la institución jurídica del contrato es reflejo de la institución jurídica de la propiedad privada. El reco-

³³ Pietro PERLINGIERI, *Il diritto civile de la legalità costituzionale*, Nápoles, 1991, p. 13.

³⁴ VAN ROMPAEY ob. cit., p. 178.

³⁵ MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, t. I, p. 15.

nocimiento de la propiedad privada se enlaza idealmente con el principio de la autonomía privada negocial³⁶.

b. Autonomía privada negocial y el Código Civil

El Código Civil da fundamento claro al respeto de la propiedad (art. 492 C.C.) y la posibilidad de gozar y disponer de las cosas (arbitrariamente) en la medida en que no se actúe contra de la ley o contra los derechos ajenos. Así, los arts. 486 y 487 C.C. describen cómo es posible gozar, disponer de la cosa, lo que implica disponer de sus frutos (art. 487.1 C.C.), darle el uso que se quiera (487.2 C.C.), cambiarla por otra mejor (487.5

³⁶ Los derechos fundamentales de consagración constitucional no sólo están vigentes para la relación Estado-particulares sino también respecto de los particulares entre sí. ALFARO-ÁGUILA REAL (“Autonomía privada y derechos fundamentales”, en *Anuario de Derecho Civil* (español) t. XLVI, p. 57 y ss.) destacan que en la Constitución está el fundamento de por qué es posible que en ejercicio de la libertad una persona pueda limitar sus derechos en función de otros intereses. Estas limitaciones son constitucionales y se presentan como expresión de los derechos de la personalidad. Pero también es cierto que, en función de esta libertad, no es posible lesionar estos derechos personalísimos imponiendo más de lo posible o invadiendo la esfera de disponibilidad del otro más de lo posible.

El consentimiento del afectado no excluye la posible transgresión de derechos esenciales, los que se deben tutelar a pesar de este consentimiento dado por opresión o presión (ob. cit., p. 94). Por defectos de información; por imposibilidad de una decisión reflexiva, libre, bien asesorada... puede no actuarse libremente y comprometerse derechos esenciales. No es simple determinar cuándo como resultado de la libertad contractual no se protege a uno de los contratantes. Pueden estar en juego derechos irrenunciables cuando en esencia se prestó un consentimiento que no es real o que tenga relevancia como para justificar la afectación de la libertad o igualdad de las partes. Ejemplo, si se procede con discriminación a la hora de contratar por razones de raza o sexo.

El reconocimiento de la autonomía privada está entonces implícitamente reconocido en la Constitución, no como un espacio vacío, reservado al libre arbitrio, donde se puede hacer lo que se quiera sino como un espacio regulado, limitado y legitimado por el orden jurídico lo que hace posible la coexistencia y el orden social. Es la Constitución la que garante la libertad individual y económica de la empresa y de la persona y la que protege la propiedad. Marca lo que DE LOS MOZOS (ob. cit., p. 199) denomina “zona de no ingerencia” donde se desenvuelve la autonomía privada negocial que es garantizada por la Constitución implícitamente aunque no lo diga directamente.

C.C.), impedir que otro se apropie indebidamente de ella; enajenarla en todo o en parte. En el art. 489.6 C.C. existe la primera consagración clara de principio de la autonomía privada negocial cuando se dice que el dominio es algo inherente a la cosa como vínculo real, que la liga al dueño y que no puede romperse sin hecho suyo, o sea, el vínculo con la propiedad depende del acto o disposición del propietario.

El Código Civil tiene normas dispositivas e imperativas que regulan concretamente la autonomía privada negocial. Así, por ejemplo, el art. 11 C.C. dice que se puede realizar todo acuerdo que no transgreda el orden público, las buenas costumbres o las normas imperativas; los arts. 1284 y 1288 C.C. reiteran este criterio, lo que, a la inversa, señala que es moralmente posible lo no prohibido por la ley o no contrario a las buenas costumbres y el orden público.

Especial referencia queremos hacer al art. 1260 C.C. como norma que, al regular los contratos innominados, respalda ampliamente el criterio de la autonomía negocial.

Esta norma dispone: “los contratos, ya tengan o no denominación particular están sujetos a los mismos principios generales. Las reglas particulares de los contratos nominados se establecen en el artículo respectivo, y las peculiares a las transacciones mercantiles en la ley comercial”. De esta norma se deduce la libertad de tipificación contractual, o sea, de poder crear contractualmente el contrato acorde a las necesidades en el respeto del orden jurídico, más allá de los tipos contractuales regulados en el Código Civil y normas complementarias.

La autonomía privada permite crear una solución negociada acorde al caso concreto, ajustando la vigencia del derecho contractual a las nuevas necesidades y con ello contribuyendo a un verdadero desarrollo del derecho privado. Puede por acuerdo de partes establecerse nuevos tipos contractuales: mixtos, combinados, coligados... El ingenio humano no tiene límites.

En el ámbito del derecho público las reglas son totalmente diversas pues aquí lo que rige es la tipicidad y la posibilidad de hacer sólo lo que la norma expresamente habilita.

En realidad, el principio de la autonomía privada negocial está referido en las normas antes mencionadas en forma implícita porque no es enunciado directamente sino que se le supone. Preocupó más hacer referencia a los límites de esta autonomía (arts. 8, 1284, 1288 C.C.), a

su efecto vinculante (art. 1291 inciso 1º C.C.), a las posibilidades de crear nuevos tipos (art. 1260 C.C.), que hacer referencia a su consagración expresa.

También el art. 1246 C.C. señala que las obligaciones ya del concurso real de dos voluntades, de dos o más personas, como los contratos... En el art. 1247 C.C. se establece con claridad que el contrato es una convención por la cual una parte se obliga para con la otra o ambas partes se obligan recíprocamente a una prestación cualquiera, esto es, a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Desde nuestro punto de vista la norma que en el Código Civil consagra con más claridad la verdadera intención y trascendencia de la autonomía privada negocial es el art. 1291 inc. 2º, en cuanto señala: “Todos (los contratos) deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o a la ley”. De esta norma se deduce con claridad que la buena fe es la esencia misma del contrato, no cumple una función subsidiaria o secundaria sino que todos los contratos en todas las circunstancias deben ejecutarse de buena fe. Ello implica, en todos los casos, no solamente algunos, que los contratos obligan no sólo lo que en ellos se expresa. O sea, no cuenta sólo lo establecido por las partes sino, en todos los casos y no solamente en algunos, el contrato obliga a las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o a la ley. No existe ningún contrato que se puede interpretar y concebir al margen de la equidad, los usos o lo que dispone la ley. La buena fe se impone como efecto al contrato, cumpliendo una función interpretativa e integradora ineludible.

E. Conclusiones

El valor que tiene o se le asigna a la autonomía privada negocial parte de una concepción de la persona cuya dignidad se centraliza en la idea de ser libre y poder adoptar decisiones que protejan sus intereses. A su vez, una política económica de libre mercado canaliza esa libertad en una combinación equilibrada en la que se protege el poder económico en el juego de la oferta y la demanda que le permite a la persona desarrollarse en la convivencia social. El fundamento de la autonomía

privada negocial en su poder de hacer, se basa así en el respeto de la persona y en el desarrollo de una política de libertad económica que la respalda. Así, a la pregunta de porqué obliga el contrato, la respuesta debe ser porque el orden jurídico reconoce la tutela de la libertad, la que ejercida por la persona justifica no sólo que ésta se obligue sino también que responda de sus decisiones.

Así, el fundamento del vínculo está en la voluntad declarada y reconocida por el orden jurídico. Este da valor no sólo a la voluntad sino a la buena fe y la protege en sus diversas manifestaciones. Ghestin³⁷ señala que la autonomía de la voluntad no puede presentarse ya como el fundamento único de la fuerza obligatoria del contrato. Para el autor referido el fundamento del vínculo está en la conciliación del derecho objetivo con lo útil y con lo justo³⁸. Destacan estos autores que la autonomía de voluntad tiene poder creador originario pero no final. El poder creador de la autonomía es inicial y es delegado o autorizado por la norma, pero luego los efectos finales se logran en su interacción con el orden jurídico.

³⁷ GHESTIN ob. cit., n. 159

³⁸ GHESTIN ob. cit., n. 251; idem: ROUHETTE, "La force obligatoire du contrat", en *Le contrat aujourd'hui*, París, 1987.

LA INTEGRACIÓN DEL CONTRATO. PERSPECTIVAS. TENDENCIAS *

FERNANDO LÓPEZ DE ZAVALÍA

Sumario: Introducción. 1. Integración. Concepto y clases. 1.1. Clasificaciones. 1.2. Complejidad de problemas comprometidos. 1.3. Propósito de esta exposición. 2. La disputa entre Teoría de la voluntad y Teoría de la declaración. 3. Debate entre las teorías de la *intentio iuris* y la *intentio facti*. 3.1. Enunciación de las dos teorías. 3.2. Los “títulos” y fundamentos de la teoría de la intención jurídica. 3.3. Variaciones de la tesis de la intención jurídica. 3.4. Antecedentes y difusión de la tesis de la intención empírica. 4. Incidencia de ambas teorías en materia de integración del contrato. 4.1. Influencia en la integración supletoria. 4.2. Influencia en la integración imperativa. Clases de invalidez. 4.3. Nuestro Derecho positivo. La regla y las excepciones. 5. Reflexiones finales.

* En lo sustancial, el presente trabajo reproduce -con algunas modificaciones y agregados, entre las que se cuenta la inserción de notas al pie- el texto de una disertación pronunciada durante las Jornadas Preparatorias de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en San Salvador de Jujuy los días 13 y 14 de Agosto de 2009. A pedido de algunos amigos presentes, entre los que menciono a Benjamín Moisés, y Rodrigo Padilla, accedí a publicarlo en este libro de homenaje. Tras algunas cavilaciones, decidí hacerlo aún con plena conciencia de que solo la amistad, podía explicar la benevolencia con que fueran recibidas mis palabras, en la esperanza de que, a su turno, sea ese sentimiento el que también inspire el juicio del homenajeado sobre este modesto ensayo. Esperanza que cobra vuelo no solamente alentada por la generosidad y tolerante amplitud de juicio para con quienes todavía no han culminado su aprendizaje que siempre ha caracterizado a este gran Maestro del Derecho que es don Luis Moisset de Espanés, sino también por la circunstancia de que, mediante este trabajo sólo he perseguido desarrollar ideas y profundizar líneas de investigación abiertas por quien, en vida, fuera uno de sus grandes amigos, mi inolvidable padre, don Fernando Justo López de Zavalía.

Introducción

El tema de esta exposición, es fascinante¹. De entrada apasiona aún al observador más flemático, por las múltiples aristas que presenta. Todas las grandes disputas acerca del negocio jurídico parecen confluír en él, para darle un horizonte inagotable.

Con lo dicho, me estoy poniendo a cubierto de antemano: podré quizás agotar a mi auditorio, pero el tema propuesto... ¡jamás!

Por ello, mi intención será mucho más modesta, solamente trataré de perfilar algunos de los grandes problemas que aquí se encuentran comprometidos.

1. Integración. Concepto y clases

Llamamos integración, a la operación que consiste en *añadir* a lo que las partes dijeron, otras reglas que no explicitaron pero que resultan necesarias para conocer el alcance de sus derechos y deberes. Lo explícito del contrato se integra, se completa, por vía de agregación, con otros datos que tienden a llenar las lagunas de su regulación, y forman un todo a interpretar¹.

Al denominarla operación, estamos utilizando un término feliz por lo poco comprometedor, pues no prejuzga acerca de su naturaleza jurídica².

¹ LÓPEZ DE ZAVALÍA: *Teoría de los contratos*, t. I, Buenos Aires 1997, § 25, IV, 1. Desde luego, es posible encontrar tantas definiciones como autores, y en cada una irá implícita una toma de posición respecto de los distintos problemas que son materia de debate por la doctrina. Así, v.g. Vincenzo ROPPO (*El contrato*, Lima, 2009, Cap. XXI, p. 453) nos dice que “es la construcción del reglamento contractual por obra de fuentes heterónomas, es decir diversas de la voluntad de las partes”.

² Decimos que todas las grandes disputas acerca del negocio jurídico parecen confluír en el tema, y la primera es obviamente la relacionada a su naturaleza, sobre la cual existe una elegante controversia, que se traslada -mutatis mutandi- a la teoría del contrato. Por ello, correctamente y siguiendo a CASSELLA, FONTANARROSA (*Derecho Comercial Argentino*, t. II, N° 55, p. 150 y nota 45) ha señalado que “su enfoque y solución dependen de la concepción que se tenga del contrato”

1.1. Clasificaciones

Vincenzo Roppo ha propuesto clasificar el fenómeno, siguiendo dos criterios distintivos: el de los *fines* que persigue, y el de los *modos* como se realiza ³; a estos dos criterios vamos a agregar un tercero, que examinaremos en primer término, para conjugarlo con los anteriores: el de las *fuentes* a las que acude ⁴.

a) Por las *fuentes* a las que acude, suele hablarse de una autointegración y de una heterointegración. La autointegración opera *dentro* del contrato. Si las cláusulas del mismo prevén determinadas situaciones y surge una imprevista, pero análoga, se razona que debe tener una regulación similar⁵; cierta doctrina la ha denominado interpretación integradora ⁶, pero existe una gran anarquía entre los juristas, acerca del uso de este último vocablo por lo que vamos a dejar dicho problema fuera de esta exposición ⁷. La heterointegración parte de *fuera* del contrato, anexándole reglas que no pueden obtenerse por el solo examen desde dentro del negocio ⁸, como son las derivadas de las leyes supletorias e imperativas, los usos, la buena fe, y la equidad.

A su turno, esta, aquí denominada, heterointegración puede ser examinada con los criterios que propone Roppo, y clasificarla:

³ Vincenzo ROPPO, *El contrato*, Cap. XXI, p. 453.

⁴ Criterio que nos inspira una relectura de LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos*, t. I, § 25, IV, 1, para combinarla con las enseñanzas del maestro ROPPO, y que exponemos en primer término porque, como se ha de ver, los distingos del maestro italiano son predicables de la heterointegración

⁵ LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos*, t. I, § 25, IV, 1.

⁶ FONTANARROSA, *Derecho Comercial Argentino*, t. II, N° 56, p. 158; Luis DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial*, vol. I, Madrid 1993, Cap. XV, N° 15, p. 380.

⁷ Como lo señala LÓPEZ DE ZAVALÍA (*Teoría de los contratos*, t. I, § 25, IV, nota 10), con cita de las opiniones de MESSINEO, BETTI, y CARIOTA FERRARA. Así, según este último autor (*Il Negozio giuridico*, Napoli, 1949, N° 161, p. 673), verdadera interpretación se daría en la orientada subjetivamente, pues desde que se tomaran pautas objetivas se caería ya en la interpretación integradora, reservando el nombre de "integración" para todos los casos de inserción de cláusulas legales

⁸ LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos*, t. I, § 25, IV, 1.

b) Por los *fines* que persigue, cabe distinguir entre integración supletoria e integración imperativa. La primera es amiga de la autonomía privada, y la segunda su antagonista, porque sacrifica la libertad contractual en nombre de intereses que se suponen superiores ⁹.

c) Por los *modos* como procede, la integración puede ser legal o judicial ¹⁰. En la primera, la fuente directa de la integración es una ley en sentido material, tal como una norma supletoria, una regla de costumbre, o un uso contractual, que está definida con precisión antes del acto de integración ¹¹. En la segunda, la fuente directa de la integración es la apreciación judicial que crea *ex post* la regla de conducta a partir de una fuente indirecta, tal como la equidad o la buena fe ¹².

1.2. Complejidad de problemas comprometidos

La sola enunciación de esta clasificación, ya nos está revelando que el análisis de los numerosos problemas que implica, demandaría una extensa monografía. Pero, a fuer de sinceros, la tarea no solamente excede los límites temporales acordados para esta exposición, sino también los subjetivos derivados de nuestras capacidades naturales.

⁹ Vincenzo ROPPO, *El contrato* , Cap. XXI, ps. 453 y 465.

¹⁰ Vincenzo ROPPO, *El contrato* , Cap. XXI, p. 453.

¹¹ Vincenzo ROPPO, *El contrato* , Cap. XXI, N° 2 a 4, p. 453 a 457. Como enseña este autor, la integración supletoria “va al encuentro de una autonomía privada trunca o claudicante, y la sustenta, permitiéndole realizar sus objetivos”. Por ello se trata de un apoyo eventual, subordinado, y siempre respetuoso del programa trazado por la autonomía privada.

¹² Vincenzo ROPPO, *El contrato* , Cap. XXI, N° 5 a 8, p. 457 a 465. Coincidimos con este autor en que la equidad y la buena fe configuran fuentes de integración supletoria judicial (op. cit. XXI.2, p. 455), pues ni la equidad (op. cit. XXI. 5, p. 459), ni la buena fe -salvo la imposibilidad de una derogación generalizada y “en blanco” del principio- (op. cit., XXI. 6, p. 461), configuran fuentes de integración imperativa que puedan invocarse para apartarse del programa contractual. Por las razones que expondremos en el texto, compartimos con el autor la tesis según la cual sólo la ley puede ser fuente de integración imperativa (op. cit., XXI. 10, y 11 p. 465 y ss), y que en consecuencia esta nunca podría ser judicial. Conf. con el carácter meramente supletorio de estas fuentes: Francesco GALGANO, *El negocio jurídico* , Valencia 1992, N° 16, p. 79; Luis DIEZ PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial* , vol. I, Cap. XII, N° 18, p. 338.

1.3. Propósito de esta exposición

Por ello, hemos trazado un plan bastante menos ambicioso para esta exposición. Puesto que he dicho que todas las grandes disputas acerca del negocio jurídico parecen confluir en el tema, voy a conformarme si logro exponer con relativa claridad, de qué manera inciden sobre él algunas de las más conocidas.

Pues según sean las perspectivas teóricas que se adopten, distintas serán las soluciones que se den a cada uno de los problemas en juego.

2. La disputa entre Teoría de la voluntad y Teoría de la declaración

Habíamos proyectado hablar de la célebre disputa entre los partidarios de la Teoría de la voluntad, y los defensores de la Teoría de la declaración.

Pero lamentablemente con ello excederíamos con creces la extensión fijada; por ello, nos limitaremos a dar un ejemplo del modo en que la adopción de dichas teorías, puede incidir en el tema de la integración.

Quieren los partidarios de la Teoría de la voluntad que la integración del contrato tiene por objeto la búsqueda de la voluntad psicológica tácita o presunta de los contratantes, y por ello, al decir de Luigi Ferri, sus cultores considerarán las normas supletorias como normas meramente interpretativas de dicha voluntad ¹³.

Contra esta postura se levantan Ferri ¹⁴, y Von Thur ¹⁵, con razones bien fundadas, pero que no vamos a examinar en esta oportunidad.

¹³ Luigi FERRI, *Lecciones sobre el contrato*, Lima, 2004, segunda parte, cap. I, N° 10, p. 173.

¹⁴ Luigi FERRI, *Lecciones sobre el contrato*, segunda parte, cap. I, N° 10, ps. 173 y 174.

¹⁵ VON TUHR, *Teoría general del derecho civil alemán*, Buenos Aires, 1947, vol. II.1, § 50, V, texto y nota 129, p. 184, y vol. II.2, § 64, II, ps. 227 y 228.

3. Debate entre las teorías de la *intentio iuris* y la *intentio facti*

Dejemos esta disputa, y vayamos al debate entre los partidarios de la intención jurídica, o *Intentio Iuris*, y los partidarios de la intención empírica, o *Intentio facti*¹⁶, para ver de qué manera inciden en el tema propuesto.

3.1. Enunciación de las dos teorías

Para los partidarios de la tesis de la *intentio iuris* la diferencia entre un simple acto voluntario lícito y un negocio jurídico debe establecerse teniendo en cuenta el objeto del querer, esto es la clase de modificación perseguida por la voluntad¹⁷.

Según sus cultores, en los simples actos voluntarios lícitos la voluntad persigue una finalidad práctica, puramente empírica, o económico-social, y los efectos jurídicos se producen independientemente de su voluntad. En los negocios jurídicos la voluntad persigue, **además** de ese resultado práctico o empírico, una modificación en el mundo de los valores, una mutación jurídica para crear, modificar, transferir o extinguir derechos, **y los efectos jurídicos se produce porque estos han sido querido como tales**.

Es una doctrina de vieja raigambre, que merece el calificativo de “clásica”. Esa intención jurídica es lo que en materia contractual se conoce como el “*animus contrahende obligationis*”. Es la tesis que

¹⁶La bibliografía sobre el tema, tanto en la doctrina nacional como en la extranjera es muy extensa, como puede inferirse de las citas contenidas en las próximas notas. Para un tratamiento específico, en la doctrina nacional, puede consultarse LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Las doctrinas de la intención jurídica y de la intención empírica* en *Revista jurídica*, n° 9, de la U.N.T. (su texto puede consultarse en la página web de la Academia de Derecho de Córdoba en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/las-doctrinas-de-la-intencion-juridica-y-de-la>); del mismo autor: *Teoría de los contratos*, § 7, V; Alfredo ORGAZ, *El acto o negocio jurídico*, incluido en *Nuevos estudios de Derecho Civil*, Buenos Aires, 1954, ps. 200 a 218.

¹⁷LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos*, § 7, V, 1.

enseñaran Pothier¹⁸, y los comentaristas del Código Napoleón en Francia; Savigny¹⁹, Windscheid²⁰, Enneccerus²¹, Von Thur²², Hedemann, Lehmann²², Flume²⁴, en Alemania; en Italia Fadda y Bensa, Messineo²⁵, Gorla²⁶, Santoro-Passarelli²⁷, Stolfi²⁸, y más recientemente Giovanni Battista Ferri²⁹; y entre nosotros, Borda³⁰ y Orgaz³¹.

¹⁸ Robert S. POTHIER, *Traité des obligations*, Paris, 1824, N° 3: “solo las promesas que hacemos con intención de obligarnos, y de conceder a aquel a quien se las hacemos el derecho de exigir su cumplimiento, pueden formar un contrato y una convención”. Hay traducción al castellano, efectuada en México por la Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

¹⁹ SAVIGNY, *Traité de Droit Romain*, traduit par M. Ch Guenoux, t. III, Paris, 1943, § CIV, p. 1 a 8; ver también SAVIGNY, *Sistema de Derecho Romano actual*, traducción al castellano de edición francesa efectuada por Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, 1878, t. II, § CIV, donde puede leerse: “Los hechos jurídicos pueden proceder [...] De *actos libres* de la persona interesada, es decir, de aquella a quien afecta la ganancia ó la pérdida [...] En cuanto á los actos libres la voluntad del agente es susceptible de dos modos de actividad: a) puede tener por objeto inmediato formar ó destruir la relación de derecho, aun cuando esto no sea sino un medio de conseguir un fin ulterior no jurídico ...; y entonces se llama á los hechos de esta especie *manifestaciones de voluntad*. b) puede tener directamente por objeto un fin no jurídico, de suerte que los efectos jurídicos aparezcan á la conciencia como subordinados (g), ó no aparezcan en absoluto (h)”.

²⁰ WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, Torino, 1926, § 69: “Negocio jurídico es una declaración privada de voluntad, que apunta a producir un efecto jurídico [...] El negocio jurídico es declaración de voluntad. Se declara querer, que tenga lugar un efecto jurídico, y el ordenamiento jurídico hace que este efecto tenga lugar, porque eso es querido por el autor del negocio jurídico”.

²¹ ENNECCERUS - NIPPERDEY, *Tratado de derecho civil. Parte general*, Barcelona, 1953, § 136: “El contenido de la declaración tiene que dirigirse a provocar un efecto jurídico”.

²² VON TUHR, *Teoría general del derecho civil alemán*, Buenos Aires, 1947, vol. II.1, § 50, V y VI, ps. 180 a 194; en p. 180, puede leerse: “La declaración de voluntad negocial procura un efecto jurídico, y la ley ampara la voluntad de las partes dando nacimiento al efecto que en la declaración resulta como querido”.

²³ LEHMANN, *Tratado de derecho civil. Parte general*, Madrid, 1956, § 24, I.

²⁴ Werner FLUME, *El negocio jurídico*, Madrid, 1998, § 1, especialmente en los N° 3 a 5, ps. 25 a 30.

²⁵ MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial*, Buenos Aires, 1971, t. II, § 34, N° 1.

²⁶ GORLA, *El contrato*, Barcelona, 1955, p. 25 y ss..

Y es la tesis que recogen la exposición de motivos del BGB ³², y los arts. 944 y 1197 de nuestro Código Civil.

En el polo opuesto se encuentra la teoría de la intención empírica, para la cual el sujeto del negocio persigue un fin puramente práctico, busca alcanzar un fin económico social, y *el Derecho adscribe a esa actuación un determinado efecto jurídico, independientemente de que haya sido querido como tal* ³³.

En palabras de Danz, “*jamás ocurre que la voluntad interna del que celebra un negocio jurídico se proponga producir un resultado de derecho... persigue de ordinario un resultado económico*” ³⁴.

²⁷ Francesco SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1964, N° 26, p. 125.

²⁸ Giuseppe STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, ps. 1 y 48.

²⁹ Giovanni Battista FERRI, *El negocio jurídico*, Lima, 2002, N° 3 p. 112 a 125; del mismo autor: *El negocio jurídico. 4 estudios fundamentales*, Lima, 2001. Aunque no siempre compartimos sus afirmaciones y puntos de vista, nos vemos en el deber moral de reconocer que el enfoque de este autor representa un agudo y exquisito intento por desnudar los aspectos ideológicos que muchas veces se agitan detrás de las teorías.

³⁰ Guillermo BORDA, *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, Buenos Aires, 2004, t. II, N° 825.

³¹ Alfredo ORGAZ, *El acto o negocio jurídico*, incluido en *Nuevos estudios de derecho civil*, ps. 200 a 218. En dicho ensayo, el autor rectifica expresamente el juicio contrario que expusiera en su artículo “El concepto del acto jurídico”, publicado originalmente en Lima, y reproducido en *Estudios de derecho civil*, Buenos Aires, 1948.

³² Dice esa exposición “La ley dispone el efecto jurídico, en razón de que las partes lo quieren”.

³³ Cabe apuntar que la tesis clásica jamás negó la existencia de ese fin práctico; simplemente negó que el acto se agotara en ese fin puramente empírico, como puede inferirse de la lectura del siguiente pasaje de SAVIGNY (*Traité de Droit Romain*, t. III, § CIV): “En cuanto á los actos libres la voluntad del agente es susceptible de dos modos de actividad: a) puede tener por objeto inmediato formar ó destruir la relación de derecho, aun cuando esto no sea sino un medio de conseguir un fin ulterior no jurídico ...; y entonces se llama á los hechos de esta especie *manifestaciones de voluntad*”.

³⁴ E. DANZ, *La interpretación de los negocios jurídicos*, Madrid, 1926, p. 21. El pasaje ha alcanzado cierta celebridad, pues es frecuentemente citado (v.gr. Alfredo ORGAZ, *El acto o negocio jurídico*, nota 21; LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Las doctrinas de la intención jurídica y de la intención empírica*) y dice así: “Por lo que se refiere al requisito del resultado jurídico que ha de perseguir la voluntad, jamás ocurre que la intención, la

Esta tesis cuenta entre sus filas, también, a ilustres expositores, como Danz ³⁵ y Betti ³⁶ y que, entre nosotros, tuvo el apoyo de Orgaz, quien luego la abandonó para retornar a la doctrina clásica ³⁷.

voluntad interna del que celebra un negocio jurídico, se proponga producir un resultado de *derecho*. El que entra en un restaurante y pide una buena comida, el que alquila una casa bonita y bien situada, o pide prestado el paraguas a un amigo porque llueve, no pretende, evidentemente, en su interna voluntad, adquirir algo simplemente *imaginario*, *el crédito* que nace de un *contrato de compra* o de *arrendamiento*, porque eso no le sirve para acallar el hambre ni para habitar la casa o guarecerse de la lluvia. La voluntad interna del que celebra un negocio jurídico persigue de ordinario un resultado económico: procurarse el disfrute de una cosa, sea por un cierto tiempo, como en el contrato de alquiler y en el de préstamo, o de un modo definitivo y absoluto, como en el de compra”. Para la crítica a su postura, ver: VON TUHR, *Teoría general del derecho civil alemán*, vol. II.1, § 50, V y VI, y los autores citados en la primera parte de esta misma nota; para una réplica a esos argumentos de los partidarios de la doctrina clásica, y una nueva defensa de la tesis de la intención empírica, ver: Renato SCOGNAMIGLIO, *Contribución a la teoría del negocio jurídico*, Lima, 2004, N° 91 a 93, ps. 263 a 275.

³⁵ E. DANZ, *La interpretación de los negocios jurídicos*, p. 21 y ss.

³⁶ Emilio BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943, ps. 60-61, nota 1, del mismo autor: *Reflexiones sobre la noción del negocio jurídico*, incluido en la obra: *Teoría General del negocio jurídico. 4 estudios fundamentales*, Lima, 2001. Su autoridad y prestigio ha ejercido una notable influencia en otros grandes juristas italianos; así por ejemplo en Renato SCOGNAMIGLIO, *Contribución a la teoría del negocio jurídico*, N° 91 a 93 (del mismo autor, y en idéntico sentido: *El negocio jurídico, aspectos generales*, incluido en la misma obra: *Teoría general del negocio jurídico. 4 estudios fundamentales*); e incluso en el ilustre CARIOTA FERRARA (*Il Negozio giuridico*, N° 18, ps. 55 a 58). Y ello al punto que Giovanni Battista FERRI (*El negocio jurídico*, N° 3, ps. 117 a 118), tras señalar que la tesis de BETTI “termina atribuyendo al ordenamiento estatal la exclusividad de un monopolio, propiamente dicho, de **lo jurídico**”, agrega: “A las mismas conclusiones [...] arribará otro Maestro del derecho civil, en quien no se pueden sospechar nostalgias estatistas”, para concluir páginas más adelante (p. 124) “esta idea de un sustancial carácter estatal del derecho civil (cuya carencia de fundamento se comienza a apreciar hoy en día, y que Filippo VASALLI rechazó enérgicamente, sin ser escuchado), ha logrado enraizarse, aunque con diferentes matices, en el pensamiento de civilistas italianos bastante distintos entre sí, por ideologías, sensibilidades y culturas”.

³⁷ Conforme lo aclara en nota 22 de su citado ensayo, *El acto o negocio jurídico*.

3.2. Los “títulos” y fundamentos de la teoría de la intención jurídica

Pero más allá de sus cultores, no son iguales los pergaminos que exhibe la Teoría de la intención jurídica, comparándolos con los que presenta la tesis de la intención empírica.

La teoría de la intención jurídica es fruto de un precipitado cultural, donde confluye gran parte de la historia de occidente, a través de una pluralidad de fuentes filosóficas y políticas. Por ello, sería inexacto, comportaría deformar la historia, afirmar que es fruto del liberalismo individualista. Correcto, en cambio, sería decir que se trataba de ideas que esta corriente se apropió, pero que ya estaban arraigadas en el ambiente cultural de occidente ³⁸.

Para demostrarlo, formulemos la siguiente pregunta: ¿Por qué según la tesis de la *Intentio Iuris*, la mutación jurídica, el efecto jurídico, se produce por voluntad del propio interesado?

Veremos que, en la elaboración de la respuesta, ha confluído una pluralidad de fuentes.

³⁸ Conforme enseña Gabriel ZANOTTI (*Modernidad e iluminismo*, Revista Estudios Públicos, N° 35, 1989, ps. 233 a 254, y en *Libertas*, N° 11, 1989), siguiendo a SCIACCA, lo que ha generado confusiones en este terreno es no distinguir la modernidad del iluminismo, “que sería luego condenado bajo el término “liberalismo” por el Papa León XIII en la encíclica *Libertas* de 1888”. La primera se inscribiría en la lógica de la tradición cristiana, mientras que el segundo comportaría su principal deformación, y cuya “más profunda esencia es su radical voluntad de inmanencia. Esto significa que el Iluminismo toma los tres elementos típicos de la humanidad y los deforma, enfrentándolos dialécticamente con lo sobrenatural y trascendente”. Concluye sus reflexiones, del siguiente modo “este mundo podría ser mejor de lo que es si el proyecto de la Modernidad –incumplido- hubiera penetrado profundamente en nuestra cultura. Las guerras, las condiciones infrahumanas de vida y los totalitarismos que ocasionan un espantoso y terriblemente injusto sufrimiento a millones de seres humanos podrían evitarse, si las características del proyecto de la Modernidad -en continuidad con el Medioevo- se cumplieran. La paz es posible: un mundo acorde con la naturaleza humana es posible. Lo utópico es pensar que el mundo puede seguir indefinidamente tal como está. Y es en esto donde los pensadores católicos tenemos una gran responsabilidad. Confundir a los sanos elementos de la Modernidad con los elementos malsanos del Iluminismo sólo conduce a que dichos sanos elementos encuentren refugio no en la filosofía cristiana, sino en los elementos iluministas con los cuales no deberían estar”.

3.2.1. En esa respuesta influye la doctrina canónica, que otorga un valor fundamental al consenso, y afirma la idea de que la voluntad es la fuente de la obligación. Tal es lo que establece la regla N° 29 de la colección *De regulis iuris* que se incluyen en el Libro Sexto de las Decretales, promulgado en 1298 por el Papa Bonifacio VIII: “*Quod omnes tangit debet ab omnibus approbari*”³⁹.

La doctrina canónica se encontraba inspirada en motivos éticos y religiosos, que imponían la fidelidad a la palabra dada, y el deber de veracidad, pues faltar a esos deberes era considerado una mentira, y por lo tanto un pecado. Por eso en la *Summa* se puede leer: “*mendacium est si quis non impleat quod promisit*”⁴⁰.

Estas enseñanzas encajaban además con la tradición germánica⁴¹. En efecto, según Tácito⁴² los germanos mostraban tal pasión por los juegos de azar que, cuando ya habían perdido todo su patrimonio, se jugaban a sí mismos, y si el resultado les llevaba a perder su propia libertad, cumplían lo prometido sin la menor vacilación⁴³:

“El perdedor se convierte en esclavo sin oponer resistencia, dejándose maniatar y vender, aún siendo más joven o más fuerte. Tal

³⁹ Ver CORPUS IURIS CANONICI, EDITIO LIPSIENSIS SECUNDA POST AEMILII LUDOUICI RICHTERI, Pars IIa, Graz, 1955, p. 1122. Recuerda la regla a los mismos fines que se persiguen en el texto, Hans HATTENHAUER (*Conceptos fundamentales del Derecho Civil*, Barcelona, 1987, Cap. IV, 1, p. 68).

⁴⁰ *Summa*: IIª-IIae q. 110 a. 3 arg. 5, donde puede leerse: “Praeterea, mendacium est si quis non impleat quod promisit. Sed non omnia promissa sunt implenda, dicit enim Isidorus, in malis promissis rescinde fidem. Ergo non omne mendacium est vitandum”. Sobre el particular, comenta DIEZ PICAZO (*Fundamentos del Derecho civil Patrimonial*, vol. I, Cap. V, N° 3 a, p. 120) que en “la *Summa* se enuncia el principio *mendacium est si quis non **cumpleat** quod promisit*”. Entendemos que el Maestro español ha querido referirse al mismo pasaje, pero que, por un error de pluma, ha consignado *cumpleat* donde aquél texto dice *impleat*.

⁴¹ Hans HATTENHAUER, *Conceptos fundamentales del derecho civil*, Cap. IV, N° 4, p. 68.

⁴² En el párrafo XXIV, de *De Origine Et Situ Germanorum*.

⁴³ Hans HATTENHAUER, *Conceptos fundamentales del derecho civil*, Cap. IV, 1, ps. 63 y 64.

*es la terquedad que domina en estos asuntos absurdos. Ellos la llaman Treue”*⁴⁴.

Lo que los germanos llamaban Treue —explica Hattenhauer⁴⁵— no era sino el juramento que se prestaba antes del juego, con fórmulas y gestos mágicos, y que garantizaba el cumplimiento de lo prometido para evitar la venganza de los dioses.

3.2.2. También influye la Escuela clásica del Derecho Natural, para la cual el fundamento de toda obligación debía buscarse la libre voluntad del obligado⁴⁶.

3.2.3. Y, desde luego, influye el pensamiento Kantiano⁴⁷. En los Principios metafísicos del derecho, puede leerse:

“¿Pero qué cosa exterior adquiere por contrato? [...] no adquiere yo inmediatamente una cosa exterior, sino el hecho de una persona, hecho por medio del cual se pone esta cosa en mi poder, á fin de que yo la haga mía.—Adquiere, pues, por el contrato la promesa de otro (y no la cosa prometida). Y sin embargo, mi haber exte-

⁴⁴La versión ha sido tomada de HATTENHAUER, quien utiliza la palabra “*treue*”, posiblemente porque en las versiones en lengua alemana, el texto suele ser traducido del siguiente modo “*sie selbst nennen es treue Ehrlichkeit*”. El párrafo XXIV de DE ORIGINE ET SITV GERMANORVM del autor que hemos podido consultar, no emplea ese vocablo, sino el término “*fidem*”, pues literalmente dice: “*Aleam, quod mirere, sobrii inter seria exercent, tanta lucrandi perdendive temeritate, ut, cum omnia defecerunt, extremo ac novissimo iactu de libertate ac de corpore contendant. Victus voluntariam servitutem adit: quamvis iuvenior, quamvis robustior adligari se ac venire patitur. Ea est in re prava pervicacia; ipsi fidem vocant*”. Las versiones inglesas emplean el término “*honour*” (v.g. en la de Perseus se lee: *they themselves call it honour*), y en la traducción francesa de BURNOUF (1859) se lee “*loyauté*” (*eux l’appellent loyauté*).

⁴⁵Hans HATTENHAUER, *Conceptos fundamentales del derecho civil*, Cap. IV, 1, p. 64.

⁴⁶Sobre esto, ver: Hans HATTENHAUER, *Conceptos fundamentales del derecho civil*, Cap. IV, 2 a 4, ps. 65 a 68; Luis DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial*, vol. I, Cap. V, N° 3 a, p. 121; Benjamín MOISÁ, en su excelente tesis doctoral *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Buenos Aires, 2005, N° 9, ps. 47 y 48.

⁴⁷Hans HATTENHAUER, *Conceptos fundamentales del derecho civil*, Cap. IV, N° 4, ps. 68 y 69.

rior ha recibido algún aumento; soy mas rico por la adquisición de una obligación activa sobre la libertad y la fortuna de otro”⁴⁸.

El contrato viene a ser un instrumento mediante el cual un hombre pone a disposición de otro, una porción de su libertad⁴⁹. La filosofía kantiana concibe al hombre como un ente racional capaz de autodeterminarse conforme a un profundo sentido del deber dictado por su conciencia. A este “hombre”, así determinado, Kant lo llama “persona”.

3.2.4. En síntesis, para la tradición occidental, la persona es ser un abierto a la verdad y al bien, y por lo tanto capaz de autodeterminarse en esos valores. Cuando contrata, pone en juego esas capacidades, se empeña a sí mismo por decirlo de algún modo, porque pone a disposición del otro una porción de su libertad⁵⁰.

El derecho debe reconocer esa esfera de autodeterminación, ese ámbito de libertad y soberanía para asumir compromisos, como una necesidad derivada del respeto a la dignidad de la persona humana⁵¹.

⁴⁸ Emm KANT, *Principios metafísicos del derecho*, México, 1968, § XX, p. 109.

⁴⁹ Hans HATTENHAUER, *Conceptos fundamentales del derecho civil*, Cap. IV, N° 4, p. 69.

⁵⁰ Por eso, SAVIGNY (*Sistema de Derecho Romano actual*, § LIII), para distinguir el derecho de crédito del de dominio, llegaría a enseñar: “Las relaciones de derecho que tienen por objeto las personas extrañas no son tan simples, porque estas personas nos aparecen bajo dos aspectos enteramente diversos. Así una persona extraña puede estar, de igual modo que una cosa, sujeta al dominio de nuestra voluntad y sometida á nuestro poder; si este dominio es absoluto, la persona extraña pierde su carácter de libertad y de personalidad, de manera que realmente no ejercemos dominio sobre una persona, sino sobre una cosa. Nuestro derecho es la propiedad sobre un hombre, y tal era en realidad la esclavitud entre los romanos; pero si queremos representarnos una relación de derecho que establezca nuestro dominio sobre una persona sin destruir su libertad, un derecho que se parezca á la propiedad, y que, sin embargo, se distinga de ella, es preciso que este dominio no abrace la totalidad de la persona, sino solamente uno de sus actos, en cuyo caso dicho acto, sustraído al libre arbitrio de esta persona se somete al imperio de nuestra voluntad; ahora bien, las relaciones de derecho en virtud de las cuales ejercemos dominio sobre un acto determinado de otra persona se llaman *obligación*”.

⁵¹ Karl LARENZ, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Madrid, 1985, p. 67; del mismo autor: *Derecho civil. Parte general*, Madrid, 1978, § 2, I, p. 44 y ss; Werner FLUME, *El negocio jurídico*, § 1, especialmente en los N° 1 (p. 23), 2 (p. 25), y 5 (p. 29); Hans HATTENHAUER, *Conceptos fundamentales del derecho civil*, Cap. IV, N° 4,

3.3. Variaciones de la tesis de la intención jurídica

Combinada con la teoría de la voluntad, la teoría de la *Intentio Iuris* desemboca en el más crudo individualismo ⁵².

Pero ese no es un destino forzoso para la teoría que exponemos. Combinada con la teoría de la declaración, conjuga tanto lo individual como lo social que alienta en todo ser humano ⁵³. Desde esta perspectiva, hay autores que concluyen que la autonomía de la voluntad es un verdadero poder normativo reconocido a los particulares ⁵⁴.

De ese modo es posible distinguir entre las competencias del Estado, de una parte, y las responsabilidades y competencias propias de los particulares (individuos, comunidades, y asociaciones), de otra ⁵⁵. Estas últimas competencias, que no corresponden al Estado, suponen verdaderos límites a la extensión de su poder ⁵⁶.

Esta distribución de competencias entre el Estado, por una parte, y la Sociedad (como un quid compuesto de individuos, comunidades, y asociaciones, y que se contrapone a aquél), por la otra, nos lleva a la formula-

ps. 68 y 69; Luis DIEZ PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. I, Cap. V, N° 12 a 14, ps. 126 y 127; Benjamín MOISÁ, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, N° 36, ps. 153 y 154.

⁵²Fernando LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Las doctrinas de la intención jurídica y de la intención empírica* en Revista JURÍDICA, N° 9, de la U.N.T., p. 193.

⁵³Fernando LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Las doctrinas de la intención jurídica y de la intención empírica* en Revista Jurídica, N° 9, de la U.N.T., p. 194.

⁵⁴Luigi FERRI, *La autonomía privada*, Madrid, 1969, cap. I, N° 13, p. 42; del mismo autor: *Lecciones sobre el contrato*, Introducción, N° 7 y 8; Fernando LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos*, § 27, IV, p. 481.

⁵⁵Johannes MESSNER, *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*, Madrid, 1967, p. 164; en idéntico sentido, ver también: Rodolfo BARRA, *Principios de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1980, § 3, p. 36; Juan Carlos CASSAGNE, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1998, cap. II, N° 3, p. 64 y ss. Para el análisis del pensamiento de MESSNER, ver Alexander PYTLIK, *Diritto Naturale ed Etica Sociale nel pensiero di Johannes Messner (1891- 1984)*, Pontificia Università Lateranense, Roma, 2002.

⁵⁶Según MESSNER (op. cit., p. 164), “Sociedad, en este sentido estricto, significa todas las competencias que no corresponden al Estado y que por ello ponen límites a la extensión de su poder”.

ción del *principio de subsidiariedad*⁵⁷; según este principio, la competencia del Estado alcanza sólo a aquellos ámbitos de la vida social en los que la actividad de los particulares, no pueda o no deba desarrollarse⁵⁸.

La teoría del poder normativo de los particulares encuentra una cómoda ubicación en una **amplia** formulación de la doctrina de la separación de los poderes. La separación de los poderes no sólo existe en sentido, por así decirlo, **horizontal**: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. También se da en sentido vertical: Nación, Provincias, Municipios. Es en esa separación en sentido vertical, que se ubica el poder normativo de los negocios jurídicos de Derecho Privado⁵⁹.

En otras palabras, la organización democrática de una sociedad se edifica sobre la base del diálogo y consenso, pero ese diálogo y consenso debe respetarse en cada uno de los niveles competentes para adoptar decisiones.

En consecuencia, el poder normativo de los particulares es algo más que una libertad fundamental, es también una competencia inalienable del ciudadano, exigida por una recta ordenación de la sociedad⁶⁰. Por ello,

⁵⁷ Como correctamente lo señala Barra, (*Principios de derecho administrativo*, § 3, p. 37, nota 19) “El principio de subsidiariedad es una nota distintiva de la tradición cultural de occidente, encontrando diversas manifestaciones en nuestra historia [...] Demuestra que hace al fondo común de nuestra cultura el encontrarlo expresado en la programática de distintas corrientes políticas, que incluso no guardan una relación directa con aquella concepción de la filosofía social y se proclaman herederas de la Revolución Francesa”; en idéntico sentido: Juan Carlos CASSAGNE, *Derecho administrativo*, cap. II, N° 3, p. 64.

⁵⁸ Johannes MESSNER, *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*, p. 336; Rodolfo BARRA, *Principios de derecho administrativo*, § 3, p. 36. Siguiendo a este último autor (op. cit., ps. 37 y 38), quien a su turno adhiere a las enseñanzas de MESSNER y de Pío XI en la Encíclica *Quadragesimo Anno*, la “aplicación del principio de subsidiariedad importará regular los límites de las competencias estatales y, por consiguiente, fijar los alcances de todas las competencias sociales [...] Así entendido, el principio enunciado es de estricta implicancia jurídica”, pues “como lo explica Messner, el principio de subsidiariedad regula competencias sociales originadas en las responsabilidades inherentes de cada una de las agrupaciones y personas que forman el cuerpo comunitario”.

⁵⁹ Así lo enseñaba ya LÓPEZ DE ZAVALÍA, en sus clases de postgrado.

⁶⁰ En la Encíclica *Quadragesimo Anno*, N° 35, puede leerse: “Es verdad, y lo prueba la historia palmariamente, que la mudanza de las condiciones sociales hace que

toda restricción a dicho poder, debe ajustarse no solamente al principio de razonabilidad, sino también al de legalidad, lo cual -parafraseando a la más moderna doctrina penal- impone la necesidad de *lex praevia, certa, scripta y stricta* ⁶¹.

3.4. Antecedentes y difusión de la tesis de la intención empírica

No son los mismos los pergaminos de la teoría de la intención empírica.

Según nos informa Winscheid ⁶², sus primeros precursores, en el siglo XIX, fueron Lotmar, Lenel ⁶³, y Bechmann, pero sus ideas no hicieron fortuna sino hasta mucho tiempo después.

muchas cosas que antes hacían aun las asociaciones pequeñas, hoy no las puedan ejecutar sino las grandes colectividades. Y, sin embargo, queda en la filosofía social fijo y permanente aquel importantísimo principio que ni puede ser suprimido ni alterado; como es ilícito quitar a los particulares lo que con su propia iniciativa y propia actividad pueden realizar para encomendarlo a una comunidad, así también es injusto, y al mismo tiempo de grave perjuicio y perturbación para el recto orden social, confiar a una sociedad mayor y más elevada lo que comunidades menores e inferiores pueden hacer y procurar. Toda acción de la sociedad debe, por su naturaleza, prestar auxilio a los miembros del cuerpo social, mas nunca absorberlos y destruirlos”.

⁶¹ Según enseña la doctrina penalista, el principio de legalidad implica cuatro prohibiciones que se erigen en otras tantas garantías del ciudadano: prohibición de la retroactividad (*lege praevia*); prohibición de la indeterminación (*lege certa*); prohibición del derecho consuetudinario (*lege scripta*); y prohibición de la analogía (*lege stricta*). Para la formulación en esos términos del principio de legalidad penal, ver Hans Heinrich JESCHECK, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Granada, 1993, § 15 III; Claus ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1997, § 5; Johannes WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 1980, § 2; Enrique BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, Lima, 2004, cap. II, III; ver también Reinhart MAURACH, *Tratado de derecho penal*, Barcelona, 1962, § 10.

⁶² Puede, en efecto, leerse en WINDSCHEID (op. y loc. cit.): “En época más reciente busca hacerse valer una opinión, que niega ser al efecto del acto jurídico la consecuencia de la voluntad en este expresada; esta consecuencia tendría lugar por hecho del derecho, no por fuerza de la voluntad del autor del negocio [...] Bechmann [...] usa la expresión que la intención que informa al negocio jurídico es empírica”.

⁶³ Sin embargo, la opinión de LENEL, a estar a la información que nos proporciona FERRINI (en su trabajo: *Intenzione delle parti ed effetto dei negozi giuridici*, contenido

Fue recién con el advenimiento del nacionalsocialismo en Alemania, y del fascismo en Italia que estas ideas arraigaron con fuerza en la cultura jurídica de ambos países, frente a las necesidades políticas de elaborar “un ordenamiento jurídico encaminado a disminuir y controlar la acción individual”⁶⁴.

Por ello, la teoría de la intención empírica hará su aparición bastante nítida en la *Relazione del Guardasigilli* del Código italiano de 1942, pues después de puntualizar que, en materia de autonomía contractual, el ordenamiento no puede dar relevancia “al mero capricho individual sino a funciones útiles que tengan relevancia social”, aludía a contratos en los que las partes persiguen un “resultado práctico admitido por la conciencia civil y política, por la economía nacional, por las buenas costumbres, y por el orden público”⁶⁵.

Ambos regímenes políticos necesitaban degradar el contrato a un mero acto voluntario lícito productor de efectos jurídicos, por sola voluntad de la

en el vol. III de *Opere di Contardo Ferrini*, Milano, 1929, ps. 349 a 356), debe considerarse intermedia entre ambas teorías, pues atemperando la postura extrema de LOTMAR, admitía una relación indirecta entre intención y efecto, y enseñaba que las consecuencias jurídicas estaban destinadas a servir a los fines de las partes y se encontraban subordinados a estos. Según FERRINI, las enseñanzas de LENEL no tuvieron muchos adherentes en Alemania, donde fueron combatidas por DERNBURG, y menos todavía en Italia, donde merecieron duras críticas de PEROZZI. El trabajo de FERRINI, representa un agudo esfuerzo por reivindicar a LENEL, y rebatir a PEROZZI.

⁶⁴ Alessandro SOMMA, *El derecho fascista de los contratos: Una comparación con el modelo nacionalsocialista*, incluido en ps. 70 a 113 de la obra *Estudios sobre el contrato en general*, Lima, 2002, p. 81. El trabajo del distinguido autor italiano, cuya lectura íntegra recomendamos calurosamente, configura un sólido, brillante y valiente intento por desenmascarar ciertas perspectivas teóricas *non sanctas* subyacentes en la doctrina y legislación italiana de los años fascistas. Del mismo autor, en colaboración con Pier G. MONATERI, puede consultarse también *The Fascist Theory of Contract. A Comparative and Historical Inquiry into the Darker Side of Contract Law*, en *Cardozo Electronic Law Bulletin*. Accepted Paper -Serie 2009.

⁶⁵ *Relazione al re*, N° 603. Según apunta Giovanni Battista FERRI (*El negocio jurídico*, Segunda Parte, N° 2, p. 215, nota 50), la posición oficial del Guardasellos se encontraba inspirada en Betti. Para un análisis de ese texto, además de la citada obra de FERRI (p. 214 y ss.); ver también: Alessandro SOMMA, *El derecho fascista de los contratos: Una comparación con el modelo nacionalsocialista*, N° 6; Sabrina ROSSI, *Alcune riflessioni sulla nozione di meritevolezza dell'art. 1322 del Codice Civile. L'art. 2645-ter*, Università “G. d'Annunzio”, Dipartimento di Scienze giuridiche, Working papers.

ley ⁶⁶. Necesitaban desvincular los efectos del acto, de la voluntad de sus otorgantes ⁶⁷, para cumplir un programa que bien enunciara Stoll:

“Sobre la base de la ideología jurídica nacionalsocialista, la celebración del contrato constituye un evento relevante para la comunidad entera, Por ello, la intervención del estado en la celebración del contrato [...] es oportuna. Todos los actos autoritarios generales o especiales destinados a este fin son medidas [...] de una economía dirigida por el estado” ⁶⁸.

El nacionalsocialismo y el fascismo desconfiaban de la autonomía privada, y de la libertad de configuración que le era inherente. Por ello, buscaron redefinir el concepto de negocio jurídico para transformarlo en mero supuesto de hecho, desencadenante de las consecuencias previstas por la ley.

Soy consciente que estas cosas no suelen ser dichas con frecuencia, porque supone poner en tela de juicio la memoria de grandes maestros, y a veces de monumentos jurídicos enteros, como el Código italiano de 1942. Pero las ha dicho Hattenhauer ⁶⁹, y las han demostrado Pier Giuseppe Monateri y Alessandro Somma ⁷⁰, quien incluso recuerda, con

⁶⁶ Por ello, bien señala HATTENHAUER (*Conceptos fundamentales del derecho civil*, Cap. IV, 8, p. 74) que la “doctrina de la autonomía privada resultaba sospechosa tanto para los socialistas de Weimar como para los de la época hitleriana”.

⁶⁷ Alessandro SOMMA, *El derecho fascista de los contratos: Una comparación con el modelo nacionalsocialista*, N° 5, p. 92.

⁶⁸ H. STOLL, *Vertrag und Unrech*, vol. I, p. 45, citado por Alessandro SOMMA, *El derecho fascista de los contratos: Una comparación con el modelo nacionalsocialista*, N° 3, p. 84; también citado por MONATERI -SOMMA: *The Fascist Theory of Contract. A Comparative and Historical Inquiry into the Darker Side of Contract Law*, N° 2.

⁶⁹ Ello ha llevado a HATTENHAUER (*Conceptos fundamentales del derecho civil*, Cap. IV, 8, p. 73) a sostener que la “Cinco años después, finalizada la época hitleriana, nos tememos que Haupt hubiera tenido reparos en exteriorizar sus ideas con tanta claridad. La doctrina, dominante en 1941, de la absoluta primacía de la comunidad nacional, hizo que el concepto jurídico de persona y la fuerza de su voluntad parecieran definitivamente desfasados”.

⁷⁰ En sus magníficos trabajos, ya citados. Esa fue la tesis enseñada desde hace años por LÓPEZ DE ZAVALÍA, quien en su citada conferencia (*Las doctrinas de la intención jurídica y de la intención empírica* en Revista Jurídica, N° 9, de la U.N.T.) no dudó en afirmar “La doctrina de la intención empírica es totalitaria; el hombre no cuenta para

Guido Alpa, que probablemente *“la ausencia de reflexiones sobre estos aspectos sea la causa de que, en Italia “las cuentas con el fascismo de los juristas, y de los civilistas en particular, estén todavía por saldarse”* ⁷¹.

4. Incidencia de ambas teorías en materia de integración del contrato

¿Como inciden ambas teorías en el tema de la integración del contrato?

Brevemente, podemos decir:

4.1. Influencia en la integración supletoria

En el problema de la Integración supletoria de los contratos, la teoría de la intención empírica es receptiva a la integración judicial. Al decir de Alessandro Somma:

“Fascistas y nacionalsocialistas atribuyen a la magistratura la tarea de realizar el programa político del régimen mediante una relectura de las normas positivas preexistentes” ⁷².

Verdad es que posiblemente no obtuvieron todos los frutos que perseguieron. La razón debe buscarse en el carácter esencialmente conservador y antirrevolucionario que, al decir de Satta, configura la idea misma de proceso ⁷³.

nada; no interesa la idea de justicia que se haya formado al actuar; sólo se le respeta en cuanto expresamente protesta contra el Derecho, pero en forma negativa, a título de concesión; potencialmente el Derecho por sí lo puede todo”.

⁷¹ Alessandro SOMMA, *El derecho fascista de los contratos: Una comparación con el modelo nacionalsocialista*, Nº 10, p. 112.

⁷² Alessandro SOMMA, *El derecho fascista de los contratos: Una comparación con el modelo nacionalsocialista*, Nº 8, p. 103; en idéntico sentido: MONATERI -SOMMA: *The Fascist Theory of Contract. A Comparative and Historical Inquiry into the Darker Side of Contract Law*, Nº 7.

⁷³ En *Il mistero del processo*, texto de una magnífica conferencia pronunciada en la Universidad de Catania en 1949 incluido en ps. 39 a 50 de la obra *Soliloqui e Colloqui*

Por el contrario, la teoría de la intención jurídica es, en principio, refractaria, a toda integración judicial. Para decirlo con palabras de Giorgi:

“Cualquiera comprende que el juez no puede tener la libertad de trocar un contrato, sujetando a las partes a consecuencias jurídicas a que ellas no pensaron someterse”⁷⁴.

Personalmente prefiero dar otra respuesta menos subjetivista que me sugiere la lectura de Soler y Dworkin⁷⁵: el juez no puede convertirse

di un giurista, Padova 1968, reeditada en 2004, el maestro Salvatore Satta intenta desentrañar por qué paradójicas razones las revoluciones pretenden instrumentar al proceso para sus fines revolucionarios, pese a que “el proceso es un acto esencialmente y por definición antirrevolucionario, es un momento eterno del espíritu, y quien hace la revolución no puede quererlo sin negarse, de algún modo, a sí mismo”; agrega que los revolucionarios “Quieren el proceso, y lo quieren, obsérvese bien, verdaderamente, con todas las implicaciones que el mismo comporta. Se diría incluso paradójicamente que es la única cosa que verdaderamente quieren, porque es la única que pueden no querer: la muerte, las matanzas, bien podrían ellos consumarla y justificada -y así los espíritus menos llenos de prejuicios la justifican- como una inmensa medida de seguridad, que no tiene necesidad de apelarse a la justicia para distinguirse del asesinato [...] Quieren juzgar porque sin juicio no hay pena, porque quieren ser justos, en una palabra, porque reconocen en el juicio un momento eterno, frente al cual se detiene su movimiento convulso. Su drama se asemeja al del ateo, que no puede negar a Dios sin afirmarlo al mismo tiempo. Pero si este drama se desarrolla en *los fríos dominios del intelecto*, y por consiguiente puede dejarse tranquilamente sin solución, el drama que nosotros observamos se desarrolla bajo el signo tempestuoso de la acción y en la acción encuentra, como en el corte de la espada de Alejandro, su solución. En efecto, de la acción la revolución se transporta al juicio, y la antítesis inconciliable se compone en la fórmula: juicio revolucionario, proceso revolucionario, tribunal revolucionario [...] No tenemos necesidad, después de cuanto se ha dicho, de demostrar que la fórmula es carente de sentido. Si el juicio es juicio, no es revolucionario; si el juicio es revolucionario, no es juicio”.

⁷⁴GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, Madrid, 1932, N° 194

⁷⁵Conf. nuestro trabajo: *Acerca del pretendido “crepúsculo” del negocio jurídico*, publicado en *Revista Notarial*, N° 954 (2006), ps. 535 a 552. Como allí se apuntara, Dworkin ha combatido también las tesis de lo que SOLER denominara “realismo jurídico”, apuntando que, siguiendo su lógica interna, el juez termina convirtiéndose en un legislador que ha de crear retroactivamente la norma que rige el caso; de ese modo, se concluye violando un principio básico de la organización política moderna, cual es el de la separación de poderes. Para DWORKIN, el juez siempre ha de encontrar una respuesta correcta en el derecho preestablecido, pues carece de discreción y de poder político; el juez no puede constituirse en legislador, pues su función es garantizar derechos preestablecidos. Su

en un legislador que cree retroactivamente la norma que rige el caso. Ni el litigante debe soportar la penuria de conocer cuál era la conducta debida, recién en el momento mismo de escuchar la sentencia, porque de ese modo, se concluye violando un principio básico de la organización política moderna, cual es el de la separación de poderes. El juez carece de discreción y de poder político; no puede constituirse en legislador, pues su función es garantizar derechos preestablecidos.

En la integración supletoria de los contratos atípicos, la teoría de la intención empírica buscará subsumirlo en un tipo, a través de una de las tres teorías que se han ensayado, denominadas de la absorción, de la combinación, y de la aplicación analógica ⁷⁶.

Para la doctrina de la intención jurídica, sin descartar la utilización de esas teorías, lo fundamental será que su empleo armonice con la finalidad perseguida por los contratantes, de tal modo que de haber previsto el problema, las partes verosímelmente hubiesen querido la solución a la que se arribe.

4.2. Influencia en la integración imperativa. Clases de invalidez

Y vayamos finalmente al problema de la integración imperativa, que, al decir de Roppo, es antagonista de la autonomía privada, porque sacrifica la libertad contractual.

4.2.1. Para la teoría de la intención empírica, la regla será la nulidad parcial del contrato.

A fin de justificar la adopción de la regla, acude al principio de conservación del contrato, pero redefiniendo sus alcances. El principio ya no

tesis busca ser compatible con el postulado de la separación de poderes, puesto que el juez está subordinado a la ley y el derecho

⁷⁶ Para esas teorías, ver: LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos*, t. I, § 5, VII, 1, nota 27; DOMENICO RUBINO, *El negocio jurídico indirecto*, Madrid, 1953, Cap. II, N° 3, p. 55 y ss.; MOISSET DE ESPANÉS-MOISÁ, *La interpretación de los contratos en la República Argentina*, § 7, publicado en *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*, Lima, 2007, t. I, ps. 325-345.

será una pauta hermenéutica para elegir entre dos interpretaciones posibles, de una de las cuales resulte la validez, y de la otra la nulidad, sino la regla para dirimir cuestiones de nulidad ⁷⁷.

Al decir de Alessandro Somma, para los nacionalsocialistas una nulidad que no permita una reforma del contenido del acto, resulta un impedimento:

“[...] inconciliable con el propósito de adecuar el propósito individual a las exigencias del ordenamiento, y que representa, entonces, un exagerado respeto a la libertad contractual” ⁷⁸.

4.2.2. Para la teoría de la intención jurídica, la regla será la inversa, esto es la nulidad total, y sólo por excepción, la nulidad parcial. Es el principio sentado por el § 139 del BGB ⁷⁹.

La razón de esta solución, ha sido bien explicitada por Bibiloni, en materia de contratos:

“Sus cláusulas constituyen un conjunto. Lo que se ha querido no es tal parte aislada, y tal otra también aislada. Se ha querido el todo, tal como fue ajustado” ⁸⁰.

⁷⁷En ese sentido lo aplica GALGANO (*El negocio jurídico*, N° 78, p. 326 y ss.); en cambio, correctamente a nuestro parecer, ROPPO (*El contrato*, Cap. XX, N° 3 y 9, ps. 439 y 447; cap. XXIX, N° 2, p. 606; XXXVIII, N° 14, p. 788; y XXXIX, N° 1), dando preeminencia a la interpretación subjetiva sobre la objetiva, enseña que el principio no puede ser invocado para sustituir la voluntad de las partes, de donde concluye que la regla es la nulidad total (p. 793 y 794). En idéntico sentido que ROPPO, Luis DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial*, vol. I, Cap. XVIII, N° 13, p. 456.

⁷⁸Alessandro SOMMA, *El derecho fascista de los contratos: Una comparación con el modelo nacionalsocialista*, N° 8, p. 105, nota 97; en idéntico sentido: MONATERI - SOMMA, *The Fascist Theory of Contract. A Comparative and Historical Inquiry into the Darker Side of Contract Law*, N° 7, y nota 61. Ambos trabajos, señalan la peligrosa instrumentación política de una norma clásica como el § 138 del BGB, que prescribe la nulidad por infracción a las buenas costumbres, a partir de una redefinición en clave revolucionaria de lo que se debe entender por “buenas costumbres”, para avanzar -vía nulidad parcial- sobre el contenido del acto querido por las partes.

⁷⁹Para un análisis de dicho texto, ver VON TUHR, *Teoría general del derecho civil alemán*, vol. II.1, § 56, IV; LEHMANN, *Tratado de derecho civil. Parte general*, § 27, II. 1; Werner FLUME, *El negocio jurídico*, § 32.

⁸⁰J. A. BIBILONI, *Anteproyecto de reformas al Código Civil argentino*, Buenos Aires, 1929, t. I, p. 181.

4.3. Nuestro Derecho positivo. La regla y las excepciones

¿Cuál es la solución en nuestro Derecho positivo vigente?

Con Bibiloni, Llambías⁸¹, Borda⁸², y Arauz Castex⁸³, opinamos⁸⁴ que la regla en nuestro sistema es la nulidad total.

A tenor de lo estatuido por el art. 1039: ***“La nulidad parcial de una disposición en el acto, no perjudica a la otras disposiciones válidas, siempre que sean separables”***.

Ahora bien: para los contratos en general, será más que difícil suponer que pueda predicarse la posibilidad de separar las cláusulas. No parece ser ése el sistema del Código, que ya está anunciando la unidad de la declaración, cuando a propósito de la formación del consentimiento estatuye (art. 1152) que ***“cualquiera modificación que se hiciera en la oferta al aceptarla, importará la propuesta de un nuevo contrato”***; y que -a diferencia de otros sistemas- a propósito de las condiciones imposibles, contrarias a las buenas costumbres o prohibidas por las leyes, en lugar de tenerlas por no escritas, dispone directamente que dejan sin efecto la obligación (art. 530), y por lo tanto establece una nulidad total.

Pues ahondando el análisis, en el tema se encuentra en juego no solamente la libertad de configuración, sino también la de conclusión, y una garantía fundamental del ciudadano, amparada por la Constitución Nacional y reafirmada en el art. 1324 del Código Civil a cuyo tenor nadie puede ser obligado a contratar, ***“sino cuando se encuentre sometido a una necesidad jurídica de hacerlo”***. Y es que, en el fondo, como ya lo apuntaba Giorgi, el contratante queda vinculado a un acto distinto de aquél que tuvo en miras.

Por ello, a mi juicio correctamente, el art. 20 de la ley 19.549 dispone: i los elementos válidos de un acto administrativo nulo permitieren ***integrar otro*** que fuere válido, ***podrá efectuarse su conversión en éste***

⁸¹ Jorge J. LLAMBIÁS, *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, Buenos Aires, 2007, t. II N° 1894.

⁸² Guillermo BORDA, *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, Buenos Aires, 2004, t. II N° 1257.

⁸³ ARAUZ CASTEX, *Derecho civil. Parte general*, t. II, N° 1751.

⁸⁴ También esa era la enseñanza en clases de López de Zavalía.

consintiéndolo el administrado. La conversión tendrá efectos a partir del momento en que se perfeccione el nuevo acto

No deja de llamar la atención, que los administrativistas tengan ideas más claras que muchos civilistas sobre estos aspectos que tocan a la defensa de nuestras libertades fundamentales.

Por excepción, nuestro derecho contempla hipótesis concretas de nulidad parcial. Tal es lo que acontece en los supuestos de eliminación de cláusulas en virtud de la aplicación de *normas prohibitivas* (v.g. doctrina de los arts. 507, 1203, 2102 C. Civil), o en el de sustitución de cláusulas por obra de *normas conformativas* (doctrina de los arts. 1505 C. Civil, y 2 de la ley 23.091) ⁸⁵.

Y tal es lo que acontece en los contratos regulados por la Ley de Defensa del Consumidor, donde rige otro principio en consonancia con el orden público económico que palpita en el art. 42 de la Constitución nacional: la cláusula desnaturalizante se tiene por no convenida (art. 37). Aquí no rige el art. 1039 C. civil y en consecuencia no interesa que la cláusula desnaturalizante sea inseparable del resto del contenido, pues si tal llegara a ser el caso, la Ley de Defensa del Consumidor, estatuye también un régimen particular de nulidad parcial, otorgando al juez la facultad de integrar el contrato, introduciendo cláusulas en reemplazo, “si ello fuese necesario”

5. Reflexiones finales

El tiempo, ese tirano que en la mitología griega se devoraba a sus propios hijos, ha transcurrido en exceso.

Por ello, para cerrar esta exposición y dejar abierta la polémica, me permito someter a ustedes la siguiente reflexión: el gran debate filosófico en la actualidad pasa por discernir si el postmodernismo tiene derecho a echar por la borda todos los valores, ideas, y principios que encarnara la

⁸⁵ Para la distinción entre normas prohibitivas y conformativas, y su incidencia en materia de integración, remitimos a Vincenzo Roppo, *El contrato*, Cap. XXI, N° 10, p. 465 y ss

modernidad -para liberarse de ellos, en una suerte de rebelión contra meros condicionamientos sociales que solamente encarnarían gustos, manías o prejuicios- o si, por el contrario, dichos valores, ideas y principios deben conservarse por ser, al decir del filósofo español Choza, la legítima “*expresión de aspectos importantes para la vida humana*”.

Personalmente me enrolo en esta última posición. Soy de los que piensan que hay un verdadero legado cultural de Occidente, una tradición o fondo común que se ha expresado a través de distintos lenguajes que coinciden en un mismo contenido, y que hay que defender frente a los embates del postmodernismo.

Es una postura que incluso ha reunido a pensadores que provienen de las más variadas tradiciones filosóficas, tales como, por ejemplo, las que encarnan un conservador católico al modo de Ratzinger, y un neomarxista frankfurtiano como Habermas ⁸⁶.

Incluso este último autor, en defensa de esa tradición ⁸⁷, ha llegado a señalar que “*Los lenguajes seculares cuando se limitan a eliminar*

⁸⁶ Dicha coincidencia, pudo apreciarse en las dos ponencias de una “tarde de discusión” entre HABERMAS y RATZINGER, organizada por la Academia Católica de Baviera, que tuvo lugar el mes de enero de 2004. Los críticos filosóficos, en general, aunque señalaron que fue quizás “llamativa la casi completa coincidencia que en la discusión se produjo entre Habermas y Ratzinger” (Javier JIMÉNEZ REDONDO, en Dossier preparado para el curso de doctorado “El discurso filosófico de la Modernidad” - Universidad de Valencia, marzo de 2004), terminaron concediendo que no debía llamar tanto la atención “si se tiene en cuenta que el esquema conceptual más de fondo subyacente a ambas posiciones es el mismo” (JIMÉNEZ REDONDO, en op. y loc. cit.). Y ambos, en realidad, se han manifestado abierta y reiteradamente como críticos encendidos de la post-modernidad, y del relativismo cultural que trajo consigo.

⁸⁷ Jürgen HABERMAS, *Fe y saber* (2001) [Discurso de agradecimiento pronunciado por Jürgen HABERMAS en la *Pauskirche* de Frankfurt el día 14 de octubre de 2001, con motivo de la concesión del “premio de la paz” de los libreros alemanes]. Dice nuestro autor: “Y de hecho, el reverso de la libertad religiosa fue una pacificación del pluralismo cosmovisional que supuso una diferencia en las cargas de la prueba. Pues la verdad es que hasta ahora el Estado liberal sólo a los creyentes entre sus ciudadanos les exige que, por así decir, escindan su identidad en una parte privada y en una parte pública. Son ellos los que tienen que traducir sus convicciones religiosas a un lenguaje secular antes de que sus argumentos tengan la perspectiva de encontrar el asentimiento de mayorías. Y así hoy, católicos y protestantes, cuando reclaman para el óvulo fecundado fuera del seno materno el estatus de un portador de derechos fundamentales, hacen la tentativa (quizá algo

y tirar por la borda lo que se quiso decir en los lenguajes religiosos, no hacen sino dejar tras de sí irritaciones”⁸⁸, para reclamar que, al modo kantiano, toda “*deconstrucción ciertamente secularizadora de verdades de la fe*”, posea virtualidad “*a la vez salvadora de verdades de la fe*”⁸⁹.

apresurada) de traducir el carácter de imagen de Dios que tiene la creatura humana al lenguaje secular de la constitución política. La búsqueda de razones que tienen por meta conseguir la aceptabilidad general, sólo dejaría de implicar que la religión queda excluida inequitativamente de la esfera pública, y la sociedad secular sólo dejaría de cortar su contacto con importantes recursos en lo tocante a creación y obtención de sentido de la existencia, si también la parte secular conservase y mantuviese vivo un sentimiento para la fuerza de articulación que tienen los lenguajes religiosos. Los límites entre los argumentos seculares y los argumentos religiosos son límites difusos. Por eso la fijación de esos controvertidos límites debe entenderse como una tarea cooperativa que exige de cada una de las partes ponerse también cada una en la perspectiva de la otra [...] El *commonsense* democráticamente ilustrado no es ninguna entidad singular, sino que se refiere a la articulación mental (a la articulación espiritual) de un espacio público de múltiples voces. Las mayorías secularizadas no deben tratar de imponer soluciones en tales asuntos antes de haber prestado oídos a la protesta de oponentes que en sus convicciones religiosas se sienten vulnerados por tales resoluciones; y debe tomarse esa objeción o protesta como una especie de veto retardatorio o suspensivo que da a esas mayorías ocasión de examinar si pueden aprender algo de él. Y en lo que se refiere a la procedencia religiosa de sus fundamentos morales, el Estado liberal tiene que contar con la posibilidad de que la “cultura del sentido común humano” (Hegel), a la vista de desafíos totalmente nuevos, no llegue a alcanzar el nivel de articulación que tuvo la propia historia de su nacimiento”

⁸⁸ Jürgen HABERMAS, *Fe y saber* (2001). Dice este autor: “Los lenguajes seculares cuando se limitan a eliminar y tirar por la borda lo que se quiso decir en los lenguajes religiosos, no hacen sino dejar tras de sí irritaciones. Cuando el *pecado* se convirtió en no más que *culpa*, se perdió algo. Pues la búsqueda del perdón de los pecados lleva asociado el deseo, bien lejos de todo sentimentalismo, de que pudiera darse por no hecho, de que fuese reversible, el dolor que se ha infligido al prójimo. Pues si hay algo que no nos deja en paz es la irreversibilidad del dolor pasado, la irreversibilidad de la injusticia sufrida por los inocentes maltratados, humillados y asesinados, *una injusticia que, por pasada, queda más allá de las medidas de toda posible reparación que pudiera estar en manos del hombre*. La pérdida de la esperanza en la resurrección no hace sino dejar tras de sí un vacío bien tangible. El justificado escepticismo de Horkheimer contra la delirante esperanza que Benjamin ponía en la fuerza de la restitución de la memoria humana (“aquellos a quienes se aplastó, siguen realmente aplastados”, replicaba Horkheimer) no desmiente en modo alguno ese impotente impulso que nos lleva, pese a todo, a intentar cambiar algo en una injusticia que ciertamente resulta inamovible”.

⁸⁹ Jürgen HABERMAS, *Fe y saber* (2001): “Esta fue la razón por la que Kant se negó a dejar disolverse el “imperativo categórico” en el remolino de un autointerés ilustrado.

Pues, para decirlo de otro modo, no toda tradición que se exprese en un condicionamiento social⁹⁰, debe ser sin más desechada; por el contrario algunas configuran la legítima “*expresión de aspectos importantes para la vida humana*”⁹¹. Un filósofo español contemporáneo proporciona un lúcido ejemplo al respecto, que puede “*servirnos para modular el fervor iconoclasta que respecto de las costumbres aflora en tantas mentes deslumbradas por la literatura psicosociológica*”⁹²:

“En ese sentido ya Ana Freud comprobó la fuerza de los condicionamientos sociales. Observó, en lo bombardeos de Londres durante la segunda Guerra Mundial, que los niños sentían pánico tan solo al presenciar el terror de sus mayores, y que sin ese factor de entorno aterrizado, o bien se mantenían indiferentes, o bien experimentaban una sensación de curiosidad o incluso de regocijo. Efectivamente, tales criaturas experimentaban el miedo tan sólo por un condicionamiento de su entorno social [...] No es este el marco adecuado para la elaboración de una “*metafísica de las costumbres*”, pero al nivel en que se hilvanan estas ideas sí cabe decir lo siguiente: si los condicionamientos sociales fueron la causa de que los niños ingleses se instalaran en los refugios antiaéreos, el privarles de tales condicionamientos hubiera sido una liberación excesiva: la lenta y persuasiva labor de un psicoanalista puede liberar a una persona de algunos de sus prejuicios, pero una V-2 la libera de todos”⁹³.

Kant estiró la libertad de arbitrio para complementarla con el concepto de autonomía, dando con ello el primer gran ejemplo de una deconstrucción ciertamente secularizadora de verdades de la fe, pero a la vez salvadora de verdades de la fe. En Kant la autoridad de los mandamientos divinos encuentra en la incondicional validez de los deberes morales racionales un eco que es difícil dejar de oír. Con su concepto de autonomía Kant destruyó, ciertamente, la representación tradicional de lo que era ser hijo de Dios. Pero Kant sale al paso de cualquier deflacción vaciadora, efectuando una transformación y apropiación crítica del contenido religioso”.

⁹⁰ El “condicionamiento social” ha sido definido como una “costumbre que tiene como fundamento la arbitrariedad del gusto o la espontaneidad de la manía” Jacinto CHOZA, *La supresión del pudor, signo de nuestro tiempo y otros ensayos*, Pamplona, 1990, p. 15.

⁹¹ Jacinto CHOZA, *La supresión del pudor, signo de nuestro tiempo y otros ensayos*, p. 17.

⁹² Jacinto CHOZA, *La supresión del pudor, signo de nuestro tiempo y otros ensayos*, p. 16.

⁹³ Jacinto CHOZA, *La supresión del pudor, signo de nuestro tiempo y otros ensayos*, ps. 16/17.

**LA CONEXIDAD CONTRACTUAL DESDE UNA MATRIZ
SÍGNICO DISCURSIVA PARA ANALIZAR NUEVAS
MANERAS DE CONTRATACIÓN. CAUSA,
FINALIDAD SUPRANEGOCIAL Y OBJETO
EN NEGOCIOS JURIDÍCOS COLIGADOS**

ARTURO CAUMONT

*Al entrañable Profesor Luis Moisset de Espanés,
Pater et Magister, en tributo a su don de gentes,
inteligencia y erudición.*

Tal como acaece con los modelos de codificación del derecho privado en el siglo XIX, los tipos contractuales diseñados en el Código Civil uruguayo (cuya entrada en vigencia fue el 1 de Enero de 1869) fueron la resultante jurídica correspondiente a las maneras económicas, sociales y culturales en vigor al momento de su promulgación y con el respaldo de las vertientes romanas y francesas que referían históricamente a comunidades de baja complejidad en sus intervínculos de fondo patrimonial.

Mientras los intereses y las necesidades de los individuos fueron de escasa complejidad en razón del mínimo nivel de complicación en el ámbito de los vínculos económicos de las comunidades en las que desarrollaban su existencia, con prevalencia de la cultura agrícola ganadera con poco desarrollo industrial, la tipología contractual consignada como contenido del diseño de ingeniería negocial no ofrecía ni perfiles intrincados ni aristas multidimensionales y se erigía sobre pilares de singularidad y de linealidad abarcativa con plenitud de las exigencias de satisfacción y cobertura de aquellos intereses y necesidades de los componentes de la comunidad. Así, la técnica de tipificación contractual resultó ser simple. Y esa sencillez derivó en figuras negociales ostensiblemente dirigidas a la

regulación de vínculos de nivel prevalentemente individual con referencia directa a situaciones singulares y, también de manera preeminente, a situaciones jurídicamente efímeras propias de las convenciones en las que el tiempo se instalaba más como distancia que como duración y el segmento de ejecución de las obligaciones emergentes de los pactos poseían también carácter prevalentemente instantáneo o, en variable meramente temporal cuantitativa, diferido. La denominable ingeniería tipológica de la codificación del Siglo XIX presentó un planteo adecuado a las maneras sociales y económicas predominantes en las comunidades civiles a las cuales sus reglas y arquetipos estaban dirigidos y, además, contemplaba de modo prevalente la actuación contractual de mayor frecuencia empíricamente detectable, vale decir, la actuación interindividual de las personas contrayentes respecto de operaciones económicas también limitadas a la linealidad de los intereses y de las necesidades en juego. A pesar del reconocimiento expreso de la posibilidad de composición plurisubjetiva de las partes, el rastro semiótico de los Códigos alumbrados durante el siglo XIX demuestra que la habitualidad negocial se refería a los individuos en su unisubjetividad. Así se trasunta en la redacción de las formulaciones tipológicas clásicas en las cuales los contrayentes resultan ser individuos considerados en su singularidad, la que sintoniza con la propia singularidad del tipo negocial y, derivadamente, con la condición unitaria de la operación económica que con el mismo se abarca. La variante referible a la pluralidad compleja, esto es, a la que no solo acaece en el plano de los componentes personales, apareció en los códigos de derecho privado, por ejemplo, en situaciones específicas como la cesión de crédito, la cesión de contrato, la subcontratación o contratación derivada, pero la constante de referencia legal se mantuvo del lado de la contratación unisubjetiva.

Los codificadores civiles, empero, no dejaron de advertir que el planteo tipológico lineal no era el único teóricamente posible a la época conceptual del correspondiente Código ya que en los intramuros de la sistematización de los negocios jurídicos incluyeron los contratos accesorios desde cuya definición establecieron la necesaria preordenación de los mismos en sistema al concebirles como aquellos que tienen por finalidad el aseguramiento de la ejecución de una obligación emergente de una fuente diferente, génesis que es susceptible de provenir de un pacto contractual que, por ello, deviene principal. El trazado de relación técnica entre un contrato principal y un contrato accesorio es, sin duda, una instancia negocial ordenada en sistema a mérito del vínculo funcional que

une a las dos especies sin perjuicio de la independencia que ellas mantienen en el ámbito de sus estructuras. La formulación tipológica de los contratos accesorios en su vinculación con aquellos principales, cuyas obligaciones aseguran en el segmento de ejecución, es una hipótesis clara de complejidad por cuanto ambas figuras se interconectan para abarcar, con su asociación, una operación económica también compleja en tanto presupone ya no solo el haz obligacional típico del negocio principal sino, además, la implementación de mecanismo contractuales en pro de la satisfacción del interés de reforzamiento de la posibilidad de ejecución de las obligaciones aseguradas en garantía.

He ahí un claro antecedente del fenómeno de la combinación tipológica que progresivamente fue adquiriendo manifiesta trascendencia como respuesta de técnica contractual a las profundas transformaciones acaecidas en las estructuras económicas y financieras sobremanera a partir de la revolución industrial y de los cambios estructurales que luego de ella fueron acaeciendo en el mundo. Las transformaciones en las estructuras sociales, económicas y financieras no dejaron de producir cambios de paradigmas que influyeron y se mantienen influyendo sin cesar en las prácticas contractuales con derivaciones en el campo de la Teoría Contractual como matriz sistemática de justificación y de explicación técnica.

Las combinaciones tipológicas consentidas en sede de práctica negocial contractual se encuentran en sintonía fina con el creciente grado de complejidad de las relaciones sociales, económicas y financieras y, por consiguiente, de las maneras progresivamente más complicadas de interrelacionarse los individuos y los grupos en el ámbito económico y financiero, abrió el cauce negocial hacia la combinación de estructuras contractuales individuales en un resultado de concatenación funcional abarcativa a cabalidad de la operación económica subyacente, insusceptible de cubrirse con la debida plenitud mediante tipos negociales aislados. La evolución en las maneras contractuales derivó entonces hacia la concatenación de los tipos negociales para cubrir con la asociación discursiva de los contratos lo que ellos por sí solos no podían abarcar. En el plano técnico, el fenómeno de concatenación o coligamento o conexidad contractual ha resultado ser mucho más que una mera acumulación cuantitativa de tipos negociales. El fenómeno comportado por la conexidad contractual voluntaria ha derivado en la necesidad científica de postulaciones de innovación en teoría general del contrato porque conlleva una transformación cualitativa en planos técnicamente sensibles. Desde que la conexión

de los tipos negociales conforma una combinación de entidades individuales el resultado obtenido con ella, vale decir la cadena, posee caracteres cualitativamente diferentes a los de los componentes que la constituyen. Y ello acaece sin que los elementos constituyentes de la preindicada cadena no pierdan su valor intrínseco de significación técnica.

Pero a partir del encadenamiento por conexidad voluntaria el resultado de la combinación de tipos contractuales posee un valor significacional que trasciende el significado individual de los factores que lo integran y, por ello, tal encadenamiento constituye un sistema en sí mismo con sentido propio, independientemente del valor semántico de los eslabones que los configuran. El fenómeno de creación sistémica por combinación consensuada de tipos contractuales atribuye al resultado integral de dicha combinación un significado netamente discursivo por sobre el valor de significación propio de los componentes específicos en coligación. Y ello acarrea efectos consecuenciales de suma importancia en el territorio de la comprensión de la situación jurídica objeto de creación. El abordaje de percepción e internalización del fenómeno no podrá llevarse a cabo de la misma manera en que se lleva a cabo la comprensión e internalización de los tipos contractuales individualmente considerados porque el resultado de la combinación es innovativo aún cuando el valor de significación de los eslabones tipológicos con que el encadenamiento se configuró permanezca incambiado.

La percepción del resultado final de la coligación por sobre la percepción de los elementos que forman la cadena comporta un abordaje de innovación y se ajusta metodológicamente al fenómeno bajo abordaje desde que, precisamente, el resultado final del encadenamiento es ciertamente un sistema cuya organización intrínseca está dada por el particular orden secuencial de sus componentes individuales. En un modelo semiótico de investigación la idea central que da cuenta del fenómeno asociativo de tipos contractuales en los términos que vienen examinándose es la que se comprende dentro de los marcos explicativos del signo diferenciado del discurso, tal como enseña Van Dijk en territorios de Semiótica discursiva: los tipos contractuales individuales ordenados en una secuencia asociativa constituyen los signos mientras que el resultado derivado de la asociación es el discurso.

Signo y discurso. Tipo contractual singular y sistema por conexidad. El signo mantiene su significado particular en tanto sea conceptualizado en su individualidad. El discurso asume un contenido de significación, di-

ferente al de los signos singularmente considerados que lo componen, mientras sea abordado como sistema, vale decir, a través de una matriz analítica que se no se detenga en la particularidad excluyente de los elementos componentes y se fije críticamente en el resultado de la composición a la cual percibirá como emergente con valor per se, estructurada sobre el ordenamiento y la organización de aquellos elementos particulares pero también abstraída de ellos. El abordaje sistémico de la conexión de tipos contractuales destinada a abarcar una operación económica insusceptible de cubrirse con negocios jurídicos aislados debe en consecuencia focalizar su atención crítica en las resultancias de la composición. Y solamente en ellas.

La cadena contractual por la que se conectan los tipos singularmente considerados presenta en sus intramuros un permanente lazo de intervinculación entre los negocios jurídicos con que aquella se constituye para abarcar la operación económica subyacente cuya extensión y complejidad son insusceptibles de alcanzarse con la mera conformación tipológica individual como antaño era posible a mérito de la linealidad de las relaciones patrimoniales imperantes en sociedades de menor nivel de complejidad en las maneras de producción e intercambio de bienes y de servicios. También intramuros de la cadena contractual es posible apreciar, mediante una matriz analítica crítica, un entrelazamiento de los eslabones tipológicos con la cadena en sí misma, vale decir, ya no sólo a nivel de las partes entre sí sino asimismo entre las partes y el todo que ellas configuran y componen, lo cual comporta en estado de complejidad superior que exige mejores destrezas para su internalización, nuevas dimensiones de sintonía intelectual jurídica y, sobremanera, nueva tecnología regulatoria de la situación en virtud de la extensión de las fronteras con que el nuevo ámbito se configura como territorio de relevancia en Derecho Contractual. El desafío de la conexidad negocial es transversal y abarca tanto el dominio científico jurídico cuanto el ámbito de la regulación de las nuevas realidades que aquella sintetiza como emergente de nuevos paradigmas económicos y financieros. En el plano de la intervinculación de los tipos contractuales y el sistema que se crea con su ordenación en determinado sentido, debe señalarse que la retroalimentación entre partes y todo es constante al extremo que la cadena está condicionada por el particular orden que posea la secuencia con que se organizan los constituyentes singulares así como éstos, vale decir, los elementos individuales, son permeables a las incidencias de la cadena en sí mis-

ma considerada como un todo. Este fenómeno de interacción entre la cadena y sus elementos constituyentes es subrayadamente importante en sede de presupuestos de existencia, de elementos esenciales y de elementos accidentales de los negocios jurídicos a mérito de que la presencia de la conexión funcional del tipo del cual se trate con otro configurativo de la cadena así como de ésta con aquéllos provoca de modo necesario la redefinición de los factores antes indicados que en la visión clásica solo inciden en los tipos aislados y, por consiguiente, considerados en su aislación, pero no en cuanto componentes de un sistema y, dentro de esta dimensión, en sistemas frecuentemente complejos. Baste recordar para la demostración de la verdad del aserto, el sistema lineal conformado por el binomio contrato principal-contrato accesorio.

Esta situación jurídica negocial, consagrada como sistema desde el propio Código Civil patrio en lúcido anticipo a lo que sobrevendría en la denominada post modernidad, es claramente demostrativa del complejo ámbito de relacionamiento entre los componentes del todo y entre éste y aquéllos. Baste recordar el particular efecto consecuencial del Principio de Accesoriedad por cuyo través la suerte del negocio conexo por accesión está directamente subordinada a la del principal al que accede, lo cual solo admite justificación por causas estrictamente referibles a la función de aseguramiento de la ejecución de las obligaciones emergentes del principal por parte del negocio de garantía, que explican cómo estructuras contractuales autónomas poseen un punto de encuentro al punto de que una de ellas determine eventualmente el fenecimiento de la otra. La existencia de una estructura contractual autónoma puede decaer ante la inexistencia de otra a la cual accede. Ello marca la constatación de un particular estado de intervinculación que surge por la existencia de un sistema que se diferencia técnicamente de los elementos que lo conforman y que ejerce sobre ellos una particular fuerza de condicionamiento. La accesoriadad como Principio posee, pues, características ontológicas que provienen de la configuración que los componentes particulares regidos por ella poseen al organizarse en una secuencia determinada. Expresado en otros términos, la explicación técnica de la accesoriadad como Principio solo puede alcanzar cabalidad si, y solamente si, se le ubica dentro del contexto sistémico compuesto por las partes a las que ella precisamente vincula, entre sí y con el propio sistema que dichas partes conforman y que al mismo tiempo les confiere explicación técnica.

De esta manera, la instancia configurada por los contratos accesorios y los principales resulta ser también un modelo a escala de las vicisitudes particularmente relevantes que en Doctrina General del Contrato asume la conexidad negocial desde una perspectiva técnica y con el valor de transformación que en sede teórica posee al conmovier paradigmas que solo encuentran justificación en realidades diferentes a aquellas configuradas por las nuevas modalidades que asume la organización de contratos en secuencias estructuradas en sistema.

Debe ser objeto de especial atención que la situación jurídica configurada por la conexión contractual presenta fundamentalmente dos perspectivas de análisis que marcan su presencia de modo diferenciado y cuya detección resulta imprescindible para una correcta composición de lugar.

La primera dimensión de análisis determina la existencia del convenio por el cual las partes intervinientes pactan la constitución de una conexión intercontractual. Ese acto es un negocio jurídico convencional contractual de particular naturaleza asociativa no societaria en la que sobresale la marca medular de la convergencia que luego se trasladará al sistema creado a partir del pacto por el que se instaura la cadena negocial. La configuración del encadenamiento se logra mediante un negocio jurídico, en sí mismo, que antecede en términos preliminares al sistema de concatenación considerado en sí propio y que en perspectiva funcional comportará la ejecución del pacto de constitución. El encadenamiento es funcionalmente un acto ejecutorio o de cumplimiento del pacto instaurativo y, en tanto acto, uno de características complejas dada la pluralidad de negocios que lo componen.

La segunda perspectiva de mira determina, como consecuencia necesaria, la existencia de una entidad diferenciada, en estructura y en función, de aquel pacto instaurativo y que resulta ser el encadenamiento negocial en sí mismo al que, precisamente, dio génesis la convención constitutiva.

El fenómeno de enlace contractual acarrea asimismo consecuencias relevantes en el campo de los pilares teóricos clásicos en virtud de la transformación cualitativa que provoca la ordenación de múltiples tipos negociales en función de la creación de una cadena a la cual estos configuran más allá de sus contornos particulares. De esta manera, los eslabones singularmente considerados mantienen entre sí y con la cadena que componen, así como ésta con ellos, un permanente estado dinámico de interrelacionamiento que exige, de modo inexorable, un rol prevalente del

tiempo como duración y que requiere la existencia de un equilibrio duradero imprescindible para la regulación y gobierno del sistema conformado. Ese estado de interrelacionamiento permanente que vincula a los componentes ente sí y con lo compuesto, así como entre lo constituido y aquéllos, incide en el campo de la Teoría General del Contrato a mérito de la conmoción que la conexidad contractual genera en lo que concierne a la relatividad negocial jurídica, gobernada por uno de los Principios clásicos de mayor relevancia en doctrina general como lo es el enunciado por el artículo 1293 del Código Civil oriental y por el cual se establece que “los contratos no pueden oponerse a terceros ni invocarse por ellos, sino en los casos de los artículos 1254 a 1256” disposiciones éstas que se refieren al contrato celebrado por representante, al celebrado por quien no lo es pero que se ratifica a posteriori por el sujeto del interés y a la estipulación para otro.

Con la conexidad contractual, el principio de relatividad de los contratos se ha tornado en sí mismo relativo, en paradoja que resulta importante comprender y considerar en virtud de su condición de herramienta útil para la cabal comprensión del estado actual del derecho de las obligaciones y de los contratos en función del fenómeno de conexidad bajo análisis y de su particular valor de cambio y de innovación que comporta en teoría general. En efecto, el planteo tradicional en el derecho civil de los negocios jurídicos se formuló sobre la base del principio romano “*res inter alios acta*” que constituye un blindaje alrededor del contrato respecto de quienes no han sido parte en él y, por tal razón, carecen de legitimación para ejercer actos de injerencia respecto de la estructura o respecto de la función del contrato respectivo y no pueden ser destinatarios de oponibilidad alguna en lo que concierne a la existencia y validez del pacto ni en lo que guarda relación con la ejecución de su haz obligacional.

El principio de relatividad de los contratos es un pilar del sistema negocial clásico precisamente sobre el punto de partida que el mismo adopta para desarrollar su diseño, vale decir, el régimen de tipificación por contratos aislados, no interconectados salvo excepciones como la comportada por la intervencionalidad funcional que liga a los negocios accesorios con los principales. Un sistema tipológico que se formula sobre la base de negocios jurídicos contractuales considerados en su individualidad se erige de manera necesaria sobre principios que se ajustan a la premisa desde la cual se parte, es decir, que los contratos diseñados por la

ley responden a una realidad económica no compleja y por ello su individualidad es bastante per se para alcanzar el estado satisfactivo de los intereses propios de dicha realidad lineal. Por ello, en un sistema clásico cada tipo contractual alcanza un alto grado de suficiencia para abarcar la cobertura de intereses y necesidades y, por consiguiente, no resulta imprescindible su interconexión en cadenas negociales ni su intervencionalidad sistémica, con lo cual la regla *res inter alios acta* resulta ser un efecto consecencial indefectible.

Pero, como se expresara *ut retro*, la gradual complejidad socio económica acarreó de manera inexorable un giro copernicano en sede tipológica en general y, en particular, en el ámbito de los diseños o programas contractuales específicos de efectivo empleo contemporáneo por los sujetos de derecho, transformación que ha encontrado en el fenómeno de conexidad negocial un punto de sumo interés teórico en doctrina general a partir de su particular propensión a conmovir pilares tradicionales como el atingente a la relatividad. Obsérvese en este sentido que la existencia de una interconexión contractual en términos de sistema impone la consideración de esa nueva realidad diferente de la que configuran sus componentes aislados, que son también una realidad en sí mismos, y sobre tal plataforma de análisis resulta claro que la inserción de la variable interconexión convoca el debilitamiento extremo de la relatividad contractual puesto que la cadena negocial no puede concebirse sin el factor esencial a la propia cadena que es la intercomunicación de los elementos que la componen. De esa manera, pues, los sujetos que consintieron uno de los tipos negociales que configuran el sistema no pueden ser considerados terceros respecto de quienes consintieron otro de los tipos contractuales constitutivos del mismo sistema, con el concepto tradicional de tercero referido históricamente a una realidad diversa que, precisamente, pierde vigencia exclusiva y deja de ser excluyente con la formación de la cadena. Con el resultado emergente de la concatenación se provoca un cambio cualitativo que conduce a un estado de situación insusceptible de gobernarse con la misma carga de contenidos de los Principios con que se regula un estado de situación diferente. El Principio de Relatividad de los Contratos no puede regir en instancias en las que precisamente resulta imprescindible la intercomunicación de los distintos segmentos que configuran el sistema contractual por conexidad. Este cambio cualitativo adquiere suma relevancia en el proceso de innovaciones que se desarrolla con la contratación contemporánea y que precipita la erosión de las bases

sobre las que se erige el régimen tradicional caracterizado por la ausencia de conexidad a mérito de la suficiencia de cada tipo contractual en sí mismo para obtener el estado de satisfacción de intereses y de necesidades propios de tiempos económicos distintos a los que en la actualidad se encuentran en vigor. En esta línea de pensamiento, un sistema contractual por conexión regido internamente por el principio de relatividad de los contratos no podrá sostenerse como tal y los componentes negociales individuales no podrán alcanzar sino un resultado menor de mera sumatoria cuantitativa de tipos negociales insusceptibles de abarcar sistémicamente el ámbito de los intereses y necesidades comprometidos en la instancia, en franco desmedro de los derechos subjetivos de los contrayentes necesitados de tecnología jurídica de vanguardia para el desarrollo de sus actividades.

Pero a pesar del decaimiento de la relatividad como Principio en sede de conexidad contractual, ella subsiste en relación al sistema en sí mismo considerado. Este enunciado comprende también un contenido paradójico. La relatividad desaparece en el ámbito interno de la cadena con referencia a los componentes individuales de la coligación, mas persiste como principio en lo concerniente al resultado final sistémico obtenido por el encadenamiento. Y en este sentido será la cadena, en tanto tal, regida por el paradigma relativista puesto que ella no será oponible a terceros ajenos ni podrán ellos invocarla, en los términos conceptuales que oponibilidad e invocabilidad poseen en derecho de obligaciones y contratos. De modo que la relatividad de los sistemas negociales tiene igual vigencia que la que rige a los contratos no integrados en coligación y, por tal vía, persiste la importancia del Principio, y su regencia, cuando la realidad negocial se presenta en forma de conexidad y aún cuando en esta hipótesis no alcanza a los contratos que desde intramuros del sistema precisamente lo constituyen.

La conexión intercontractual provoca cambios también en sede de presupuestos de existencia y de requisitos esenciales de validez porque la inserción de la variable sistémica revierte la problemática de los presupuestos y de los elementos estructurales hacia el resultado obtenido mediante la coligación negocial constitutiva de una cadena. Los estudios sobre la incidencia de la conexidad contractual en sede de presupuestos para la existencia y de requisitos esenciales para la validez se hallan en etapa de desarrollo investigativo y por ello no pueden formularse enunciados generales de consistencia. Sin embargo, la indagación científica lle-

vada hasta ahora a cabo muestra la influencia cierta de la conexidad en el sensible territorio de la Causa. En sintonía con la línea investigativa que se ajusta a los desarrollos precedentemente explicitados, el abordaje de la conexidad contractual en sede de Causa conduce a afirmar que en coexistencia con la necesaria presencia de dicho elemento en cada uno de los componentes individuales del encadenamiento negocial se encuentra una Causa para el resultado final de la composición, esto es, una Causa propia del sistema, que posee identificabilidad diferenciada al ser distinguible de aquellas particulares propias de los elementos constitutivos de la coligación. Este enunciado adquiere singular relevancia porque ya no solo será la Causa de cada Contrato en su individualidad aislada la que deberá ser objeto de análisis y contralor para la validez del negocio particular sino, además, la atingente al sistema negocial creado mediante la interconexión, sistema que posee su propia Causa independientemente de las que atañen a cada componente de la cadena. La defección en la veracidad o en la licitud de esta última provocará respecto del sistema las mismas consecuencias que la defección en la veracidad o en la licitud de cada Causa en cada uno de los tipos negociales constitutivos del encadenamiento.

Ahora bien, ¿será necesario que al respecto exista una previsión legal expresa, es decir, un soporte legal expreso para el elemento Causa en el sistema contractual resultante de la concatenación? La respuesta negativa se impone no bien se advierte que el resultado de dicha concatenación posee en sí mismo naturaleza convencional a mérito de la presencia del elemento consentimiento sobre el que se erige todo emprendimiento de coligación. Y, dentro de la convencionalidad, en caso de pactarse obligaciones emergentes del sistema, más allá de las obligaciones propias dimanadas de los tipos contractuales que componen la cadena, el resultado final poseerá naturaleza jurídica contractual per se, con lo cual el elemento Causa aparecerá como imprescindible. De modo pues que, según es advertible, la perspectiva analítica que conduce al necesario desdoblamiento de planos, vale decir, al fraccionamiento de los planos constituidos por los eslabones de una cadena por una parte y a la cadena en sí misma por otra parte, reafirma la existencia de igual requisitoria de existencia y de validez tanto para el primero de dichos planos cuanto para el segundo de ellos.

Sin perjuicio de lo precedentemente expresado, existe una cuestión temática que en el plano técnico se vincula de modo necesario con la

Causa como elemento estructural en el sistema emergente e la conexión contractual. Dicha cuestión está configurada por el rol de la denominada finalidad supracontractual que los iusprivatistas estudiosos del fenómeno le asignan como marca característica de extrema relevancia en la difícil faena de deslindar conceptualmente la conexidad de otras situaciones jurídicas en las que, sin existir coligación, hay pluralidad de negocios jurídicos pactados entre las partes.

La finalidad supracontractual comporta un elemento distintivo que margina la conexidad del ámbito de situaciones en las que el agrupamiento es meramente cuantitativo sin trascender hacia el área sistemática que constituye su marca ontológica. Pero la preindicada finalidad supracontractual no es Causa en sentido estricto. La Causa en el Pacto (oneroso) por el cual se establece una cadena negocial es la ventaja que cada parte le procura a la otra u otras por la instauración del sistema; la finalidad supranegocial es el objetivo o propósito teleológico de abarcar, con elementos contractuales interconectados, una operación económica insusceptible de cubrirse a cabalidad con un solo negocio o, aún, con varios pero no organizados en términos de sistema. Pero la delimitación conceptual entre Causa del Pacto por el cual el sistema se instaura y finalidad (supracontractual) del propio sistema no significa que sus ámbitos de incumbencia sean compartimentos estancos desde que la Causa abarca necesariamente constituyentes jurídicos y económicos que están objetivamente presentes en toda finalidad sistémica desde que el propósito finalístico de la conexidad reconoce siempre una operación económica que solo puede llevarse a cabo como emprendimiento a través del entrelazado contractual organizado, precisamente, en sistema.

En esta línea de desarrollo es posible reconocer la independencia del elemento Causa del sistema del elemento Causa del negocio que lo instaura y de la finalidad supracontractual que obra de objetivo teleológico del encadenamiento. En este sentido, es posible identificar como Causa del propio sistema, per se considerado, es decir, en si propio, la determinación asociativa no societaria que cada parte procura en convergencia con y a la otra u otras de modo tal que el rédito o ventaja asociativa solo puede concebirse por la efectiva conjunción asociacionista. Es cierto, por otra parte, que la distinción entre causa del pacto instaurativo de la conexidad contractual y causa del sistema constituido a partir de la ejecución del pacto con la conformación del propio sistema ingresa en el campo de las sutilezas técnicas. Pero hilar fino en derecho es una imperiosa

necesidad que no puede sucumbir ante los constantes intentos de banalización que en nombre de no de la sencillez sino de la simpleza no pocas veces se comportan en tiempos en los que la propensión al pensamiento acrítico cobra inbienvenido vigor.

Cabe advertir en sede de comprensión y explicación de los elementos esenciales de la conexidad que el fenómeno de cadenas contractuales comporta la existencia de dos variables de repercusión cualitativa en la ingeniería negocial que impera en economías de mercado y en tiempos de globalización de estructuras económicas y financieras. Estas dos variables son la contratación por convergencia asociativa no societaria y la contratación duradera, de ejecución continuada, que propenden a la consistencia temporal sustentable de los vínculos obligacionales que involucran a centros de interés unidos en y por un emprendimiento común pero sin alcanzar el status societario para mantenerse por fuera tanto de las rígidas estructuras jurídicas que el ordenamiento legal dispone para las compañías mercantiles como de las normas atingentes a las sociedades civiles que presentan incongruencias internas ciertas como, por ejemplo, la regulación de los vínculos intrasociales y extrasociales como si la sociedad fuera un sujeto distinto de sus miembros cuando la personalidad jurídica, empero, no le fue atribuida por el Código de Tristán Narvaja.

Similar proceso intelectual debe desarrollarse en relación al elemento esencial objeto. En tal línea indagatoria resulta manifiesto que el fraccionamiento de la compleja situación jurídica de conexidad en dos planos o dimensiones impone indefectiblemente considerar la existencia de requisitoria de elemento Objeto también para el encadenamiento contractual de modo autónomo respecto del elemento estructural objeto de cada contrato partícipe de la conjunción negocial. Tampoco en sede de objeto parece necesario poseer reglas legales específicas de tratamiento operativo porque también este territorio puede ser gobernado por las normas del Código Civil y del Código de Comercio que resultan aplicables, desde su generalidad técnicamente impecable, a la coligación negocial en sí misma. Valen al respecto las consideraciones efectuadas líneas arriba para el elemento causa y la innecesariedad de reglas especiales que se apliquen a la cadena contractual considerada per se como realidad trascendente de la configurada por los eslabones que la conforman. La suficiencia de las normas codificadas resulta ser, asimismo, una situación valiosa porque posee la mejor de las frecuencias con la tendencia general que en Derecho Comparado reafirma la necesidad de limitar con racionalidad la

legislación que no aporta más de lo que aporte el plexo normativo interpretado con inteligencia.

El objeto de la coligación debe reunir la requisitoria clásica vigente en relación al mismo elemento en los contratos individualmente considerados. Las predicaciones de licitud, posibilidad, idoneidad y determinación o determinabilidad funcionan en la conexidad contractual de la misma forma que funcionan en los tipos negociales individuales. La diversidad propia para la cadena radica en que el Objeto de la misma no puede ser confundido con el de cada uno de los componentes particulares que la constituyen. Por lo tanto, la innovación radica en que la referibilidad del elemento Objeto debe llevarse a cabo de modo exclusivo con respecto a la nueva realidad configurada por la concatenación como entidad con posesión de valor relevante diferenciado.

Desde su aparición en la palestra contractual el fenómeno de la conexidad ha generado, con su particular planteo técnico, una conmoción en el campo de las proposiciones teóricas tanto como una nueva dimensión dogmática que repercute innovativamente en la doctrina general del contrato y en la teoría general del negocio jurídico que le concierne, imponiendo nuevos perfiles y ángulos de mira en la comprensión de los fenómenos contractuales que exigen atención crítica y reflexiva en relación a situaciones jurígenas que no acaecían en derecho clásico como acaecen modernamente, exigiendo reformulaciones cuya internalización no es sencilla si las matrices de examen no se ajustan al curso de acción que de continuo evoluciona hacia nuevos confines en las disciplinas del Derecho Privado. La conexidad negocial exige constancia en la renovación de las perspectivas analíticas para la comprensión de fenómenos contractuales que son insusceptibles de intelección cabal si para su entendimiento se mantienen, como exclusivos, modelos analíticos solo apropiados para la internalización de situaciones que nunca coinciden exactamente con las nuevas modalidades que se crean en contextos sociales y económicos diferenciados de aquellos en los que las maneras negociales anteriores, y sus correlativos modelos de aprehensión, sucedían y se aplicaban, respectivamente.

La realidad comportada jurídicamente por la conexidad contractual tiene como valor de externalidad positiva la constitución de un desafío intelectual para los cultores del derecho civil quienes, fieles a la historia de su ciencia de incumbencia, han sabido construir el marco explicativo correspondiente con impronta de rigor técnico y de vanguardia intelectual, removiendo las dificultades inherentes a las situaciones que por su

fuerte contenido innovativo plantean problemas de difícil solución. Sin embargo, el camino de discernimiento de la conexidad negocial como problema no ha finalizado aún, en razón de la complejidad técnica que el encadenamiento presenta a nivel estructural y a nivel funcional. Por ello es imprescindible seguir formulando proposiciones teóricas que se sometan a la debida contrastación por la comunidad académica para obtener avances en el arduo trayecto de la investigación o para rectificar rumbos y formular nuevos planteos de intelección. Porque más allá, todavía, de la cuestión especialmente atingente a la conexidad contractual, lo que siempre está presente en todo problema jurídico es la consistencia científica de las maneras pensantes con que los problemas se abordan para seguir navegando: *navigare neccese est, vivere non neccese*.

Bibliografía de consulta

- CAUMONT, Arturo, “Derecho Civil y Teoría del Lenguaje”, conferencia de incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, en www.acaderc.org.ar
- “Interpretación de los Contratos: de la semiosis del signo a la semiosis del discurso”, en *Revista Crítica de Derecho Privado*, N° 167 1, Montevideo, Carlos Alvarez Editor, 2004.
 - “Nuevos desafíos al Derecho Civil Patrimonial en el Siglo XXI”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XXXVIII, p. 683.
- FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo, “El efecto relativo en los contratos conexos”, en *Contratación privada*, Lima, Jurista Editores, 2002, p. 317
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, “Las cadenas de contratos o contratos coligados”, en *Contratación privada*, Lima, Jurista Editores, 2002, p. 305.
- LORENZETTI, Ricardo, *Tratado de los contratos, Parte general*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004.
- “Problemas actuales en la teoría Contractual”, en www.acaderc.org.ar
- MÁRQUEZ, Fernando, “Conexidad contractual. Nulidad de los contratos y del programa”, en www.acaderc.org.ar
- NICOLAU, Noemí, *Fundamentos de derecho contractual*, Buenos Aires, La Ley, 2009, t. I.

- Conferencia de incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, en www.acaderc.org.ar

VAN DYJK, T., *Estructuras y funciones del discurso*, 12^a ed., España, Siglo XXI Editores, 1998.

EL EFECTO DE LOS CONTRATOS RESPECTO DE TERCEROS Y LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN CONCURSOS

EFRAÍN HUGO RICHARD

Sumario: I. El homenaje. II. La cuestión inédita. III. La realidad. IV. Contrato y acuerdo. 1. Decisión adoptable por mayoría. 2. Acuerdo. Negocio colegial colectivo. 3. El acuerdo concursal. 4. Legitimación. V. La cuestión jurídica. 1. El sistema jurídico. 2. Desde el Código Civil. 3. Desde el punto de vista penal. VI. Reflexiones finales.

Se trata de dialogar sobre las normas del Código Civil en orden a que el cesionario de un crédito con posterioridad a la apertura de un concurso pueda prestar conformidad con la propuesta de acuerdo a fin de generar la mayoría.

I. El homenaje

Ayer formalizábamos públicamente un reconocimiento a Luis Moisset de Espanés¹, hoy hacemos como si dialogáramos con el distinguido maestro y amigo sobre un tema inédito, como lo hemos hecho tantas veces.

Nos estimula a ello sus más de 50 años dedicados a su vocación de hacer vivir el derecho, desde la cátedra, la jurisprudencia y particularmente la investigación, con un extensísima producción jurídica y una no menos abundante formación de discípulos, que expresan públicamente ese vínculo académico.

¹ Diario Comercio y Justicia de Córdoba del 19 de febrero de 2010.

Conocimos a Luis a poco tiempo de nuestra vinculación con la Universidad Nacional de Córdoba -en los 69-, cuando él dirigía el Centro de Investigaciones de Derecho Comparado, instalado en un altillo de lo que era el viejo edificio, conversando con dos de sus dilectos discípulos -en ese tiempo alumnos- Ramón Pizarro y Gustavo Vallespinos. Nos unió inmediatamente a él su convicción sobre que eran los Institutos y Centros de la Facultad de Derecho los que generarían los hombres de recambio de nuestra Universidad. Allí nacieron la mayoría de los maestros que ejercen la cátedra en otras Universidades de Córdoba y la región Noroeste, pese a lo cual fueron eliminados. También nos contagió el mirar la raíz de las instituciones del Derecho Privado y me acercó -con la benevolencia de los Maestros del Derecho Civil- al Instituto de Derecho Civil “Henoch D. Aguiar”, del que él es Miembro desde noviembre de 1960, sin despegarme del Instituto de Derecho Comercial donde Cámara y Quintana Ferreyra me alentaban en esas actividades y contactos.

Hoy centra sus desvelos en la Presidencia de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, que ya ejerció en anteriores períodos.

Muchos son hoy sus discípulos, muchos sus amigos, engendrados por la vocación en el estudio del derecho, vinculados también en la interdisciplina que cultiva y alienta, con su pensamiento profundo, su verba punzante, memoria fotográfica para sus citas, recuerdos, paisajes, sabores y vínculos.

El aspecto grupal, desde la Facultad y la Academia, es lo que más ha motivado al Profesor Emérito Dr. Luis Moisset de Espanés. Dar, infundir energía que en la tarea común implica una sinergia. Quién da recibe, y este distinguido maestro ha recogido de la sociedad lo que ha sembrado, en múltiples manifestaciones.

Luis no gusta de homenajes, pero sin duda no le molestan los reconocimientos, y los ha recibido constantemente en su vida de estudioso. Así su labor ha sido ponderada desde su juventud. Lo hizo la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires (Premio 1967), España otorgándole la Cruz al mérito jurídico San Raymundo de Peñafort 1980). Fue designado Académico Honorario de la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación, por las de Granada, de México de Jurisprudencia y Legislación, , de la Peruana de Derecho,, de la Asturiana de Jurisprudencia, de la Brasileira de Letras Jurídicas, de la Colombiana de Jurispruden-

cia, de la Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, de la Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación y de la de Ciencias Jurídicas de Bolivia, y como Presidente Honorario de la Academia de Honduras que ayudó a fundar. Se destacó en la magistratura en el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, y ahora como Miembro del Tribunal Permanente de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Córdoba.

Profesor itinerante, como los maestros del Medioevo, Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba, es también Profesor Honorario de las Universidades de Lima, UNIFE (Universidad Femenina del Sagrado Corazón) de Lima, de San Agustín y de la Católica de Santa María ambas de Arequipa, Visitante de la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga, invitado de las Universidades Sergio Arboleda y del Rosario de Bogotá.

No fue ni es un conformista. Aunque acompañe no aplaude y siempre exige un poco más. Así como se exige a sí mismo lo hace para sus asesorados y doctorandos. Ha ayudado a concebir múltiples normas, interviniendo en comisiones legislativas o en asistencia técnica..

Su infatigable producción se inició con un clásico que mantiene su vigencia: “La lesión en los actos jurídicos” (publicada por nuestra Universidad en 1965 y reeditada en 1979), y resulta agotador repetir el listado de sus libros y artículos en Revistas especializadas nacionales y extranjeras.

Recuerdo cuando nos invitó -con muchos otros- a intervenir en la obra “Convertibilidad del Austral”, en Cuatro series o t.s, bajo su inteligente coordinación, donde iluminó los requisitos que debía cumplir un “plan de convertibilidad”, que permitieron preanunciar su fracaso muchos años antes de que ello ocurriera, y los efectos nefastos de mantenerlo sin cumplir los principios técnicos requeridos.

Pero nuestro reconocimiento va más allá, es por lo que ha hecho, y sin duda seguirá haciendo durante mucho tiempo. Es el reconocimiento por los abogados que ha formado, que no integran Academias, ni Universidades, ni Colegios, pero que transitan y sirven al sistema jurídico. Para que siga irradiando, desde su doctrina en el derecho privado, como a través de la múltiple labor de la Academia, hoy en todo el interior del país a través de sus Institutos en las zonas Litoral, Cuyo, Noroeste y Noreste.

Querido Luis: formalizamos este saludo público a un verdadero maestro, no sólo expresando mi agradecimiento, sino que intento transmitir el público reconocimiento de las instituciones en que compartimos esfuer-

zos, cuales la Universidad, la Academia y el foro, y de sus miembros, con la seguridad que te seguirás brindando por el progreso de la ciencia jurídica y en el consiguiente perfeccionamiento de las relaciones humanas, en el cariño de tus hijos Gabriel y Marcela y con el recuerdo afectivo de Azucena, en tus jóvenes 80 años. ¡Feliz cumpleaños!

II. La cuestión inédita

Se trata de referirnos a la remanida intervención de cesionarios de créditos en concursos preventivos o acuerdos preventivos extrajudiciales -particularmente de sociedades-, por supuesto posteriores a la verificación de créditos por el cedente, donde inmediatamente proceden a adherir a la propuesta de acuerdo formalizada por la concursada, con quitas confiscatorias y esperas inusuales en el mercado, incluso renunciando a derechos reales o privilegios, para lograr que la propuesta alcance ajustadamente las mayorías necesarias para imponer a los acreedores quirografarios esa solución.

Solución que sin duda enriquece a la deudora al disminuir su pasivo y diferirse su pago sin intereses -o bajísimos- ni ajustes. Y obviamente genera un desmedro patrimonial a los acreedores quirografarios, cuyos créditos verificados judicialmente sufren una novación cuantitativa y cualitativa -en cuanto a la fecha de cobro-.

Así queda patentizado un perjuicio para los acreedores y un beneficio para la sociedad deudora -obviamente para sus socios-. Hemos demitificado el presunto argumento de que no habría tal daño -y podría homologarse el acuerdo por falta de abusividad- si la liquidación presuntamente arrojaría un resultado peor, lo que en el caso de sociedades es absurdo².

1. Nos hemos preguntado si *¿es lícita la cesión del derecho de voto en el concurso preventivo?*

²Ntro. *La falacia de homologar acuerdo predatorio por supuestamente mejor al resultado de liquidación societaria* en “El fraude concursal y otras cuestiones de Derecho Falimentario”, AA.VV., Ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires, febrero 2010, ps. 195 a 256.

Partimos de la idea que en *el análisis de la praxis concursal se advierte que la aprobación de propuestas predatorias de quitas y esperas esta unida al voto (adhesión) de ciertos terceros que sustituyen a acreedores originales y verificados, renunciando a privilegios y actuando en forma contraria a la posición jurídica de acreedor. La tesis es que el acuerdo concursal configura un negocio de mayorías con limitación de legitimados para votar*³.

Desde hace más de una década dedicamos parte de nuestras investigaciones a fustigar prácticas concursales predatorias, particularmente en caso de crisis de sociedades donde administradores y socios intentan traspasar el problema a los acreedores, sin asumir las obligaciones que les corresponden conforme la legislación societaria, sin afrontar un esfuerzo compartido.

Tratamos de mirar la cuestión desde las relaciones de organización, que integra el derecho concursal, sin abandonar principios generales del derecho y el sistema de valores⁴.

2. El interés en referirse a la “cesión de créditos y derechos en el concurso preventivo” esta unido fundamentalmente al “*jus votandi*” con el que se alcanzan las mayorías para imponer acuerdos predatorios.

De la indagación resulta que es una práctica inveterada que las propuestas de acuerdos predatorias sean aprobadas por mayorías constitui-

³ *When analysing the practice of meeting of creditors, it is observed than the approval of predatory proposals of reductions and deadlines is linkes to a vote of certain third parties who substitute original and verified creditors; this resigning to priviledges and acting in a way contary to that of their expected behavior. In this way, the thesis holds that this agreement to a meeting of creditors is a deal for the majorities, with limitations to those who can legitimately vote.*

⁴ Efraín Hugo RICHARD, “Axiología del derecho Concursal” (Comunicación al II Congreso Colombiano de Derecho Concursal, organizado por el Capítulo Colombiano del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (Valle de Leyva, Colombia, agosto de 2008). Efraín Hugo RICHARD, “El Plan de Empresa (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)” en libro colectivo *Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia*, Córdoba, Lerner, 2008, Cap. II, p. 217, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat - Marcelo Barreiro - Carlos Roberto Antoni Piossek - Ramón Vicente Nicastro.

das no sólo por los acreedores convocados y verificados, o por estos últimos, sino por otros advenidos al concurso a través de la cesión de créditos, particularmente créditos con garantías hipotecaria o prendaria a las que se renuncia, al igual que respecto de la cesión de otros créditos con derecho real de garantía o privilegios, para lograr exactamente las mayorías requeridas.

Ello implica referirse a dos temas: uno quiénes están legitimados a expresar su voluntad en torno a la propuesta de acuerdo formalizada por la concursada, y otro si esos acreedores legitimados no registran una prohibición de votar, que puede derivar de la ley o de una resolución judicial de exclusión de voto.

Para hablar de legitimación debe formalizarse una referencia a la existencia de un vínculo entre quiénes pueden expresar su voluntad en el referido sentido, y así poder determinar si existe o no una mayoría que genera una vinculación no sólo para esos acreedores sino para todos los acreedores de la concursada comprendidos en el acuerdo. A ese vínculo lo podemos llamar “colegio”, instituto que no supone la existencia de una persona jurídica, como alguna doctrina ha entendido, pues el colegio aparece vinculado a las “relaciones de organización”, en los supuestos que ciertas personas pueden adoptar mayoritariamente resoluciones que vinculan a todos. Así por ejemplo la resolución mayoritaria en los contratos de colaboración no personificados, que adoptadas por mayoría vinculan a todos los partícipes en los casos que la ley o el contrato lo autoriza. Los sindicatos accionarios son otro ejemplo.

3. Debemos formalizar algunas afirmaciones preliminares: si bien es posible la cesión de créditos contra una sociedad concursada, el tercero no puede expresar adhesión (votar según el Diccionario de la Real Academia).

3.1. A los argumentos dados originariamente por Cámara en torno a la aplicación al caso del art. 1196 C.C. -que referiremos más adelante y no tratados por la doctrina ni la jurisprudencia- se han agregado desde que sostuviéramos nuestra original posición en marzo de 2006⁵ donde

⁵ Efraín Hugo RICHARD, *Legitimación para votar el acuerdo concursal ¿Negocio colegial colectivo?*, L.L. diario del 13/3/06.

afirmábamos que sólo los convocados y verificados podían expedirse sobre el acuerdo, voces en esa misma posición o -también restrictivamente- en que sólo podían hacerlo los verificados, aunque no hubieran sido originariamente convocados-.

3.2. A estas posiciones hemos agregado un argumento cual es que la validez de un contrato es total entre las partes, pero en forma alguna puede perjudicar a terceros (arg. art. 1195 C.C. *in fine*), norma universal, que sin duda impide que ese cesionario pueda imponer quitas y esperas a otros acreedores -terceros-. Obviamente ese crédito no debe computarse.

3.3. El poner en claro que tales cesiones no autorizan a ejercitar el derecho de voto se prevendrá la judicialización de la insolvencia, pues se optará por planificar estrategias societarias y no un plan de insolvencia para traspasar el problema a los acreedores en trámite concursal con altos costos de transacción.

Lo antedicho se refiere a la legitimación para votar (adherir) a la propuesta. Esos legitimados pueden afrontar prohibiciones normativas o exclusiones por resolución judicial.

Nuestra posición intenta generar una regla para los acuerdos, en el sistema del derecho privado y del derecho concursal⁶.

III. La realidad

Distinguiendo entonces entre legitimación y prohibiciones o exclusiones, con mucha timidez la jurisprudencia⁷ ha acercado algunos elementos como extensión de la prohibición del art. 45 L.C.Q..

⁶ Efraín Hugo RICHARD, “¿Santifiquemos la cesión de créditos en los concursos preventivos? (Dotorcito... y eso pa qué? Es un contrato maravilloso don Zoilo y no puede restringirse la libertad de usarlo... Ahh... entonces... dotorcito hay que defenderlo como a la Patria... (versión limitada de un cuento del Negro Alvarez)” en *Jurisconcursal* año II, N° 5, San Miguel de Tucumán, p. 85,

⁷ Debe excluirse del voto a la sociedad acreedora que adquirió a la controlante indirecta de la concursada el crédito verificado en el concurso un mes antes de la presentación del deudor en convocatoria, pues si bien el art. 45 L.C.Q. sólo se refiere al caso de

Doctrinariamente citamos aquí palabras de Daniel Truffat en una investigación inédita y que vienen a cuento: “La labor doctrinal y jurisprudencial, por un fenómeno endogámico que muchas veces afecta a todo cenáculo o grupo más o menos cerrado, puede -en muchas ocasiones- no sólo desatender la meta de la justicia substancial (llevando a la futura desobediencia de la ley) sino, lo que es mucho peor, a construir sistemas fuertemente ritualistas. Sistemas en los que se pierde el norte a perseguir -la consecución de la justicia- y donde todo, al modo de elaborados ritos de cultos esotéricos, gira en derredor de las formas... lo ciertos que la “gran literatura” concursal se ha detenido más en cuestiones procesales, incluso: procedimentales, que en el análisis sustantivo de dispositivos trascendentes para el tratamiento del tópico concursal... La cómoda solución de hacer tabla rasa con principios de derecho civil o mercantil invocando “el espíritu” de la normativa falencial, o sus “principios” o escudándose en el orden público concursal, no puede tolerarse sin un severo análisis de cuando y cómo, en verdad, se produce una tensión entre las soluciones habituales y la normativa específica para un cesante. En el plano de la formulación de una propuesta de acuerdo y en la recolección de conformidades, tales temas son habitualmente solventados “de un plumazo”, muchas veces pretendiéndose un alcance de la normativa concursal que esta no tiene, ni puede llegar a tener”

En el derecho comercial hay que conocer la realidad, ello es fundamental. Esa realidad muestra la práctica que en todos los concursos donde hay quitas y esperas confiscatorias, hay terceros no convocados aceptando la propuesta, pues sería buena inversión desviar fondos para generar créditos quirografarios que puedan adherir a la propuesta e imponerla por mayoría. La práctica comienza con un “tercero” que se constituye en cesionario de todos los créditos con garantías reales -total hay que pagar-

control directo, el art. 33 L.S.C. permite extender la prohibición al caso de control indirecto (CNCom., Sala B, 13/7/06, “Inversora Electrónica Buenos Aires S.A.”, J.A. 2007-I-72). Adviértase que esta cesión es anterior a la presentación en concurso. Debe impedirse el voto de la sociedad cuyo paquete accionario es casi totalmente de propiedad del deudor concursado pues no es lógicamente posible pensar que éste vote contra sus propios intereses, lo que hace que su voto carezca de la independencia o autonomía necesaria para asegurar la transparencia del acuerdo (CNCom., Sala B, 13/7/06, “Inversora Electrónica Buenos Aires S.A.”, J.A. 2007-I-72.).

las en el concurso preventivo si se aprueba el acuerdo-, y dadivosamente no sólo renuncia a las garantías reales sino que acepta cobrar con quitas y esperas ajenas al mercado -obviamente sin intereses-. Si ello no alcanza se sigue con los laborales y con algún quirografario hasta alcanzar el límite legal⁸. No existe un mercado de créditos de insolventes para pagar más de lo que pudiera obtenerse en la liquidación. Y menos puede pensarse en un mercado de créditos con derecho real de garantía hipotecaria para pagar su valor real e inmediatamente renunciar al derecho real o privilegio y aceptar quitas y esperas predatorias.

Granados⁹ impuso la duda “*Tampoco veo la mejoría del pequeño o mediado proveedor que ayudó a mantener la empresa y hoy es un quirografario que, o acepta la propuesta para seguir vendiendo o tiene que sufrir las mayorías obtenidas, vaya uno a saber como*”. Todos lo saben, es público y notorio. Tuvimos acceso a un expediente de cobro de honorarios del Estudio del comprador del paquete accionario de una sociedad en concurso, que manejó el mismo desde la presentación, con las tratativas de compra, cesión y subrogación de créditos¹⁰, adqui-

⁸Extraemos de la aplicación ametódica del Código Civil un caso paradigmático resuelto por la Cámara Nacional Comercial, Sala A, el 23/8/01 en los autos “Kossevich, Julio”, revocando el fallo de primera instancia que no hizo lugar a la subrogación parcial respecto a un crédito de la Banca Nazionale del Lavoro. La Cámara siguió el criterio del entonces fiscal de Cámara Raúl A. Calle Guevara. En el caso un tercero depositó una cifra ínfima del crédito del Banco con la que se alcanzó, al votar favorablemente, las mayorías necesarias para aprobar un acuerdo predatorio.

⁹Ernesto GRANADOS, “Apuntes para reflexionar sobre el derecho concursal” en libro colectivo *El derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización - Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani*, directores Atilio A. Alterini y Noemí L. Nicolau, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 355, específicamente p. 366.

¹⁰No trataremos sino marginalmente el tema de la subrogación que se encuentra hoy descartado por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia. “El pago por subrogación no genera *ope legis* el derecho a voto en quien lo efectúa”; Rosolén, Juan Pedro, “La exclusión del cómputo del voto del cesionario. El modelo español. La necesidad de una reforma a la ley 24522”; Lorenzo, Iván, “Pago por subrogación en el concurso preventivo. Apunte sobre una valoración axiológica”; nto. “Propuesta írrita aprobada con voto connivente”; Sup. Trib. Just. Entre Ríos, 28/3/1998, “Telenta Horacio s/quiebra inc. de impugnación”; Sup. Corte Just. Mendoza, Sala 1ª, 27/7/05, “Torres, Luis O. y otros en ‘Abdala, Miguel E. s/concurso preventivo’”. Desalentando esa curiosa costumbre de que terceros paguen a acreedores concursales y se subroguen en sus derechos, por supuesto

dos por “terceros” con fondos de la concursada o de los compradores de las participaciones societarias, para obtener la mayoría. Ello aparece como el obrar de un tercero, al que no se le pedirá que cumpla con las leyes argentinas en cuanto a pagos mayores de \$ 1.000, o justificar el origen de los fondos. Este pensamiento se integra con la referencia del pensamiento de Truffat que hemos hecho con anterioridad.

Vaiser expresa ¹¹ “*Entiendo asimismo que la búsqueda efectuada por el juzgador surge explícita del decisorio y destaco para terminar, que no sólo se reivindica la facultad del juez para indagar y merituar sobre la existencia de abuso en el ejercicio de los derechos, sino también en la existencia de fraude, en cuanto a la transparencia y verosimilitud de las mayorías obtenidas*”.

Rara vez se ingresa ¹² en el análisis sobre la legitimación de los terceros no convocados que construyen la mayoría estricta de capital para imponer la propuesta írrita ¹³, y en eso estamos.

para votar afirmativamente las propuestas, la C.Civil y Comercial de Azul, Sala 1ª, en autos “Abran, José F. s/ concurso preventivo” con fecha 7/7/05 se expidió en el sentido de “no hacer lugar a la subrogación de terceros que si había sido aceptada en primera instancia, al considerar, que la subrogación pretendida resultaba violatoria de la *pars conditio creditorum* (en Lexis Nexis, entrega electrónica Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones del lunes 25 de julio de 2005, Jurisprudencia). La posición de un acreedor también fue motivo de considerar abusiva la propuesta en el caso Doina S.A. (En libro colectivo citado *Conflictos en la insolvencia*, p. 481),

¹¹ En “Un juez en pugna” en *El Derecho* del 13/12/05.

¹² En esa dirección se había expedido la CNCom., Sala A, por mayoría, en el caso “Arcángel Maggio” del 30/4/04, referido, donde el tribunal halló el acuerdo incongruente con los principios del orden público que comentaremos más adelante.

¹³ Sobre ello entresacamos del relato contenido en el fallo de la C.S.J.N. del 15/3/07 rechazando el recurso interpuesto por la concursada en “Arcángel Maggio S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de impugnación al acuerdo preventivo”: “3) extemporaneidad por parte de cesionarios de créditos privilegiados a la preferencia de los créditos cedidos con el objeto de formar la mayoría necesaria para aprobar el acuerdo dirigido a los acreedores quirografarios, 4) existencia de acuerdos paralelos negociados por afuera del expediente a través de testaferros, que respondían a los intereses de la concursada, violatorios de la *pars conditio creditorum*” (sin duda falta en el punto 3 la referencia a la “renuncia” a la preferencia, subrayando que “... En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley...” (art. 52 inc. 4º de la ley concursal)... “remitió el tribunal a quo a las conclusiones brindadas por la fiscal ante la cámara con relación a la

Impulsó nuestra curiosidad -como anticipamos- los acuerdos írritos que se homologan, confiscatorios para los acreedores que no podían votar, y al revisar las causas advertir las extrañas costumbres de ciertos terceros que “perdían plata” y nos preguntamos: ¿pueden votar los cesionarios de créditos, conforme a negocios producidos con posterioridad a la verificación?

Para ello no hay ni que presumir dolo, ni ampliar restricciones, sino en mirar el sistema jurídico. Nuestra respuesta es: no se los excluye por presunción de dolo sino por falta de legitimación, o si se quiere por inoponibilidad a terceros de los efectos de los contratos para perjudicarlos. Nunca se nos ha ocurrido pensar en el dolo o en el fraude en torno al tema, sólo la estructuración del sistema. Por eso no ingresamos en el tema penal, que desde el año 2006 ha sido profusamente debatido.

Se ha sostenido que el accionista que pudiendo hacerlo, legítimamente decida no recapitalizar la empresa insolvente debe pasar la propiedad de la misma a los acreedores¹⁴. Cuando el valor patrimonial de la socie-

cesión de diversos créditos privilegiados y a la inmediata conducta de los cesionarios en cuanto a la renuncia de las preferencias respectivas para poder votar la propuesta dirigida a los quirografarios, actos que estimó demostrativo de la existencia de liberalidades que sólo tuvieron por objeto afectar los derechos de los acreedores comunes a fin de que quedaran sometidos a una propuesta irrisoria” (ajena al mercado agregamos)... la propuesta “se mostraba como abusiva y contraria a la moral y las buenas costumbres a la luz de lo establecido por los arts. 21, 502, 1071, 953 y 1198 del Código Civil...”. Afirma la Corte que “El reproche del a quo a la propuesta de acuerdo se asienta, pues, en la exigencia -que hace a la transparencia del proceso concursal y a la captación de buena fe del voto de los acreedores-...” “... definir la medida del sacrificio de los acreedores... relacionado con la admisibilidad de una propuesta de acuerdo preventivo, el juez debe apreciar objetivamente si el deudor, en el ejercicio de su derecho, ha contrariado la finalidad económico-social del mismo que, en la especie, no está solamente dada por la conservación de la empresa como fuente de producción y trabajo, sino que también está definida por el logro de una finalidad satisfactiva del derecho de los acreedores, la cual naturalmente resulta negada cuando la pérdida que se les impone a ellos resulta claramente excesiva...”.

¹⁴ Lorenzo STANGHELLINI, “Proprietà e controllo dell’impresa in crisi” en *Rivista delle Società* settembre-ottobre 2004, p. 1041, específicamente p. 1072.

¹⁵ Esta es la idea que desenvuelve en proyección de reforma de la legislación falencial Lorenzo STANGHELLINI, *Proprietà e controllo dell’impresa in crisi* citado, p. 1041 y ss. específicamente 1055. Esta idea se acerca a la que venimos desarrollando en torno a un derecho concursal societario, pero aplicando la legislación argentina vigente como veremos.

dad no permite satisfacer su pasivo, los accionistas pierden interés en la gestión, y los acreedores en cambio pasan a tener interés fundamental en la prosecución exitosa de la actividad.

Se plantea como un objetivo de una legislación concursal, la transferencia de control de la empresa en crisis, de los accionistas que carecen ya de incentivo y de los administradores que responden a ellos, a los acreedores que ven comprometido su capital de riesgo¹⁵. Para ello deberían organizarse en categorías, con intereses uniformes, para intervenir en la vida de la sociedad.

La realidad es bien distinta en nuestro país, los accionistas desinteresados de invertir, apoyados por los administradores por ellos designados, actúan de otra manera: imponer a los acreedores quirografarios asumir la pérdida, enriqueciéndolos.

Los acreedores de una sociedad en crisis deberían tener el mismo tratamiento, derechos y tutelas que los accionistas de una sociedad solvente. Pero los acreedores de una empresa en crisis se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho¹⁶, que no tuvieron en cuenta cuanto contrataron sin la información de esa situación o antes que se produjera esa situación.

IV. Contrato y acuerdo

Caracteriza el contrato el principio consensualista del cual se generó un concepto general que se asienta sobre la existencia del acuerdo o consentimiento¹⁷. La autonomía de la voluntad es la regla y la coincidencia de las voluntades para dar exigibilidad al contrato, y es su base.

Por eso una primera clasificación entre los negocios jurídicos lleva a distinguir de los contratos al acuerdo que conceptualmente, como categoría de negocio jurídico, se aparta de su concepción lingüística de coinci-

¹⁶ Lorenzo STANGHELLINI, ob. cit., p. 1079.

¹⁷ Ricardo Luis LORENZETTI, *Tratado de los contratos. Parte general*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, ps. 41/42; Efraín Hugo RICHARD, "Ensayo en torno a contrato y acuerdo (aspectos societarios y concursales)" en libro colectivo *Derecho de los contratos*

dencia en la declaración de voluntades. En principio cabe apuntar que la terminología “acuerdo” es sinónima de consentimiento en el derecho argentino (art. 1137 C.C.), pero doctrinariamente puede distinguirse que: a) el acuerdo designa el encuentro de voluntades, sin referirse al modo en que éste se produce: acto colectivo, complejo, colegial o contractual, b) el acuerdo es creador de normas jurídicas generales, que obligan a todos los que en el futuro estén encuadrados en sus previsiones, y c) distingue del contrato que crea una norma jurídica individual¹⁸.

Cuando apuntamos a “relaciones de organización” lo hacemos en forma más amplia a “contrato de organización” o a un contrato constitutivo de sociedad, contrato plurilateral de organización asociativa, pues ello incluye no sólo la constitución, sino también la organización y funcionalidad de diversas figuras legales no necesariamente personificadas, y aquel concepto no excluye al “acuerdo colegial”, dentro del que incluimos al “acuerdo concursal” -con las modalidades absolutamente diferentes de una asamblea- que, obviamente, no es un “contrato biplurilateral”.

1. Decisión adoptable por mayoría

Al reflexionar en torno a una sistematización de las relaciones de organización¹⁹ no pudimos soslayar una visión liminar del acto colegial colectivo, como forma de expresarse los vinculados a una decisión adoptable por mayoría y que fuera imputable no ya a uno de los manifestantes de su voluntad, sino al grupo, y donde las manifestaciones quedan individualizadas.

Lo abordamos al referirnos a la asamblea de las sociedades anónimas²⁰, que es donde mejor aparecía normado ese acto o acuerdo colegial

(*Técnica de la contratación actual. Libro en homenaje a la escribana Beatriz A. Maury*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008, Coordinador Fernando Pérez Hualde, ps. 31 a 74 (concebido a mediados de 2006).

¹⁸ Ricardo Luis LORENZETTI, ob. cit., ps. 177 a 178 a quien hemos casi transcripto.

¹⁹ En *Sociedades y contratos asociativos*, Buenos Aires, Zavallía Editor, 1987.

²⁰ Efraín Hugo RICHARD Y Orlando Manuel MUIÑO, *Derecho societario*, 2ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 1999, p. 26 y ss..

colectivo. Pensamos también que la cuestión debía ser normada en la unificación de la legislación civil y comercial, pero al ser bien difícil algún acuerdo en torno a la personalidad y a la regulación de los contratos asociativos, más lo era intentar pensar grupalmente en torno al acto o negocio colegial colectivo, pero ya alejándolo de cualquier vinculación a una asamblea e incluso a una persona jurídica o sociedad...

Nos volvimos a interesar primero en la naturaleza de la asamblea unánime²¹ y luego en la cuestión al referirnos a la mayoría necesaria para otorgar el asentimiento para la promoción de acciones de recomposición patrimonial o de responsabilidad en la quiebra²². Y, últimamente, ante la espuria realidad de la votación de acuerdos predatorios²³.

Con este último objetivo intentamos una teorización sobre la cuestión, afrontándolo desde los principios, pues si bien no hay duda que se trata la aceptación de la propuesta de un “negocio de mayorías” cabe inmediatamente determinar a que “mayorías” nos estamos refiriendo..

2. Acuerdo. Negocio colegial colectivo

El negocio plurilateral debe distinguirse de las formas afines de negocios jurídicos comúnmente denominados “actos”, y se caracterizan

²¹ “En torno a la asamblea unánime comunicación” al *VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, publicación dirigida por Eduardo M. Favier Dubois h. y Ricardo A. Nissen, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1995, t. I, p. 143

²² En *De la insolvencia*, 3 ts., libros In Memoriam de Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra, Córdoba, Advocatus, 2000, con las comunicaciones al II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, “La autorización de los acreedores para promover acciones revocatorias o de responsabilidad” con Héctor Guillermo VÉLEZ. t. II, p. 415.

²³ En el libro donde se genera un *Documento para consulta pública: la flexibilización del derecho de sociedades para el fomento de pequeñas y medianas iniciativas empresariales* generado por los equipos de trabajo de la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino de Tucumán, y la Universidad Carlos III de Madrid, UNSTA septiembre 2008, se señala en el Capítulo III.B. i) “Métodos para la prevención de crisis económico-financieras”, refiriéndose a acuerdos homologados se expresa “prevé el pago de las deudas a quince años (por tanto, con un aplazamiento excesivo y claramente

por el modo en que están dispuestas las declaraciones de voluntad. El negocio colectivo se evidencia en la declaración de voluntad de dos o más sujetos del mismo contenido dispuestas paralelamente que se unen entre sí permaneciendo distintas, y “tienden a un fin común y a un común efecto jurídico”²⁴.

El acuerdo doctrinariamente se aparta del contrato al legitimar las decisiones de mayoría por imperio de norma jurídica o contractual, siendo susceptible de formación sucesiva y progresiva, expresándose como acto unilateral. Claro que allí el acuerdo colectivo alcanza su reconocimiento por ciertas formalidades que se cumplen (colegialidad). El colegio es un término de raíces históricas, que acarrea una cierta confusión... la generalización permite aplicarla a otros supuestos como el consorcio de propietarios, los contratos de colaboración, sean o no persona jurídica, y a los acuerdos concursales.

En el punto lo que es fundamental es la aplicación del “principio mayoritario”. Acuerdo colegial se confunde con una decisión mayoritaria. Generalizando la cuestión seguimos a Galgano²⁵ cuando apunta que se “habla de acuerdos en materia de ... también la Ley de quiebras habla de voto y de acuerdo en tema de convenios... de convenio preventivo...”. Finalmente refiere que “Otras variedades del método rigen para los acuerdos de los acreedores concursales acerca de las propuestas de convenio de quiebra, de convenio preventivo”, en alguno de los cuales “está ausente cualquier resquicio del método colegial”...Queda así como resumen -y al margen de la “colegialidad” o no del marco- que la voluntad mayoritaria sólo puede ser impuesta a los disidentes y ausentes cuando la ley ... determinando algunos requisitos básicos en cuanto a legitimación para ejercer el derecho de mayoría y los límites de temporalidad o localización para ejercer ese derecho, sin perjui-

incompatible con las posibilidades de recuperación y restablecimiento de la situación de crisis en un período razonable” -p. 109-, sin referirse a las quitas que constituyen un factor predatorio aún más grave.

²⁴ Francesco MESSINEO *Manual de derecho civil y comercial*, Buenos Aires, EJE, 1971, traducción de Santiago Sentís Melendo, t. II, ps. 346/7.

²⁵ Francesco GALGANO, *El negocio jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, traducción de Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albertosa, p. 237 y ss.: “El voto y el acuerdo”.

cio de aplicar otros principios como el de interés contrario para excluir el voto de la formación del acuerdo, el ejercicio abusivo del derecho, el fraude a la ley, etc... “El marco normativo, la temporalidad para las declaraciones de voluntad, la legitimación exclusiva y excluyente, la identidad del acuerdo, el interés común, son lo que caracteriza la existencia del acuerdo por mayoría, y le otorga la calidad de “colegial” aunque se encuentre esfumada la noción física de “colegio” como reunión”²⁶. Si bien en la gestación del acuerdo concursal, en la ley argentina actual se genera un debilitamiento del acto colegial al haberse eliminado la Junta, no quita a ello la constatación de un acuerdo de tipo colegial, por el vínculo que genera, y de carácter colectivo al mantenerse individualizado cada voto²⁷. La colegialidad esta vinculada a la concursalidad, a ciertas personas que se vinculan al patrimonio del deudor común, y que deben hacer un trámite para legitimarse.

Y en el concurso los arts. 1195 y 1199 C.C. son parte del sistema.

La idea sobre que se trata de un contrato no nos entusiasma, particularmente si se refiere a cada opción (voto) afirmativo que se suma a las adhesiones. Ello porque cada adhesión (si es contractual) implicaría una deliberación y convenciones que afectarían la igualdad. Igualdad que, en el concurso, se manifiesta a través de la propuesta (aunque tenga alternativas a las que pueden adherir, sin perjuicio de la residual para todos los que son arrastrados por la supuesta libre mayo-

²⁶ La existencia de categorías de acreedores no excluye la idea de “colegio” con la amplitud que la hemos presentado, al igual que las “asambleas societarias de clases de acciones”, que imponen que la mayoría se obtenga dentro de un plazo determinado y emanando la declaración de voluntad de ciertos y limitados acreedores, separados en diversas categorías -o colegios- para determinar la existencia de la aceptación vinculante.

²⁷ FRANCISCO JUNYENT BAS, “La figura del concordato. Caracterología del acuerdo entre el deudor y los acreedores en el proceso concursal preventivo” en *El voto en las sociedades y los concursos AA.* edición Legis del Instituto Argentino de Derecho Comercial, Buenos Aires, 2007, en p. 166 señala a la conformidad de los acreedores como “un régimen de mayoría, aspecto que no puede confundirse con una decisión asamblearia de carácter colegial, como la del órgano de gobierno de la sociedad comercial”, advirtiéndose que ya nos hemos alejando de ello y hemos remarcado que el carácter colegial no esta vinculado a la asamblea ni a una persona jurídica, sino a la referencia a los legitimados para tomar una decisión por mayoría.

ría). Y la deliberación esta prevista para la formulación de la propuesta²⁸, que se integra con la conformidad de acreedores quirografarios mayoritarios para el comité de control.

Esa limitación de lo colegial a aspectos formales genera la disidencia, que aparece así más que nada terminológica. Lo que no hay duda es que estamos hablando de acuerdos logrados por mayorías predeterminadas de personas legitimadas a expresar su opción por la conformidad o disconformidad con la propuesta. La expresión voto la mantiene Colombia en su reciente ley²⁹, pese a que se trata de aceptación de la propuesta al igual que la ley argentina, que también la usa en el art. 45 bis L.C.Q.. Conforme la Real Academia es “expresión pública de una preferencia ante una opción”. O sea que voto y manifestación de aceptación de la propuesta son expresiones correctas que expresan la misma idea.

Junyent refiriéndose a la “sustitución subjetiva” de acreedores a través de cesiones de créditos o pagos, parece inclinarse por limitar la transferibilidad del voto, con cita doctrinaria y jurisprudencial³⁰, y al referir a la tesis que acerca a la existencia de una relación colegial apunta en orden a la misma a un “interés concursal” y también a un “interés contrario al concursal”. La verdad que en el artículo con el que iniciamos la polémica³¹ no usamos ni adherimos al “interés concursal”, pero si bien el de “interés contrario” pero con referencia totalmente diferente, pues lo señalábamos para individualizar a los acreedores cuyo voto se quería excluir por interés contrario a la concursada, lo que considerábamos absur-

²⁸ Efraín Hugo RICHARD, “Integración de propuesta en concurso societario (sobre la empresa, lo concursal y lo societario)” en www.acader.org.ar

²⁹ Ley 1116 del 27 de diciembre de 2006 que regirá desde mediados del 2007 en su art. 24 y ss. “derechos de voto”, pese a que no existe colegio en sentido estricto.

³⁰ FRANCISCO JUNYENT BAS, “La figura del concordato. Caracterología del acuerdo entre el deudor y los acreedores en el proceso concursal preventivo”, cit. p. 131 y ss., especialmente p. 161, y a p. 165 “Así se advierte, la trascendencia que el proceso de verificación tempestivo tiene en orden a la legitimación de los acreedores concurrentes integrando la base de cómputo de las mayorías legales”. “Talenta, Horacio s/ quiebra - inc. de impugnación”, S.T.J. de Entre Ríos, 28/3/98, citado en el trabajo conjunto Richard - Moro citado en RDCO, “Abran, José F. s/ Concurso preventivo”, Cám. C.y C. de Azul, Sala 1, 7/7/05.

³¹ Efraín Hugo RICHARD, “Legitimación para votar el acuerdo concursal” *citado*.

do. Siempre hemos cuestionado las referencias a “interés” por su vinculación subjetiva a la volición de una persona. Creemos que es mejor hablar de objetivos concursales³².

Aclarado esto pasa ser un punto de menor importancia el uso de expresiones como “colegio” o “voto”. El nudo es que el contrato tiene como base no afectar a terceros. El acuerdo, en cambio, se obtiene por mayorías dentro de las que están legitimadas a expresar su opción y donde se afectan derechos de los que no adhieren o de los que no pueden adherir por el estadio de su causa. Es Junyent -en el mismo sentido que lo habíamos hecho nosotros- que apunta que al margen de esa naturaleza jurídica, “la verdadera cuestión a resolver y que subyace en esta temática es la relativa a la “sustitución subjetiva de los acreedores”, es decir, dicho derechamente, quiénes son los que están legitimados para otorgar las respectivas conformidades a la propuesta del deudor”³³.

3. *El acuerdo concursal*

La cuestión es: ¿mayoría de que acreedores para aprobar una propuesta?

Queda como resumen -y al margen de la “colegialidad” o no del marco- que la voluntad mayoritaria sólo puede ser impuesta a los disidentes y ausentes cuando la ley -o el contrato- lo autoriza, determinando algunos requisitos básicos en cuanto a legitimación para ejercer el derecho de mayoría y los límites de temporalidad o localización para ejercer ese derecho, sin perjuicio de aplicar otros principios como el de interés contrario para excluir el voto de la formación del acuerdo, el ejercicio abusivo del derecho, el fraude a la ley, etc.. Sobre el punto expresa Otaegui “la ley L.C.Q. art. 36 faculta al juez para descartar el *jus cedendi* de un acreedor que a la postre puede resultar legítimo (. 37 párr. 2º L.C.Q.) pero que no puede ejercer su *jus votandi*... Así enten-

³² Efraín Hugo RICHARD, “Axiología del Derecho Concursal” (Comunicación al II Congreso Colombiano de Derecho Concursal, organizado por el Capítulo Colombiano del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (Valle de Leyva, Colombia, agosto de 2008).

³³ FRANCISCO JUNYENT BAS, “En torno al concordato...” citado p. 15.

dida la opción por el art. 36 L.C.Q. presenta la ventaja de impedir la promoción de incidentes (art. 280 L.C.Q.) sobre exclusión de voto, cesión de créditos y pago por subrogación que alteran el colegio creditorio y con las consiguientes apelaciones (art. 285 L.C.Q.) concedidas en ambos efectos demoran la formación de dicho colegio... La demora en la formación del colegio creditorio conlleva la consiguiente prolongación del trámite concursal... Sin crédito no hay comercio ni empresa comercial. Ni hablar de las malas intenciones que so pretexto de conservar la empresa apuntan a burlar a los acreedores”³⁴.

Después de un artículo nuestro³⁵ la doctrina se ha pronunciado. Truffat invito a polemizar³⁶. La discrepancia respetuosa -como las que mantenemos- es siempre constructiva. Así instalo la polémica sobre la cesión de créditos (efectivizada al sólo efecto de votar -adherir- favorablemente a una propuesta de acuerdo írrita en concurso, sosteniendo el derecho irrestricto de cesión y subrogación en el concurso, frente a las posiciones expuestas a partir de nuestro dicho artículo. Otros lo han hecho con respuestas restrictivas similares a la nuestra. Algunos compartiendo nuestra tesis, otros -más moderados como Daniel Vitolo³⁷, Walter Rubén Ton³⁸, Marisol Martínez y Francisco Junyent Bas³⁹ sosteniendo

³⁴ Julio OTAEGUI, “Voto concordatario desplazamiento, vía y oportunidad procesal” en *El voto en las sociedades y los concursos* AA.VV., edición Lexis Nexis del Instituto Argentino de Derecho Comercial, Buenos Aires, 2007, p. 187 y ss., especialmente ps. 203/4, con una más amplia explicitación a p. 193 sobre la cesión de créditos y a p. 195 sobre el pago con subrogación legal.

³⁵ Efraín Hugo RICHARD, *Legitimación para votar el acuerdo concursal ¿Negocio colegial colectivo?* citado en nota 6.

³⁶ E. Daniel TRUFFAT, “La cesión de créditos en los concursos preventivos” en *Jurisconcursal*, año II, n.5 p. 85, San Miguel de Tucumán. Donde se entretiene en descartar la existencia de colegio, de voto, particularmente porque vincula a aquél al acuerdo concursal y a la imputación a un ente. O en que no existe restricción para usar de la cesión del crédito y del derecho a adherir a la propuesta de acuerdo. Otaegui rescata la existencia del colegio concursal en el artículo que ya hemos citado.

³⁷ Daniel R. VITOLO, “Transferencia de créditos en el concurso y sustitución concursal”, L.L. diario del 27/11/06, p. 1 y ss..

³⁸ “Cesión para votar en concurso futuro”, en Boletín del Estudio Jurídico Ton & Asoc. de Walter Rubén Jesús Ton.

³⁹ Francisco A. JUNYENT BAS, “En torno al concordato (a propósito de la sustitución subjetiva de los acreedores y la eventual validez de las cesiones de créditos y/o pagos

que sólo los verificados y declarados admisibles pueden “votar”. En todos los supuestos se trata de un análisis de los legitimados a intervenir en la formación del acuerdo. Con otros argumentos, pero en línea con nuestra tesis Julio César Otaegui⁴⁰, Carlos Moro y Eduardo Favier Dubois (h)⁴¹.

Fundamental es que Truffat reconoce que el límite es el perjuicio a terceros, propio de las relaciones de cambio. Tenemos para nosotros que se acentúa el criterio contractualista de su pensamiento, ley de los intervinientes, cuando los concursos tienen otras reglas -de organización- y afectan a terceros claramente. Y a ello le da respuesta el art. 1195 C.C., como abundaremos más adelante.

Otaegui discrepa con Vitolo que con criterio más amplio expresa “cuando el acreedor originario ya ha sido declarado verificado o admisible, su cesionario podrá ejercer el derecho de voto si el juez resuelve tal sustitución”. Otaegui mantiene un criterio restrictivo y afirma la existencia del “colegio”, entendiendo que la aprobación de la propuesta lo debe ser por la colectividad de acreedores organizados para ello en un colegio creditorio que decide según el principio mayoritario sobre la base de la conformidad o voto de cada acreedor integrado a dicho colegio⁴². En igual sentido Favier Dubois h.⁴³.

Refiriéndose al acuerdo concursal, pero dentro de la concepción genérica que ensayamos, Gils Carbó⁴⁴ diferencia la disciplina contractual, donde “hay una exigencia de libertad e igualdad, de autodeterminación”, del sistema concursal para aprobar un acuerdo propuesto por la concursada. “La adopción de un sistema de mayorías para la toma de decisiones, importa el sometimiento de la minoría disidente o ausente a la volun-

por subrogación” en *Semanario Jurídico*, Córdoba, 3 de enero de 2008, año XXX N° 1641 p. 8 y ss., específicamente p. 14.

⁴⁰ OTAEGUI, “Voto concordatario...” cit.m p. 189 y ss..

⁴¹ Eduardo FAVIER DUBOIS H., “Exclusión de voto en los concursos: un camino en permanente construcción” en *La tutela de los acreedores en los procesos concursales*, p. 157 y ss..

⁴² OTAEGUI, “Voto concordatario...” cit. p. 189 y ss..

⁴³ Eduardo FAVIER DUBOIS h., “Exclusión de voto...” ob. y p. citadas.

⁴⁴ Alejandra GILS CARBÓ, “La exclusión del voto en el concurso preventivo” en libro colectivo *Conflictos en la insolvencia*, dirigido por Ricardo A. Nissen y Daniel R. Vitolo, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, p. 343 y ss..

tad de otros sujetos”, agregamos no sólo ausentes -y disidentes- sino de todos los otros acreedores aún no verificados o declarados admisibles. El pasivo real no se tiene en cuenta sino el verificado, plasmándose así una ventaja en beneficio de la concursada.

Ingresando en lo colegial sostiene dicha autora “la legitimidad de un sistema de mayorías para la toma de decisiones está condicionada a que aquellas se adopten de acuerdo a un procedimiento, regulado por la ley... Éste debe proveer una estructura formal que garantice en alguna medida el ejercicio de los derechos de las minorías y la homogeneidad o comunidad de intereses de los votantes⁴⁵. La sujeción de la minoría a la decisión de la mayoría se justifica por la posibilidad que se confiere a aquélla de participar en un procedimiento predeterminado, que -aunque difuso- es con lo que cuenta el acreedor minoritario disidente con la propuesta para ser oído⁴⁶. Así se garantiza el respeto a sus derechos y se compensa el sacrificio de la autonomía de la voluntad que está insito en la adopción del principio mayoritario”⁴⁷. Describe así Gils Carbó el acuerdo o negocio colegial colectivo.

Coincide Otaegui sobre el punto con su tradicional magisterio, cuestionando tanto la cesión como la subrogación con diferentes y contundentes argumentos⁴⁸ en cuanto al ejercicio del voto, aunque validando la transferencia del crédito como apunta el fallo que acabamos de transcribir.

4. Legitimación

Debe distinguirse entre acreedor legitimado del acreedor con prohibición de votar o excluido.

⁴⁵ GILS CARBÓ cita aquí a R. SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato*, Milán, Giuffré, 1984, p. 41 y HORACIO FARGOSI, “Algunas notas sobre los acuerdos preventivos extrajudiciales” en L.L. 2002-D-1074.

⁴⁶ JOSÉ ANTONIO IGLESIAS, *Concursos y quiebras. Ley 24.522*, Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 96.

⁴⁷ GILS CARBÓ continúa con la cita a Sacchi, ob. cit., p. 43.

⁴⁸ OTAEGUI, “Voto concordatario...” citado, ps. 193 y 195.

La ley concursal autoriza a votar a los acreedores verificados o declarados admisibles (arts. 32 y 41 L.C.Q.) y no a los “créditos”.

La legitimación concursal excluye la cesión o subrogación posterior a la apertura, imponiendo la verificación del acreedor concurrente que pretenda legitimarse para votar, conforme las previsiones de los arts. 31 y 41 L.C.Q.. Justamente en relación a ciertos créditos (45 3ª parte L.C.Q.), ratificando la falta de legitimación de los acreedores no verificados o declarados admisibles, se amplía el período de incesibilidad a un año antes de la presentación, por la suposición de planificación de la insolvencia⁴⁹.

La “adquisición” por cualquier medio de un crédito ya verificado, particularmente seguido por renunciaciones a derechos reales o privilegios, y la aceptación de un acuerdo predatorio de quita y espera contiene una desviación causal del negocio, jurídica y moralmente ilícita, en cuanto perjudica a acreedores concursales reconocidos y enriquece a los socios de la sociedad concursada.

Desde la axiología y de la norma concursal sólo los “acreedores por causa o título anterior a la presentación y sus garantes” pueden intervenir conforme la previsión del art. 32 L.C.Q., donde se expresa la “causa” de la obligación, que tiende a excluir a acreedores complacientes o conniventes, que deben corresponder al giro negocial⁵⁰.

Ello sería congruente con el principio básico de los contratos: ley para las partes no pueden afectar derechos de terceros (art. 1195 C.C. argentino, sobre lo que abundaremos).

Se genera así una interpretación congruente. La ley concursal sólo permite votar a los acreedores verificados. No se refiere a los acreedores que han devenido como tales, después de la verificación. Ello sería incongruente con el sistema concursal, donde una subrogación y/o cesión es sospechosa y ajena al “interés” de un acreedor real. Aparecería el conflicto de intereses.

⁴⁹ Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio*, Barcelona Ariel, 1989, p. 73 en orden a que “*Todas las leyes, lo mismo que todos los contratos -y el negocio colegial, agregamos- pueden ser controlados en su operación y efectos por máximas generales y fundamentales del derecho*”.

⁵⁰ Se acaba de publicitar una investigación en ocho APEs, en los cuales los votantes afirmativos no pertenecerían al giro negocial y serían los mismos en todos los concursos, lo que implicaría una maniobra defraudatoria de acreditarse.

Lo cierto es que en nuestra República la cesión y subrogación se usan en forma contraria al sistema, o sea ilegalmente -si hay dolo o fraude se configuraría una figura penal, y no hay que presumir el dolo o el fraude para rechazar el alcance que quiere darse a esos contratos-. Por la causa, por la igualdad, por el interés tutelado. En países donde se autoriza la libre negociación se supone que, comprando créditos en *default*, quien dispone de dinero hace negocios, y otra es un tercero agradecido que paga por subrogarse -incluso parcialmente un crédito- que alcanza exactamente para obtener la mayoría e inmediatamente renuncia a derechos reales, privilegios y al crédito mismo votando acuerdos con quitas y esperas inconstitucionales. En nuestra República el tercero actúa sin duda con la “intención de perder” aunque sea en gratitud con el concursado, pero ello no puede llevar a violar las normas del Código Civil y el sistema concursal.

IncurSIONAMOS algo más en un artículo conjunto con Carlos Moro en un dossier de derecho concursal ⁵¹. Dicho jurista ya se pronunció en similar sentido en el Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal (Rosario, 2006) con argumentos independientes, reflejando también jurisprudencia que había negado la intervención del cesionario por sustitución procesal inaceptable.

Daniel Vitolo mejora esa incursión en el derecho comparado ⁵² refiriendo a lo que él llama “sustitución procesal subjetiva de acreedores”, sosteniendo la viabilidad incluso para ejercer el derecho de voto si es anterior a la petición de verificación de créditos, o sea si se presenta el cesionario. La posterior cesión y subrogación les quita a cedente y cesionario el derecho de votar la propuesta.

4.1. La exclusión de voto es un tema bien distinto. Dentro de los acreedores legitimados a ejercer su decisión en torno a la propuesta, a

⁵¹ Efraín Hugo RICHARD, “Cuestiones actuales de Derecho Concursal. Derecho concursal comparado: sobre cambios y cuestiones controvertidas. Apreciaciones preliminares. Dossier” en RDCO N° 223, marzo-abril 2007, p. 361, y Efraín Hugo RICHARD - Carlos Emilio MORO, “La propuesta concordataria la aceptan o rechazan los acreedores concurrentes que verificaron... Nadie más”, p. 387.

⁵² Daniel R. VITOLO, “Transferencia de créditos en el concurso y sustitución concursal” en L.L. 27/11/06, citada, p. 1 y ss..

algunos puede prohibírseles el voto (art. 45 L.C.Q.), u otros ser excluidos impidiéndoles el ejercicio de ese derecho, por razones que deberá exponer la resolución respectiva.

Es vinculada a la exclusión de voto y no a la legitimidad de la intervención del cesionario en la aprobación del acuerdo, las referencias y conclusiones *obiter dictum*, que Truffat señala como favorable a su posición⁵³ en la polémica suscitada, pero en realidad lo es en orden a la no taxatividad de la exclusión de voto prevista en el art. 45 L.C.Q.. Así la Cámara 2^a, Civ. y Com., Córdoba, 22/11/07, “Banco Suquía S.A. s/gran concurso preventivo”, al revocar el fallo de primera instancia y aceptando el efecto patrimonial de la cesión para adoptar una resolución que excede el marco de este comentario sobre la cesión del derecho de voto, la vocal de primer voto Prof. Silvana Chiapero de Bas dice en la parte pertinente referida a un ““hecho nuevo” consistente en un acuerdo de pago con subrogación instrumentado entre Crédit Agricole S.A. y el Fondo Fiduciario de Asistencia a Entidades Financieras y Seguros (Banco Nación), mediante escritura n. 272, del 17/8/2006: “... *De lo hasta aquí expuesto se sigue que, aun cuando nos enroláramos en la postura restrictiva que propicia como regla no validar la transferencia de créditos concretadas con posterioridad al pedido verificadorio, la validez del pago por subrogación acreditado en el caso concreto como hecho nuevo en esta causa estaría justificada por concurrir la circunstancia de excepción, cual es que la transferencia cuente con la conformidad del deudor, síndico y demás acreedores. Tal consentimiento -aun en opinión de los autores más restrictivos- autoriza a validar la sustitución subjetiva de créditos (conf. Vítolo, Daniel R., “Transferencia de créditos...” cit. , p. 1 y ss.). Desde otro ángulo, aun si analizáramos la cuestión siguiendo los lineamientos de la doctrina italiana que prohíbe admitir a estos acreedores que se convirtieron en tales durante el proceso concursal por considerar que alteran las mayorías mediante transferencias sospechosas, también deberíamos admitir este pago por subrogación, pues el efecto propiciado por dicha doctrina extranjera es privar de derecho a “votar” el concordato al acreedor que hubiera adquirido su crédito por acto*

⁵³ E. Daniel TRUFFAT, “Un apabullante *obiter dictum*”, LexisNexis Córdoba, Nº 6, 2008, junio, p. 652 y ss..

entre vivos después de abierto el concurso, prohibición que en el caso bajo análisis ya pesa sobre el nuevo acreedor (CASA) por haber sido excluido en función de lo normado por el art. 45 , L.C.Q., por resolución que luce firme y consentida (conf. Bolaffio, obra citada por el fiscal de Cámara a fs. 10277).. Pero, además de ello y pese a que el tema no es pacífico, resultando de suma enjundia las disquisiciones doctrinarias y jurisprudenciales tejidas en su entorno, en el presente proceso la admisión de la sustitución subjetiva de acreedores no podría cercenarse por una razón aún más radical, cual es que ya ha sido resuelta favorablemente por la primera jueza -aunque con algunos cabildeos en orden al respeto de la regla de igualdad que impera el art. 16, L.C.Q.- con relación a otros créditos que fueron cancelados mediante pago por subrogación por la misma acreedora (Crédit Agricole S.A.) sin haber merecido objeción de ninguno de los interesados en cuestionar dicha sustitución subjetiva”.

La exclusión de voto debe interpretarse dentro de los acreedores concurrentes, o sea en relación a los acreedores verificados y declarados admisibles -eventualmente sus sucesores a título universal-, y esta legitimación es la que debe entenderse restrictivamente dentro del sistema de orden público concursal. No cualquier acreedor puede votar -así los postconcursoales y los excluidos, además de los no legitimados-, y el que intente sustituir a acreedores legitimados debe saber que no puede ejercer el derecho, pues carece del interés original que él tenía: el ser afectado por la cesación de pagos de su deudor. El tercero que intenta intervenir no está en esa situación que impone un orden diferente, lo hace a sabiendas, contrariando la “causa” del negocio. La exclusión es así genérica, no goza de ese derecho ni puede hacerlo por un acto de voluntad.

4.2. El fundamento de la decisión por mayoría es el interés común de los legitimados integrantes del grupo. No puede pensarse en relaciones contractuales entre deudor y cada acreedor, pues éste sólo puede estar a expresar su voluntad en orden a la propuesta pública y formalmente presentada, eventualmente formalizando las renunciaciones que expresamente le autorice la ley pues todo otro acuerdo caería en previsiones penales. En relación a este acuerdo, para que la voluntad mayoritaria pueda oponerse a los disidentes, ausentes o posteriores reconocidos, debe estarse estrictamente a las legitimaciones y actos que expresamente autorice la ley concursal.

“Para que un concurso preventivo sea una herramienta sana para que empresas viables superen situaciones de crisis económico financieras, más procurando mantener un adecuado equilibrio de intereses de manera tal que no constituya una trampa para acreedores, es clave que quienes vayan a integrar las mayorías computables sean todos los que deban ser y no otros; sin ausencias que pueden ser evitadas y sin presencias de acreedores falsos”⁵⁴.

La ley concursal autoriza a votar a los acreedores verificados o declarados admisibles (arts. 32 y 41 L.C.Q.) y no a los “créditos”. Ello se vincula indisolublemente al aspecto del “interés contrario” o al “interés concurrente”.

Nos llamó la atención que la jurisprudencia sobre exclusiones no hiciera referencia a la doctrina de los Tratados sobre concursos, particularmente en orden a la legitimación. Y dentro de nuestro limitado tiempo consultamos a Rivera, Roitman y Vitolo⁵⁵ y a Junyent Bas, Molina Sandoval⁵⁶, sin encontrar referencias específicas sobre el punto.

Por eso buceamos en la pluma de Cámara y encontramos opinión concreta⁵⁷. Si bien referido a la Junta de acreedores, donde se expresaba la dirección del voto, ante el título “Acreedores que pueden asistir”, se preguntaba “¿Qué acreedores comprende? Los verificados y declarados admisibles”, al ser reemplazado el anterior sistema de verificación. Posteriormente al referirse a los “acreedores votantes”⁵⁸ señala enfáticamente un juicio totalmente aplicable en la legislación vigente: “a) **El de-**

⁵⁴ Mariano J. AQUINO, “Algunas notas sobre los acuerdos preventivos para acreedores privilegiados” en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, 2005, año 38, t. 2005-B, p. 554 y ss., específicamente p. 562, “2. El pasivo que integra las mayorías. La importancia de la etapa informativa”, si bien tratando de acreedores privilegiados introduce las condiciones de “legitimidad”.

⁵⁵ *Ley de concursos y quiebras*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000, t. I p. 313 y ss..

⁵⁶ *Ley de concursos y quiebras comentada*, Buenos Aires, LexisNexis-Depalma, 2003, t. I, p. 271 y ss..

⁵⁷ Héctor CÁMARA, *El concurso preventivo y la quiebra - Comentario de la ley 19.551*, Buenos Aires, Depalma, 1979, t. II, p. 933 y ss., “acreedores que pueden asistir”, específicamente p. 933.

⁵⁸ CÁMARA, ob. cit. en nota anterior, p. 965 y ss., específicamente p. 966.

recho de voto se atribuye al acreedor, y no a los créditos... En consecuencia, si el acreedor tiene varios créditos dispone de un solo voto personal -principio de indivisibilidad-, por el importe de todos ellos con derecho de voto: único en su contenido que no puede fraccionarse ni por mandatario... d) El acreedor de un acreedor del concursado, ¿puede votar usando la acción subrogatoria? No corresponde, porque **el derecho de voto es inherente a la persona del acreedor (art. 1196 C.C.)**... Tienen derecho de voto: a) En primer lugar, los acreedores quirografarios verificados o declarados admisibles... Ellos son los principales destinatarios del acuerdo preventivo, porque soportan las consecuencias de la insolvencia del deudor”. Es el interés común que justifica, conforme el orden público concursal, el acuerdo por mayoría de las personas unidas homogéneamente.

Además de la limitación en la legitimación de quienes pueden votar, otorgada por la legislación concursal en forma personal al acreedor anterior a la presentación y verificado o declarado admisible, lo que limita el efecto de la cesión del crédito en el concurso, existe en la cesión o subrogación una alteración de las consecuencias naturales del negocio⁵⁹, en el negocio de transmisión existe una deficiencia en la causa, cuando no una ausencia de causa, o una ilicitud en la misma, contraria al sistema concursal e incluso una “ilicitud moral”⁶⁰ en cuanto se intenta afectar a la minoría.

El art. 1195 C.C. lo excluye y abundaremos sobre ello.

4.3. Último escollo para el voto complaciente: abuso de derecho y/o fraude.

El abuso de derecho esta señalado aquí en relación al ejercicio del derecho de voto, y no al ejercicio de la subrogación o cesión -o por lo menos no aparece claramente diferenciada-. Creemos que en primer lugar -de no aceptarse nuestra tesis inicial sobre la legitimación-, la teoría del abuso del derecho debe aplicarse al negocio substitutivo en primer lugar, y luego en caso de ser superado, debe aplicarse al ejercicio del derecho de voto. Ello por cuanto el tercero no es un acreedor

⁵⁹ Emilio BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, 2ª ed., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959, p. 187.

⁶⁰ Emilio BETTI, ob. cit., p. 278.

concurrente, integrante de la masa pasiva que generó la decisión de presentarse en concurso.

“De advertir el tribunal que se ha utilizado la renuncia como un medio para emplear el derecho de voto, con el fin de desnaturalizar el recto sentido de la votación, se adopten las medidas del caso” (CNCom., Sala E, 11/5/88, “La Tregua S.A.”, L.L. 1988-E p. 484).

V. La cuestión jurídica

Al tratar de atender a esas cesiones o subrogaciones desde el Código Civil, Daniel juega con elementos de relaciones de cambio, con los que también se desarrolló el pensamiento del Maestro Cámara, con respuesta también negativa como la nuestra. Lo que logramos es poner la cuestión entre las relaciones de organización, en el marco de la concursabilidad, concurrencialidad y admisibilidad, logrando un importante cambio en la forma de enfrentar la cuestión en el último año, generando un pensamiento sistemático en orden a esas relaciones de organización donde se insertan los concursos.

Hemos hecho referencia a la ley concursal.

1. El sistema jurídico

El sistema jurídico es una unidad y no puede ser interpretado fraccionadamente. La cuestión se encuentra dentro de lo que hemos llamado las “relaciones de organización”.

La sociedad es un instrumento jurídico maravilloso para generar centros de imputación y afrontar negocios con limitación de responsabilidad, pero debe ser usado funcionalmente. Algunas cosas contrarias a ello han acaecido en los últimos tiempos generando doctrinas sobre imputación, descorrimiento del velo, responsabilidad, etc.

La legislación concursal viene, frente a crisis, a suplantar el derecho común, suponiendo que se han agotado las vías del mismo, alterando los derechos de los acreedores anteriores a la apertura del concurso e imponiendo la concursabilidad, la concurrencia y la verificación de créditos en

un proceso que integra las relaciones de organización. Esa ruptura del sistema de las relaciones de cambio, interindividuales, tiene ciertas reglas nacidas en el derecho común e integradas por el sistema concursal de relaciones de organización o de empresa. Lo acaba de expresar la Corte Suprema en el caso Comercial del Plata generando un *obiter dictum* que impone que las crisis societarias sean afrontadas conforme las normas de la ley específica y el concurso represente el último recurso⁶¹.

El problema deviene de pensar que los administradores societarios pueden seguir operando en cesación de pagos, olvidando su obligatoria conducta de actuar con la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios, ante la crisis económico financiera de una sociedad, y lejos de adoptar medidas planificadoras para salir de la crisis, convocando a los socios -como bien requieren Truffat y Lorente desde la doctrina-, siguen operando ocultando ese estado, afectando al mercado y terceros, durante muchos años agravando la crisis -más no el bolsillo-, para presentarse luego sin contabilidad, habiéndose extraviado los libros, sosteniendo que para “salvar la empresa” los acreedores deben hacer un sacrificio similar a perder su crédito -que no fue atendido a tiempo, es más fue contraído a sabiendas que no podía ser satisfecho-, con larguísimos plazos, quitas y esperas que enriquecen directamente a los socios.

Y extrañamente para aprobar esas írritas -el término no es nuestro- propuestas, aparecen terceros “adquiriendo” créditos con garantías reales o privilegios, renunciando a ellos, y si es necesario también comprando créditos quirografarios para luego renunciar a su monto y sus posibilidades de cobro -como resulta de alguna jurisprudencia que anotamos..

No sólo la legislación societaria debe ser aplicada, sino también las previsiones constitucionales sobre la confiscatoriedad para atender a quitas no aceptadas expresamente por los terceros afectados por decisiones supuestamente mayoritarias abusivas.

⁶¹ Ntro. *Desjudicialización de los concursos: un obiter dictum de la Corte*, en Zeus Córdoba, N° 376 del 23 de febrero de 2010, año XIII, t. 16, ps. 85 a 90.

2. Desde el Código Civil

Veamos este tema inédito, que sólo habíamos insinuado en trabajos anteriores.

La cesión o subrogación implican negocios jurídicos que no pueden afectar a terceros. Cuando se practican en un concurso y luego votan sin duda lesionan intereses de terceros.

Pero justamente el perjuicio a terceros es lo que destierra el sistema del Código Civil, aún dentro de las relaciones de cambio. Así los arts. 1195 *in fine* “Los contratos no pueden perjudicar a terceros”, reforzado por el art. 1199 C.C.. “Los contratos no pueden oponerse a terceros, ni invocarse por ellos, sino en los casos de los arts. 1161 y 1162”, particularmente con la previsión impuesta por el art. 1198 C.C.⁶². No es tercero el deudor en el caso de la cesión o subrogación, por el anoticamiento que se le da, pero si son terceros los acreedores convocados a un concurso.

Ya hemos hecho referencia a la opinión de Cámara negando el “voto” a los cesionarios por aplicación del art. 1196 C.C..

En los concursos no puede aceptarse que la convocada, especialmente cuando se trata de una sociedad, enriquezca a sus socios a través de la transferencia de la propiedad de los acreedores por medio de quitas y esperas ilegales, además obtenidas por un sistema ajeno al de la concursabilidad, a través de cesión o subrogación de créditos y el consiguiente uso del mismo por un tercero sin interés ni causa similar al de los demás convocados (concurrentes y admitidos), en perjuicio de los acreedores que no pueden votar o los que votaron en contra.

El efecto respecto de terceros del acuerdo concursal es apuntado en la sentencia del Juzg. Com. N° 9, Sec. N° 18, en la causa “Servicios y Calidad S.A. s/ Acuerdo preconcursal”, en Buenos Aires, 8 de Octubre de 2003, al peticionar la homologación del acuerdo preventivo extrajudicial, en realista fallo, en torno al crédito a favor de una sociedad extranjera, que había votado a favor, expresa: A tal efecto se ha sostenido, además, que las facultades judiciales para apreciar el carácter “abusivo” o “frau-

⁶² Como refiere la Corte en el caso “Arcángel Maggio S.A.” en la resolución comentada.

“fraudulento” de una propuesta (art. 52 inc. 4° L.C.Q.) están presentes en el caso del APE (conf. Alegría, Héctor “Acuerdo preventivo extrajudicial...”, Rev. D. Privado y Comunitario, 2002-3, p. 168) y, también, que pueden ser ejercidas con mayor severidad (conf. Truffat, op. cit., p. 102, antepenúltimo párrafo). También se ha señalado como desventaja del APE su potencialidad, dado el déficit informativo y de control apuntado, para ocultar situaciones más graves que las expuestas (Segal, Rubén, *Acuerdos preventivos extrajudiciales*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1998, p. 70), y la necesidad de que el deudor lleve una contabilidad regular e intachable para que pueda acudir al instituto (Rouillon, Adolfo, *Régimen de concursos y quiebras*, p. 127). Como consecuencia de todo ello, cabe concluir que ***un APE será homologable con efectos hacia terceros no votantes siempre que exista una situación de total claridad y transparencia: a) con relación a la composición del activo y del pasivo de la deudora; b) con respecto a la efectiva configuración de las mayorías legales; y c) en lo relativo a su carácter no abusivo ni fraudulento, todo apreciado con la mayor rigurosidad***, decidiendo su no homologación.

2.1. Así si se escapa de nuestra visión sobre la legitimación, esas propuestas y procedimientos llevarán a calificarlos de abusivos para obtener la mayoría y el acuerdo mismo, como hemos referido.

Estos votos de utilería imponen analizar cuando han pasado la barrera de su admisibilidad de si no contaminan por abusividad el acuerdo.

Es claro que el “colegio” como asamblea ha desaparecido, no obstante mantenerse como instituto al determinar los legitimados para generar la mayoría. Mayoría que sólo conoce el concursado -y sus asesores-, al estilo de lo que ocurre en un popular programa televisivo, donde es evidente al momento de determinar a los excluidos que el conductor conoce los votos “secretos”, y que no existe ningún control de los “votos” telefónicos. Los votos de utilería *-rectius* aunque la ley mantenga el vocablo: las manifestaciones de voluntad positiva de aceptar un acuerdo *predatori* que empobrece a los acreedores (particularmente a los que no pueden votar o los que votan negativamente) y enriquece a los titulares del patrimonio concursado, alcanzan exactamente para lograr los mínimos personales y de capital que la ley impone. Insistimos que esos votos de utilería, si el juez los acepta en clara contradicción del precepto del art. 1195 C.C. deben ser cuidadosamente sopesados -no ya para pensar en fraude a la

ley, que va- sino a pensar en la abusividad de la propuesta y de cómo se logró la conformidad de los “legitimados” a votarla. Señores llamen durante cinco minutos más... atropellen los que quieran ser cesionarios o subrogantes de créditos que conseguirán cobrar algo así como 20% dentro de veinte años (nada). Claro que quizá sea tan malo a criterio del mercado el sistema judicial y jurídico argentino que piensen que por otras vías nada cobrarán...

2.2. El negocio contractual permite aceptar que puedan generarse efectos entre el deudor y el “nuevo” acreedor, pero el acuerdo concursal excluye la posibilidad de extender los efectos respecto de terceros. En el caso existe una deficiencia en la causa del negocio donde se intenta la transmisión del crédito a los fines del voto. Además de la limitación en la legitimación de quienes pueden votar, otorgada por la legislación concursal en forma personal al acreedor anterior a la presentación y verificado o declarado admisible, lo que limita el efecto de la cesión del crédito o subrogación una alteración de las consecuencias naturales del negocio ⁶³, en el negocio de transmisión existe una deficiencia en la causa, cuando no una ausencia de causa, o una ilicitud en la misma, contraria al sistema concursal e incluso una “ilicitud moral” ⁶⁴ en cuanto se intenta afectar a la minoría.

Perfeccionado la cesión-contrato se genera una relación jurídica cuyos efectos se proyectarán entre las partes, y eventualmente a quienes llegaren a ser sucesores, ya sea mortis causa o por actos entre vivos, como consecuencia de la aplicación del art. 1195 del Código Civil, precepto que nos manifiesta el llamado “efecto relativo” de los contratos.

De acuerdo con este principio, los derechos y obligaciones que surgen del contrato, recaen exclusivamente sobre las partes, y llegado el caso en sus sucesores o herederos, que se convierten en partes una vez producida la sucesión o transferencia del contrato, y también como consecuencia del mismo “los contratos no pueden perjudicar a terceros” (art. 1195) “no pueden oponerse a terceros ni invocarse por ellos” (art. 1199), es decir esos efectos no les llegan o alcanzan.

⁶³ Emilio BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, 2ª ed., Madrid Revista de Derecho Privado, 1959, p. 187.

⁶⁴ Emilio BETTI, ob. cit., p. 278.

“El fundamento de la relatividad debe ser buscado en la autonomía privada, en la idea de contrato como expresión de esa autonomía. El contrato es un acto de ejercicio de poder de autonomía privada, que consiste en la posibilidad de dictar la ley, el precepto, por el cual se ha de regir la propia esfera jurídica. De donde un contrato, con una eficacia en la esfera jurídica de terceras personas no sería un acto de autonomía, sino constituiría una invasión en la esfera jurídica ajena”⁶⁵.

Spota⁶⁶ sostenía “el efecto relativo de los contratos significa que por ello, no cabe hacer surgir obligaciones que los terceros deban soportar, ni estos terceros pueden invocar tales contratos para hacer recaer sobre los otorgantes del negocio jurídico bilateral y patrimonial una obligación en beneficio de personas que no son partes en la relación jurídica creada...”.

La última parte del art. 1195 dispone los contratos no pueden perjudicar a terceros, “... es evidente que el alcance de esta disposición es que esa declaración de voluntad común destinada a reglar los derechos patrimoniales de las partes, no puede vincularse con efectos jurídicos sino a las partes intervinientes en la celebración del acuerdo por lo que todos aquellos que no han intervenido, no quedan sometidos a la responsabilidad que emerge de la declaración de voluntad común. No pueden prevalecerse del contrato para ejercer a su favor, como propios, los derechos que de él emergen...”⁶⁷.

Comentando el art. 1195 y citando a Algorta, R., “Efecto de los contratos”, LL. 130-743 “*Se consagra el principio del efecto relativo de los contratos, el cual sólo alcanza a las partes contratantes, y sus sucesores singulares y universales,... Los contratos, si bien no pueden perjudicar a los terceros, pueden beneficiarlos (art. 504 C.C.)*”⁶⁸.

⁶⁵ Jorge MOSSET ITURRASPE y Miguel PIEDECASAS, *Código Civil comentado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006; MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, Buenos Aires, Ediar.

⁶⁶ Cita de Atilio ALTERINI, *Contratos Civiles, Comerciales y de Consumo. Teoría General*, Buenos Aires, Abeledo=Perrot.

⁶⁷ Mario PIANTONI, *Contratos civiles*, Córdoba, Lerner, t. I.

⁶⁸ Marcelo U. Salerno y Carlos A.R. Lagomarsino, *Código Civil Argentino y legislación complementaria*, edición concordada y comentada, Buenos Aires, Heliasta, 1992, p. 345.

2.3. De Messineo⁶⁹ transcribimos “A) Por contrato en perjuicio de terceros se entiende el contrato que, de reflejo, produce perjuicio a los terceros, aunque no haya sido destinado a tal fin.... La sustancia del contrato en perjuicio de terceros consistiría en una incompatibilidad entre los efectos del contrato y los efectos que éste produce sobre los derechos del tercero, con perjuicio para éste. Para que exista contrato en perjuicio de tercero, es preciso que se pueda establecer una dependencia (o nexo) causal entre el contrato y la consecuencia dañosa sufrida por el tercero, la que puede ser inmediata o mediata, según los casos. Por otra parte, cuando existan remedios que tutelan más inmediatamente al tercero (como por ejemplo, la acción revocatoria o la de simulación), no se puede -desde el punto de vista dogmático- ni es útil -desde el punto de vista práctico- recurrir a la categoría del contrato en perjuicio de tercero. Al problema planteado a este propósito, acerca de si los terceros damnificados pueden, en las hipótesis indicadas, pedir el resarcimiento del daño sufrido, algún autor ha respondido negativamente: ante todo porque, al menos en algunos de dichos casos, existiría lesión, no de un derecho, sino de un mero interés; y faltaría, en las hipótesis en cuestión, una pretensión jurídica a que las partes que dan vida al contrato productor del daño se comporten de otra manera; y además porque, como se ha observado, los contratos en perjuicio de terceros se resolverían en obligaciones negativas (abstenerse de un facere); y el tercero no tiene ningún derecho a que las partes hagan, en cambio, lo que se comprometen a no hacer. Pero me parece que puede replicarse a todo eso, que en aquellas de las hipótesis imaginadas en que alguien produzca una lesión de derecho que recaiga sobre el tercero, hay lugar a la responsabilidad extracontractual (y la defensa del damnificado reside en el principio general que legitima la acción de resarcimiento según los arts. 2043 y ss.: *neminem laedere*); o según los casos, a la responsabilidad contractual”.

“Los contratos no pueden oponerse a terceros, para obligarles a que cumplan lo que no han convenido...”⁷⁰.

⁶⁹ FRANCESCO MESSINEO, “Doctrina General del Contrato”, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1952, traducción al español de R.O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo y M. Volterra, con notas de derecho argentino por Vittorio Neppi, t. II p. 186

⁷⁰ MATEO GOLDSTEIN, MANUEL OSSORIO Y FLORIT, *Código Civil y Leyes Complementarias. Anotados y Comentados*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1963, t. I, p. 474,

Barbero acota “*EFFECTOS RESPECTO DE LOS TERCEROS. Para comprender cómo el contrato pueda tener efecto para los terceros, son necesarias unas cuantas premisas. A) Ante todo, hay que precisar que “de efectos respecto de los terceros”, como excepción a la regla de la eficacia solamente inter partes, sólo se puede hablar en el campo de los contratos, o negocios bilaterales, es decir, donde hay, por lo menos dos partes. En los negocios unilaterales la eficacia frente a los terceros, considerados terceros cuantos no sean los sujetos del negocio, es un hecho, incluso, normal -con nota a Betti ob. cit. p. 162-... c)... el ap. 2º del art. 1372 no es a esto a lo que se refiere: se refiere a la eficacia refleja de los contratos... ¿Qué quieren decir estas expresiones? ...La eficacia refleja es aquella que, por efecto de dicha realización, se refleja también también en el patrimonio de terceras personas. Y ésta no es propia solamente de los contratos. Un ejemplo típico de eficacia refleja fuera del campo de los contratos lo ofrece el art. 1301, que a la remisión de la deuda, negocio ciertamente unilateral, cuando se la hace a uno de los deudores solidarios, le agrega el efecto (reflejo) de liberar también a los otros (respecto de los cuales no es intencional), ano ser que el remitente, respecto de ellos, haya reservado su derecho. La novación entre el acreedores y uno de losdeudores solidarios, si no ha sido expresamente limitada, libera a los demás codeudores (at. 1300). ...d) Como se ve, se trata de efectos que para el tercero pueden ser favorables como también desfavorables. El tercero no puede normalmente llamado en causa sin su consentimiento para efectos desfavorables a él. Podrá ser perjudicado, pero en tal caso, hay un ilícito y surge para él, en razón del daño, el derecho a resarcimiento”⁷¹.*

Lorenzetti apunta “Un contrato puede ser celebrado con la intención de perjudicar a un tercero. Este supuesto se refiere a situaciones comunes reguladas en la responsabilidad extracontractual, en las que el contrato no presenta ninguna particularidad, porque no es el bien tutelado”⁷².

comentario al art. 1199, citando a LLERENA, ob. cit., t. IV, p. 300; PIZARRO, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, voces “Contrato”, t. IV, p. 120 y “Efectos de los contratos”, t. IX, p. 683.

⁷¹ Domenico BARBERO, *Sistema del derecho privado*, Buenos Aires, EJEA, 1967, traducción de Santiago Sentís Melendo, t. I, p. 612 y ss..

⁷² Ricardo Luis LORENZETTI, *Tratado de los contratos. Parte general*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 600.

-La eficiencia del sistema jurídico y judicial aconseja que el Juez del concurso en examen de la situación pueda soslayar la aplicación de este sistema a través de la calificación de “abusivo” del acuerdo por la forma de lograrse la mayoría, afectando con quitas confiscatorias los derechos de quiénes se expresaron en contra de la propuesta, o que no podían expedirse por estar en trámite judicial de reconocimiento (recursivo o de juicio por separado).

Obviamente que soslayar una consideración de abusividad, deberá expresarse claramente sobre si el cesionario ejercita su derecho en perjuicio de los terceros concurrentes originales.

Queda en claro que de aún así homologar el acuerdo quedaría expedita una acción de responsabilidad no sólo contra administradores y socios -como hemos sostenido⁷³- sino también contra el cesionario con cuya gestión se alcanzó la mayoría colegial -Lorenzetti-. La cuestión alcanzaría ribetes penales especiales si el cesionario que adquirió un crédito hipotecario y renunció al derecho real para votar con la concursada y contra los quirografarios, es insolvente.

Por otra parte la causa del negocio de cesión de crédito es el derecho patrimonial, o sea hacerse propietario del crédito, pudiendo formular remisión de su deuda, pero ello sin afectar a terceros y menos cuando el efecto inmediato no es el cobro del crédito sino la aquiescencia a la pretensión de la concursada en su propuesta de acuerdo, para alcanzar ajustadamente las mayorías legales e imponérselas al resto de los acreedores, que son así terceros perjudicados.

3. Desde el punto de vista penal

Hemos señalado que no trataríamos el aspecto penal, limitándonos a señalar que la cuestión rozaría las normas de los arts. 176.6, 180, 172, 292 y 300 inc. 3 del CP., pudiendo darse los supuestos fácticos de los

⁷³ Ntro. “Perspectiva del Derecho de la Insolvencia”, en prensa, ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Advocatus, 2010.

arts. 292 -falsificación de documentos-, 275 -falso testimonio-, 173 inc. 8 -sustitución, ocultación o mutilación de expedientes- todos del Código Penal.

VI. Reflexiones finales

Si está en claro el uso desviado y abusivo de las cesiones y subrogaciones en los concursos en la Argentina, no podemos entender que pueda darse una interpretación distinta a la que propiciamos.

La naturaleza de “acuerdo” de la solución concursal, en cualquiera de sus formulaciones, impone estar estrictamente a las exigencias de la ley para poder imponerlo a acreedores que no expresaron su decisión o lo hicieron en forma contraria o que no pueden expresarse porque no fueron declarados admisibles y están en proceso de revisión⁷⁴, verdaderos terceros frente a los cesionarios que pretenden hacer valer su “voto”. La legitimación y el interés contrario para expedir el voto cobran particular relevancia, sin perjuicio de la aplicación de la teoría del abuso del derecho y/o del fraude.

Hemos apuntado sobre un tema del que no se hablaba y de una práctica que se usaba -casi una constante- para afectar a los acreedores y enriquecer a la concursada o a sus socios en caso de sociedad. Creíamos que obtendríamos pocas adhesiones, pues los beneficiados se sonreirían con picardía, pues ya consiguieron su propósito al homologarse el acuerdo -pese a darse todas las características de ilegalidad-, pero nos hemos sorprendido...

Comprendemos la importancia de la cuestión: sin cesión ni subrogación a terceros no habrá más acuerdos de quitas y esperas extraños a las prácticas del mercado.

⁷⁴ Existe una actitud de la práctica de verificar títulos de crédito y derivar al incidente de revisión las cuestiones de aparente mayor dificultad, no entendiendo la labor de control que debe formalizar el síndico contador público, situación que ha sido agravada por la ley 26.086 conforme a la cual los acreedores reales llegarán varios años después de homologado el acuerdo, y créditos facilitados en su documentación por el deudor serán los que formarán la “voluntad de la mayoría”. Sobre la ilusión de una revolución procesal puede verse nuestra comunicación *Debe asegurarse la concurrencia en los concursos*,

El juez debe ser extremadamente prudente en la evaluación sobre la procedencia del acuerdo considerando que está decidiendo sobre patrimonios ajenos, esto es, los acreedores ⁷⁵.

La cuestión se califica en el caso de APE, pues no existe la verificación de créditos, por lo que debe acentuarse la idea de acreedores concurrentes, y de la abusividad en el caso que intervengan acreedores que han adquirido por cesión o subrogación sus derechos. La abusividad para homologar el acuerdo preventivo debe ser también una regla rigurosa en la homologación del APE.

Nuestra misión es hacer ver a los jueces las cosas que pasan en la realidad. Y esta meditación -aún abierta-, a ello tiende, particularmente abriendo el diálogo con los jusprivatistas en esta novedosa cuestión de introducir la relatividad del efecto de los contratos en los concursos, en tema tan fundamental como en la abusividad e ilegalidad del acuerdo.

Actas del Primer Congreso Nacional de Derecho Concursal, Presidencia Roque Sáenz Peña, provincia de Chaco, 1982, p. 148, edición de la Universidad Nacional del Nordeste.

⁷⁵ CNCom., Sala B, 16/12/05, *in re* "Peltz, Silvia E. s/ quiebra", J.A. 2007. IV-síntesis.

ACERCA DE LAS NUEVAS TENDENCIAS EN EL DERECHO CONTRACTUAL

NOEMÍ LIDIA NICOLAU

1. Este trabajo sintetiza algunas reflexiones formuladas con motivo del V Congreso Nacional de Derecho Civil reunido con el fin de mantener vivo el espíritu de esos Congresos Nacionales, que fueran la expresión colectiva de la doctrina argentina, durante más de seis décadas del siglo XX y el antecedente inmediato de las Jornadas Nacionales que, desde 1963, les sucedieron con éxito. Merecieron el reconocimiento legislativo y jurisprudencial por las elaboraciones científicas surgidas de ellos, lo cual permitió que la civilística nacional ocupara en el derecho argentino un lugar de suma importancia como fuente del derecho ¹.

A diferencia de las reuniones anteriores que estuvieron orientadas, por lo general, al tratamiento de las reformas al Código civil proyectadas en los tiempos en que cada una de ellas se celebraron, en esta oportunidad se invitó a reflexionar sobre las tendencias que se avizoran en las diferentes partes del derecho civil, cuestión a la que nos dedicamos seguidamente. Echaremos una ojeada en prospectiva respecto al derecho contractual.

¹ Así lo consideramos en nuestro trabajo “El rol de los juristas en la formación del subsistema obligacional argentino”, en *Roma e America, Diritto romano comune. Rivista di Diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America latina*, Roma, t. 12, p. 101; y también en: “El diálogo de las fuentes en torno a la doctrina: los Congresos Nacionales de Derecho Civil de Córdoba, Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho civil de Córdoba”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009, t. I, p. 21.

2. El derecho de los contratos enfrenta en nuestro país, como en tantos otros, hace ya algún tiempo, como una expresión más de la cultura, una tensión interesante, un verdadero desafío, entre complejidad y minimalismo ². Es posible, no obstante, que estemos transitando, lentamente, hacia una complejidad pura, pues, siguiendo la idea del pensamiento dialéctico, muy bien expresada por Goldschmidt ³, pueda afirmarse quizás, que en el derecho privado se observa un tránsito dialéctico que, partiendo de una complejidad impura del derecho primitivo, llegó a su antítesis, es decir, a una simplicidad pura, que lo aisló de las otras ciencias, de la realidad y de los valores y ahora promete conducirnos a una complejidad pura.

Cierto es que el derecho de los contratos, en el pasado lejano, estuvo inserto en una complejidad, dado que se carecía de reglas generales que permitieran articular una teoría general, de modo que tenían prevalencia las reglas particulares que regían la tipicidad contractual ⁴. Era una complejidad en gran medida impura y confusa. De allí, como dijimos, fuimos a la antítesis, a la simplicidad pura, tiempo en el que se afirmaron a ultranza las reglas del *pacta sunt servanda* y *res inter alios acta*, incorporadas a la mayoría de los códigos europeos del siglo XIX. En ese contexto el contrato se constituyó en el paradigma de la autonomía privada, como expresión máxima de la igualdad y la libertad del hombre. La voluntad válida fue el eje central del derecho de los contratos, dado que siendo los hombres libres e iguales, todo lo que se pactara debía considerarse

² Considerando al minimalismo jurídico como el sistema que emplea elementos mínimos y básicos, algunos ejes troncales simples y lineales, sin grandes elaboraciones.

³ Werner GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, 6ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1980, p. XVII.

⁴ Acerca de la noción de contrato en el derecho romano y su evolución p.v. David F. ESBORRAZ, *Contrato y Sistema en América Latina*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni-Centro di Studi giuridici Latinoamericani, Università di Roma Tor Vergata CNR, 2006; Jorge ADAME GODDARD, "El concepto de contrato en el derecho romano clásico", *Mundus Novus. Unità del continente latinoamericano: leggere i Digesti, unificare el Diritto*, Roma, Ed. Sandro Schipani e David Esborraz, Tiellemmedia Editore, 2007, ps. 91-103. Del mismo autor: "Hacia un concepto internacional de contrato (o la interpretación de la palabra 'contrato' en los Principios de Unidroit)", en *Contratación internacional. Comentario a los Principios sobre los contratos internacionales de UNIDROIT*, México, 1998, p. 15.

justo, pensamiento que se acuñó en la expresión usual en la doctrina francesa “*quien dice contractual dice justo*”. Fue necesario esforzarse por encontrar en todo contrato el consentimiento, entendido como la manifestación común de la voluntad de las partes.

Transitando hacia el final de ese ciclo, arribó el espíritu de simplificación y cada problema tuvo una solución particular. Por ejemplo, a pesar de contar con las reglas de las Obligaciones, con las cuales podrían resolverse las cuestiones que plantearan las obligaciones del comprador y del vendedor, del locador y del locatario, del mandante y del mandatario, esos contratos tuvieron sus propias e innumerables normas particulares. Se trató de simplificar mediante el empleo de normas particulares, obviando los principios generales porque podrían instalar incerteza y atentar contra la hermeticidad del sistema ⁵.

En la actualidad, en cambio, se admite que la vida de los negocios es compleja y desborda el sistema. De manera progresiva, evolutiva, la doctrina y la jurisprudencia han ido advirtiendo que la simplicidad pura no satisface las exigencias de justicia y utilidad, valores primordiales que el derecho contractual debe realizar. El reconocimiento de la realidad en cuanto a que la vida, el derecho, la Economía y, en especial, los negocios no son lineales, va conduciendo hacia una nueva complejidad, que no necesariamente deberá estar ligada al desorden, las superposiciones y confusiones. El desafío de este tiempo es llegar a una complejidad pura, que permita un conocimiento complejo, ligado a la realidad, pero, no confuso ⁶. Es necesario reconstruir el sistema y restablecer un cierto orden,

⁵ Jorge MOSSET ITURRASPE, *Justicia contractual*, Buenos Aires, Ediar, 1978, p. 8 y ss.; Juan Carlos REZZÓNICO, *Principios fundamentales de los contratos*, Buenos Aires, Astrea, 1999, p. 48.

⁶ En especial debe reconocerse la complejidad amplia de los valores del derecho, que complejizan el mundo jurídico pero a la vez ayudan a su mejor comprensión, v. Miguel Angel CIURO CALDANI, “Complejidad del funcionamiento de las normas”, La Ley 2008-B, 782. Inclusive, en la actualidad, es complejo -y quizás imposible- lograr cierta armonización en el derecho contractual por la diversidad de los criterios propios de los diversos sistemas, en tal sentido Atilio A. ALTERINI, “Derecho internacional de los contratos”, La Ley 2009-A, 671.

diferente al antiguo, dar paso a un derecho más flexible ⁷, cimentado en los sólidos principios generales ⁸.

Urge elaborar un pensamiento jurídico complejo como respuesta del espíritu frente a la fragmentación y dispersión de los conocimientos, que impiden superar la emergencia de esos fenómenos complejos ⁹. Se ha afirmado que el pensamiento complejo ayuda a superar la paradoja que anima el actual contexto que globaliza y fragmenta al mismo tiempo. Es capaz de reconstruir los conocimientos mediante la aplicación de criterios o principios. Mediante la construcción de un pensamiento complejo se va llegando a un ordenamiento normativo por principios, que quizás resulte un tanto más difícil de comprender y aplicar, pero, al final, es más eficiente y justo, sin ficciones y con singularidad efectiva.

El concepto mismo de contrato es prueba evidente de lo que decimos. En épocas pretéritas, variadas situaciones eran consideradas contratos, porque no había una delimitación precisa, hasta que finalmente, el racionalismo la expresó desde la simplicidad pura, proclamando que hay contrato cuando se perfecciona un acuerdo entre dos o más partes, entendidas como centros de interés diferentes, sobre una declaración común de voluntad que tiene por finalidad reglar sus derechos patrimoniales. Todo aquello que no quepa en esa noción de “acuerdo de voluntades”, no cabe en el programa prestacional admitido en la teoría general ¹⁰. Se trata, pues, de una simplicidad que, en pura teoría, excluye innumerables rela-

⁷ Jean CARBONNIER, *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del derecho*, trad. Luis Díez PICAZO, Madrid, Tecnos, 1974, p. 115; Atilio ANÍBAL, ALTERINI, op. cit.; M.^a Paz SÁNCHEZ GONZÁLEZ, “Las tendencias unificadoras del derecho contractual europeo”, *Revista de Derecho Privado*, N° 2003-06 (noviembre de 2003).

⁸ Se ha dicho que “Una vez hallados tales principios, podrá asignársele carácter de “un estándar que debe ser observado” como norma programática para la conducta de la gente, o como guía para la creación o la aplicación de normas, porque los principios “son normas como todas las otras”, y un principio expreso debe ser aplicado como cualquier norma específica”, Atilio A. ALTERINI, op. cit..

⁹ Edgar MORIN, *Introducción al pensamiento complejo*, trad. Marcelo Pakman, 7^a reimp., Barcelona, Gedisa, 2004; Emilio Roger CIURANA, *Una antropología compleja para entrar en el siglo XXI. Claves de comprensión*, Instituto Internacional para el Pensamiento Complejo, <http://www.complejidad.org/cms/?q=node/11/>

¹⁰ Acerca de la evolución de la noción de contrato, p.v. Gino GORLA, *El contrato*, Barcelona, Bosch, 1959, t. I, p. 94 y ss.; Michel VILLEY, *En torno al contrato, la propie-*

ciones jurídicas en las que, aunque se regulan derechos patrimoniales, no se advierte un real acuerdo de voluntades. Es una simplificación que dificulta la inclusión de numerosas relaciones obligacionales y exige la cristalización del acuerdo tal y como se pactó en el momento de la celebración, sin reconocer las complejidades de la vida y de las relaciones económicas.

En el presente se admite, a diferencia de lo que pudo alguna vez pensarse, que no hay una concepción unívoca de contrato. Existen diferentes concepciones, algunas novedosas y otras redescubiertas. Se trata de nociones flexibles que superan el mero interés individual de cada una de las partes y ponen el acento en el interés económico o el interés social del contrato, privilegiando de este modo, una forma de cooperación o colaboración ¹¹. En ese sentido, puede verse el nuevo Código civil de Brasil, para el cual la libertad de contratar debe ser ejercida en razón y dentro de los límites de la función social del contrato. Se trata de una cuestión inédita en el derecho privado que ha dejado perplejo a muchos ¹². En Francia las nuevas generaciones de contractualistas retoman las ideas de solidaridad y cooperación de Saleille, Demogue, Josserand y tantos otros ¹³.

Los principios fundamentales más clásicos en materia contractual, como son la fuerza obligatoria, la seguridad jurídica y la autonomía privada, deben conciliarse ahora con otros pilares esenciales del contrato, como

dad y la obligación, trad. C.R.S., Buenos Aires, Ghersi Editor, 1980, p. 21; Gerhard WESENBERG y Gunter WESENBERG, *Historia del Derecho Privado Moderno en Alemania y en Europa*, trad. José Javier De los Mozos Touya, Valladolid, Lex Nova, 1986, p. 53; Noemí L. NICOLAU, “El contrato entre la eficacia, la “flexibilidad” y la justicia. Estudio preliminar para una teoría del contrato”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba*, Córdoba, 2008, t. XLVI, p. 277.

¹¹ Camille JAUFFRET SPINOSI, *Association Henri Capitant Journées brésiliennes* (2005) – *Le contrat, Rapport de synthèse*, <http://www.henricapitant.org/sites/default/files/Rapport%20de%20synthèse%20C.%20Jauffret%20-%20Spinosi.pdf>. Jacques GHESTIN, *Traité de Droit Civil. Les obligations. Le contrat: formation*, 2^o édit., París, L.G.D.J., 1988, p. 197.

¹² Expresamente se consigna en el art. 421, iluminando la teoría general del contrato “*A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*”. Sobre las nuevas perspectivas de la obligación y el contrato, v. Judith MARTINS COSTA, *Comentários Ao novo Código civil*, Río de Janeiro, Editora Forense, 2003, vol. V, ts. I y II.

¹³ Camille JAUFFRET SPINOSI, *op. cit.*

son el *favor contractus*, la justicia contractual, la función social del contrato y la colaboración entre las partes, que constituyen, sobre todo, principios sociales y morales.

Con razón se ha afirmado que una noción de contrato fuera del tiempo, está ahora fuera del tiempo. Es imprescindible concebirlo como un instrumento que se adapta a la realidad, que puede revisarse cuando pierde su equilibrio originario. Sin duda que esta concepción implica cambios notorios, que pueden conducir a aceptar, por ejemplo, una noción tan acertada como la de *contrato relational*, según la cual el contrato tiene en cuenta las relaciones personales, que son fundamentales, pero también las relaciones del contrato con sus propias circunstancias ¹⁴. Desde esta perspectiva es impensable un contrato intemporal e impersonal.

En este tiempo se observan progresos hacia nuevos perfiles del contrato, incluso en el derecho occidental continental. Un ejemplo de ello es la recepción en el Código civil alemán de la *teoría de las bases del negocio jurídico* que Larenz explicara y fundara con su proverbial maestría ¹⁵. En la reforma que entró en vigencia en el año 2002 se incorporó a ese Código el parágrafo 313 que incluye la Alteración de la base del negocio jurídico, diciendo: “(1) Si hubiesen cambiado de forma importante las circunstancias que servían de base al contrato una vez celebrado el mismo, y las partes no lo hubiesen pactado o lo hubieran hecho con otro contenido de haber previsto ese cambio, en tal caso se puede solicitar la adecuación del contrato, siempre que no se pueda imponer a una parte el mantenimiento del mismo sin varia-

¹⁴ Puede verse al respecto Ian MACNEIL, ed. David Campbell, “The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil”, Londres, Sweet & Maxwell, 2001; Hugues BOUTHINON-DUMAS, “Les contrats relationnels et la théorie de l’imprévision”, *Revue Internationale de Droit Economique*, juil. 2001, Vol. 2001, N° 3, ps. 339-373.

¹⁵ En las XIII Jornadas Nacionales de Derecho civil, celebradas en Buenos Aires, en 1991, a propuesta de la Comisión N° 3, la jurística argentina receptó la teoría en su aplicación a la frustración del fin del contrato, considerando que la alteración de la base puede dar lugar a la resolución del contrato, si se dieran los siguientes “*Presupuestos de admisibilidad: a.- Existencia de un contrato válidamente constituido; b.- Existencia de un acontecimiento anormal; sobreviniente; ajeno a la voluntad de las partes; que no haya sido provocado por ninguna de ellas; que no haya sido generado en la mora de ellas; que incida sobre la finalidad del contrato de manera que malogre el motivo que impulsó a contratar, al punto que desaparezca interés o utilidad en la subsistencia del contrato*”.

ción, teniendo en consideración todas las circunstancias, especialmente el reparto del riesgo contractual o legal. (2) Se equipara a la alteración de las circunstancias el hecho de que importantes expectativas que se hubiesen convertido en la base del contrato resultaran falsas. (3) Si no es posible una adecuación del contrato o éste no se le puede imponer a una de las partes, podrá pedir la parte perjudicada la resolución del contrato. Cuando se trata de relaciones obligatorias duraderas se tendrán, en lugar del derecho de resolución, el derecho de desistimiento” ¹⁶.

La teoría de las bases flexibiliza la fuerza obligatoria del contrato porque admite la resolución en ciertos casos ¹⁷ cuando sobreviene un acontecimiento extraordinario e imprevisible que, en razón de haberse frustrado la finalidad del negocio, torna inútil para el acreedor la prestación que el deudor quiere cumplir. En la frustración del fin del contrato se aplica el deber de cooperación entre acreedor y deudor, porque, si bien el interés del acreedor se satisface por medio de un intermediario, de un comportamiento ajeno, que es el cumplimiento del deudor, como dice Betti, ese mismo deber de cooperación, impide al deudor imponer a su acreedor la recepción de una prestación en la que ya no tiene interés porque se ha frustrado su finalidad.

Por otro lado, en el marco del *contrato relational*, ya aludido, es posible considerar plenamente legítimas, e inclusive obligatorias, las ***clausulas de renegociación*** que pueden convenirse entre las partes para obligarse a “volver a ver” lo pactado en caso de que acontecimientos sobrevenidos alteren su contenido. En esos casos, el esquema conservación – adecuación – renegociación, propuesto por Macneil, debería ser el núcleo central del derecho contractual moderno. La renegociación del contrato puede ser convencional y también impuesta por la ley. Desde un punto de vista técnico, se la ha considerado con frecuencia como un mero deber jurídico, aunque actualmente se estima que constituye una verdadera “obligación”.

¹⁶ Kaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN, “Un nuevo derecho de las obligaciones. La reforma 2002 del BGB”, en Anuario de Derecho Civil, t. LV, fascículo III, julio setiembre 2002, p. 1260.

¹⁷ En supuestos de excesiva onerosidad sobrevenida la misma teoría admite la revisión o resolución del contrato.

Además, se reconoce hoy la crisis del dogma conocido bajo el axioma “*res inter alios acta*”, y, en consecuencia, se admite el efecto expansivo de algunos contratos en virtud de **la conexión contractual** que existe entre dos o más contratos determinados, de modo que los efectos de uno puedan propagarse a los otros. Han dicho las XVII Jornadas Nacionales, Santa Fe, 1999, que los contratos conexos se emplean cuando para la realización de un negocio único se celebra, entre las mismas partes o partes diferentes, una pluralidad de contratos autónomos, vinculados entre sí, a través de una finalidad económica supra contractual.

Por otra parte, contribuye a complejizar el derecho contractual la posibilidad de otorgar facultades a los jueces para declarar la **nulidad de cláusulas abusivas e integrar el contrato**. No se discute, en general, la intervención del juez en la autonomía privada cuando ha mediado abuso de derecho en la predisposición de condiciones generales de contratación u otras cláusulas que perjudiquen al adherente. El juez puede declarar la nulidad de las cláusulas abusivas, esté o no el contrato incluido en el ámbito de la ley de defensa de los consumidores. En ese sentido es muy ilustrativo el régimen de control de contenido de las condiciones generales propuesto por los Principios para los contratos internacionales de UNIDROIT, en el artículo 2.1.20 (traducción española de la primera versión de los Principios, no modificada en la versión 2004): (1) *Una cláusula estándar no tiene eficacia si es de tal carácter que la otra parte no hubiera podido preverla razonablemente, salvo que dicha parte la hubiera aceptado expresamente.* (2) *Para determinar si una cláusula estándar es de tal carácter, se tendrá en cuenta su contenido, lenguaje y presentación.*

3. La actual complejidad en materia contractual tiene su origen en algunas causas remotas y, otras, más recientes.

a) Una de esas causas, no tan recientes, es la *expansión* del contrato que viene generando una cierta *contractualización* del derecho. Una tendencia bastante arraigada va pretendiendo organizar el mundo jurídico en torno a la autonomía privada manifestada en la contratación. De modo lento pero con constancia, se permite al contrato penetrar en casi todas las ramas del derecho¹⁸. En las ramas tradicionalmente imbuidas de un

¹⁸ Loïc CADIET, *Le droit contemporain des contrats*, París, Economica, 1987.

fuerte orden público se viene admitiendo cada vez más la negociación en torno a acuerdos basados en la autonomía privada, por ejemplo, en el derecho de familia, en el derecho concursal, en el derecho procesal e, inclusive, en el derecho penal ¹⁹.

b) Otra manifestación del fenómeno que describimos es la estrecha relación que se plantea en los últimos tiempos entre derecho constitucional y derecho contractual, en el marco de la denominada *constitucionalización* del derecho privado ²⁰. Esta confluencia permite que, en ciertas ocasiones, las soluciones más justas a los problemas contractuales se alcancen por la fuerza coadyuvante del derecho público.

Una manifestación clara de la tendencia que señalamos aquí es la sentencia del Consejo de Europa en materia de derechos humanos, que obliga a revisar el paradigma del *pacta sunt servanda*. En la causa Kurshid Mustafa y Tarzibachi ²¹ se planteó un litigio interesante en torno a un contrato de locación. Los locatarios, Kurshid Mustafa y Tarzibachi, dos iraquíes residentes en Suecia, habían instalado en la fachada de su departamento una antena parabólica que les permitía recibir canales en idioma árabe. El inmueble fue vendido a una sociedad civil inmobiliaria. La nue-

¹⁹ Se advierte este proceso en el derecho de familia, cuando se admiten en algunos sistemas los convenios respecto al régimen patrimonial del matrimonio facultando, inclusive, para acordar variaciones del mismo durante la vigencia del matrimonio; en el derecho concursal pueden verse los artículos 41 y 44 de la ley 24.522; en el derecho procesal el ejemplo acabado es el tránsito del proceso regido por las leyes estatales al proceso arbitral, basado en el contrato. En el derecho penal son simbólicas las nuevas figuras de la *probation* (art. 76 bis del Código Penal) y el arrepentido (art. 29 ter ley 23.737).

²⁰ Natalino IRTI, *I cinquant'anni del Codice civile*, Milán, All'insegna del pesce d'oro, 1992; José BONET CORREA, "La constitucionalización del Código Civil (hacia la consolidación de un Corpus privado fundamental)", en *Centenario del Código Civil*, Universidad Complutense, 1989, t. I, p. 177; Bjarne MELKEVIK, "Los derechos Humanos en el Código Civil de Quebec de 1991. El paradigma de un nuevo 'derecho común'", La Ley 23/9/2009, 5; Ricardo L., LORENZETTI, "Fundamento constitucional de la reparación de los daños", *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*, t. I, 207-RCyS 2010-II, 265; Sebastián PICASSO, "La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema", La Ley 2008-C, 562; Adriana KRASNOW, "El derecho de familia y el derecho constitucional. Los aportes del Prof. Germán J. Bidart Campos desde su disciplina de pertenencia", *Investigación y Docencia* N° 40, p. 145.

²¹ *Khurshid Mustafa and Tarzibachi v. Sweden*, 23883/06, Sweden, Date of Judgment: 16-12-2008, European Court of Human Rights.

va propietaria demandó que se retirara la antena, basada en una cláusula del contrato que prohibía toda instalación de equipos exteriores. Los locatarios modificaron la ubicación de la antena pero no fue suficiente, y la locadora resolvió el contrato. En consecuencia los locatarios, junto a sus tres niños, debieron mudarse a 130 km. del lugar en que vivían. Demandaron entonces ante la Comisión Europea de Derechos Humanos por la violación a su libertad de recibir información, derecho garantizado por el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Por unanimidad, la Corte falló a favor del matrimonio, fundada en que el Estado sueco faltó a su obligación positiva de defender ese derecho de los inquilinos. Sostuvo que se privilegió una planteo estético por sobre una cuestión cultural y religiosa, de manera que estimó que los tribunales suecos resolvieron contra el principio de proporcionalidad, que debe regir también en materia contractual.

Por otro lado, puede observarse cómo ahora en las relaciones contractuales entre particulares, opera también el derecho a la no discriminación. En el derecho de las obligaciones, junto al orden público de dirección y de protección se ubica hoy el “orden público compuesto”: conjunto de reglas que protegen, a la vez, el interés individual y el interés general.

c) En el mismo sentido, se ubica la decisión de constituir en el seno de la Unión Europea el Grupo de Estudio sobre la Justicia Social en el Derecho privado europeo, que ha elaborado documentos tendientes a propiciar la justicia social en el ámbito del derecho contractual, que ha sido calificado alguna vez, como “la parte más egoísta” del derecho civil. El Grupo plantea, en realidad, una nueva perspectiva en torno a la ya clásica discusión acerca de quién debe ser el encargado de concretar un Código de los contratos para la Unión ²².

²² El Grupo de Estudio sobre la justicia social en Derecho Privado Europeo está integrado entre otros por: Gert Brüggemeier (Bremen), Mauro Bussani (Trieste), Hugh Collins (London), Aurelia Brüggemeier (Bremen), Mauro Bussani (Trieste), Hugh Collins (Londres), Aurelia Colombi Ciacchi (Bremen), Giovanni Comandé (Pisa), Muriel Fabre-Magnan Colombi Ciacchi (Bremen), Giovanni Comandé (Pisa), Muriel Fabre-Magnan (Nantes), Stefan Grundmann (Berlin), Martijn Hesselink (Amsterdam) (Chairman), (Nantes), Grundmann Stefan (Berlín), Martijn Hesselink (Amsterdam) (Presidente), Christian Joerges (Florence), Brigitta Lurger (Graz), Ugo Mattei (Torino), Marisa Joerges cristiana (Florenca), Lurger Brigitta (Graz), Ugo Mattei (Turín), Marisa Meli (Catania),

Hace más de veinte años, cuando se dispuso comenzar a trabajar con la finalidad de codificar la Teoría general del contrato para la Unión Europea, hubo quienes sostuvieron, y sostienen todavía, que ya existe ese encargado, y es el mercado, que operando con la *lex mercatoria*, ordena la contratación. Los juristas se resistieron y proclamaron que la regulación de la materia contractual es tarea de ellos, no del mercado²³. Por tal razón, constituyeron dos grupos: el Grupo de la Academia de Iusprivatistas Europeos con sede en Pavía y la Comisión Internacional del Derecho contractual europeo, denominada Comisión Landö, dirigida por el Profesor Ole Landö, que, como es sabido, han emitido sendos proyectos.

El nuevo Grupo de Estudio sobre la Justicia Social, al que referimos más arriba, proclama que no es sólo ni primero una cuestión tecnocrática (expresión que, sin duda, alude al trabajo de los académicos), sino política. Enfatiza que la materia contractual está atravesada por la justicia social y eso corresponde a las políticas públicas.

Por tanto, por ahora, es posible ver las tendencias y queda pendiente resolver el enigma acerca de quién será, en definitiva, el que regule la uniformación del derecho contractual europeo. Cabe interrogarse si prevalecerán los usos y costumbres, plasmados en la *lex mercatoria*, o el legalismo estatal; si el legalismo recibirá los aportes de la doctrina o, por el contrario, hará caso omiso de ella y recibirá sólo la influencia de la política. Quizás la solución llegue por vía de un fecundo plurijuridismo,

Jacobien Rutgers (Amsterdam), Christoph Schmidt (Florence), Jane Meli (Catania), Rutgers Jacobien (Amsterdam), Christoph Schmidt (Florenca), Jane Smith (Bremen), Ruth Sefton-Green (Paris), Horatia Muir Watt (Paris), Thomas Smith (Bremen), Ruth Verde-Sefton (París), Horatia Watt Muir (París), Thomas Wilhelmsson (Helsinki), Wilhelmsson (Helsinki).

Han presentado un estudio sobre “La justicia social en materia de derecho contractual europeo: un Manifiesto. Estudio sobre la justicia social en derecho privado europeo”, Diario Derecho Europeo Volumen 10 No. 6, noviembre de 2004, pp. 653-674. © Blackwell Publishing Ltd. 2004, 9600 Garsington Road, Oxford OX4 2DQ, UK Blackwell Publishing Ltd. © 2004, 9600 Garsington Road, Oxford OX4 2DQ, Reino Unido and 350 Main Street, Malden, MA 02148, USA y 350 Main Street, Malden, MA 02148, EE.UU.

²³ “No serán los hombres de negocios quienes realicen la unificación del derecho contractual”, según lo afirmara André Tunc en el Incontro di Studio Su Il Futuro Codice Europeo dei Contratti, Pavia, octubre 1990, a cura di Peter Stein, Giuffrè editore, 1993, p. 100.

cuando se admita el *diálogo de las fuentes*, que, aunque supone un ataque al corazón mismo de esa estatalidad legislativa, puede ayudar en la búsqueda de soluciones más justas. En nuestra opinión, la clave está en el diálogo de las fuentes, pues la doctrina tiene que considerar el derecho consuetudinario y también dialogar, necesariamente, con la política que, en definitiva, fija el legalismo estatal²⁴.

d) En los últimos tiempos también se ha debido complejizar el pensamiento civilista en torno al contrato, como consecuencia de haberse admitido la influencia de la Economía en las relaciones de derecho privado. Sin llegar a los extremos de ciertas teorías derivadas del Análisis económico del derecho, no puede desconocerse en la actualidad la influencia que la realidad económica tiene en la celebración, interpretación y ejecución de los contratos²⁵. Es imposible negar la importancia de lo útil, que siempre debe complementar el análisis de lo justo.

Por ejemplo, es significativo que el Banco Mundial se interese de manera muy concreta por medir el cumplimiento de los contratos. En ese sentido puede señalarse el Proyecto que lleva adelante para facilitar la lectura de lo que ocurre en el mundo de los negocios: *Doing Business*²⁶.

²⁴ Natalino IRTI, "Sul problema delle fonti in diritto privato", en Revista trimestrale di Diritto e Procedura Civile, LV, 2001-II, p. 700; Nathalie GONZÁLEZ LAJOIE, "El pluralismo jurídico en Carbonnier", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XV, 1998; Miguel Angel CIURO CALDANI, *Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas*, Rosario, Consejo de Investigaciones Universidad Nacional de Rosario, 1976; Noemí L. NICOLAU, "El derecho contractual frente al plurijuridismo, la integración y la globalización", en *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*, Homenaje al Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani, directores Atilio Alterini, Noemí Nicolau, coord. Carlos Hernández, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 423; "Las fuentes de las normas y la conflictividad del plurijuridismo desde la perspectiva del derecho civil actual", en *Libro de Homenaje al Dr. Benjamin Piñón*, Facultad de Derecho Universidad Nacional del Litoral, 2004.

²⁵ Jorge MOSSET ITURRASPE y Carlos Alberto SOTO COAGUILA, *El contrato en una economía de mercado*, Trujillo, Perú, Editora Normas Legales, 2004; Carlos A. GHERSI, "La ley 24.441 de financiamiento y construcción de viviendas y la reforma a los Códigos Civil y Comercial (Economía y derecho: los nuevos lineamientos del neoliberalismo)", La Ley 1995-B, 1112; Hugo A. ACCIARRI, *Elementos de Análisis económico del derecho de daños*, Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía, George Mason University, Law And Economics Center, La Vergne, USA, 2009.

²⁶ <http://espanol.doingbusiness.org/MethodologySurveys/EnforcingContracts.aspx>.

Se mide el número de pasos que el demandante debe cumplir desde el momento en que presenta su demanda ante un tribunal, hasta el momento del pago; el tiempo insumido para resolver la disputa, calculado en días calendario, y, cuando el patrocinio es obligatorio o habitual, los costos judiciales y honorarios de abogados, expresados como porcentaje del valor de la deuda ²⁷. Desde nuestra perspectiva, esta cuantificación del estudio ofrece una realidad parcializada y plantea el interrogante acerca de si es posible medir la realidad social sólo con indicadores económicos obviando, por ejemplo, el análisis de la cultura jurídico política de una determinada sociedad ²⁸. Sin embargo, es importante porque incorpora ingredientes no contemplados demasiado hasta el presente.

En la búsqueda de las causas que han ido modificando el derecho contractual, también cuenta la tan mentada *globalización* que condujo a una ampliación inusitada de los mercados. Frente al progreso de las comunicaciones que ofrecen posibilidades infinitas de contratación por medios altamente sofisticados y simplificados al alcance de la mayoría de las poblaciones del mundo, es imposible mantener el paradigma del contrato entre presentes, perfeccionado entre dos partes, situadas frente a frente, discutiendo en pormenores sus cláusulas.

e) Esta aproximación realista al contrato, que complejiza la teoría general, se aprecia también cuando se reconoce la temporalidad, es decir, el tiempo con valor, como factor fundamental en el iter contractual. Si bien siempre se consideró la diferencia entre los contratos de duración y los de ejecución inmediata e instantánea, en los que el tiempo parece no influir, en la actualidad esa diferencia tiene una importancia fundamental.

²⁷ Como muestra, puede tomarse de esa medición la ubicación de nuestro país, comparándolo con un país desarrollado, Estados Unidos y con otro que presenta características peculiares. Se observa que para el año 2009 Argentina exige como promedio 36 pasos, 590 días y cuesta un 16,5% del crédito reclamado; Estados Unidos no difiere sustancialmente en pasos y costo pero sí en tiempo (tiene 32 pasos, 300 días y 14,4 % del monto del crédito) mientras que Singapur tiene diferencias sustanciales. Exige 21 pasos y 150 meses pero el costo es muchísimo mayor: 25,8% del crédito.

²⁸ P.v. la crítica a este sistema en Arnoldo WALD, "La respuesta del grupo brasileño de la Asociación Henri Capitant. *Doing Business* y la posición de América Latina", en "Los Sistemas de derecho de tradición civilista en predicamento, la respuesta francesa a los informes *Doing Business* del Banco Mundial", Association Henri Capitant, Société de Legislation Comparée, 2006, p. 151.

Se admite que la temporalidad puede dar lugar al cambio de circunstancias y también a un indebido comportamiento futuro de las partes. Se reconoce que es imposible prever todo el futuro y que las mutaciones pueden desequilibrar las prestaciones originalmente pactadas de manera equitativa, tornando injusto el contrato. Esto implica redimensionar la colaboración o la solidaridad entre los contratantes, lo cual justifica la revisión y renegociación del contrato ²⁹.

f) En definitiva, desde una mirada comprensiva de varios factores, puede decirse que el contrato se solaza en otras ramas jurídicas, mientras encuentra límites en su propio ámbito de relaciones obligacionales privadas. Las nuevas perspectivas son manifestaciones de una evidente superación del unidimensionalismo positivista clásico. La dimensión sociológica del derecho ha permitido superar numerosas ficciones. Actualmente se analizan las desigualdades, no jurídicas, sino reales y se admite que no todo acuerdo de voluntades, por el mero hecho de haberse perfeccionado el consentimiento, sea un contrato que da acción judicial. Como diría Ghestin: el contrato sólo es obligatorio si es útil y si es justo ³⁰.

De la exigencia de justicia-fidelidad, puede deducirse, paralelamente la utilidad que deriva del cumplimiento de la obligación moral y jurídica de respetar la palabra dada. Por otro lado, la consideración de la justicia solidaridad justifica la existencia del deber de cooperación, que se agrega ahora a la buena fe y la equidad y que también puede ser relacionado con la utilidad social del contrato. Ghestin habla de una *cooperación antagónica* que sitúa al contrato en el medio, dado que no es ni puro altruismo, ni elemento de dominación. Esto significa que existe una comunidad de intereses, porque el interés de cada parte está en función del interés de la comunidad ³¹.

²⁹ Noemí L. NICOLAU, “La revisión y renegociación del contrato como instrumentos útiles para su adecuación a las circunstancias sobrevenidas”, en Lexis Nexis, Jurisprudencia argentina 2002-IV, 1058.

³⁰ Jacques GHESTIN, *Traité de Droit Civil. Les obligations. Le contrat formation*, París, L.G.D.J., 1988, 2° édit.

³¹ Jacques GHESTIN, “Le contrat en tant qu’ échange économique”, *Revue D’Économie Industrielle*, N° 92, 2000, p. 81.

4. Frente a este panorama algunos presagian una fuerte involución y crisis del sistema contractual. Creemos, por el contrario, que opera en el presente una evolución, quizás lenta por momentos, pero que, finalmente, logrará concretar un cambio en las relaciones contractuales que ha de tornarlas más equitativas, eficientes, y proclives a su humanización, no obstante su fuerte contenido patrimonial y adversarial. En síntesis, el futuro del derecho civil, en nuestra opinión, nos depara mayores despliegues de justicia contractual.

*A Luis Moisset de Espanés,
con respeto y afecto*

MANDATO, APODERAMIENTO Y PODER DE REPRESENTACIÓN

MARIO ANTONIO ZINNY

Sumario: 1. El mandatario y el apoderado. Figuras linderas. 2. Breve noción del mandato, el apoderamiento y el poder de representación. Semejanzas y diferencias. 3. ¿Qué diferencia hay entre el negocio jurídico y el derecho subjetivo? 4. Confuso tratamiento de las tres figuras en el Código Civil y el Código de comercio. 5. ¿Cómo se origina esta confusión? 6. Mandato. 7. ¿Cuál es el tipo del negocio a instrumentar para que el mandatario transfiera al mandante el inmueble adquirido por cuenta de éste? 8. Apoderamiento. 9. Poder de representación. 10. Clasificación de los poderes según que el objeto del acto o negocio a celebrar por el apoderado esté, o no, determinado. 11. Clasificación de los poderes según el número de apoderados. 12. Clasificación de los poderes según los intereses en juego. 12.1. Poder común, conferido en el exclusivo interés del poderdante. 12.2. Poder irrevocable y póstumo en razón de los intereses ajenos en juego (arts. 1977 y 1982 C.C.). 13. Poder póstumo en razón de encontrarse pendiente de cumplimiento una obligación del poderdante (arts. 1980, 1981 y 1969 C.C.). 14. Poder “*mortis causa*” (art. 1983 C.C.).

1. El mandatario y el apoderado. Figuras linderas

Suele ocurrir que el propio interesado no se encuentre en condiciones de celebrar su acto o negocio jurídico porque se lo impiden la distancia que lo separa de la contraparte, o la falta de tiempo para reunirse con ella, en cuyo caso recurre a un mandatario o a un apoderado.

Y como a las figuras no hay que considerarlas aisladas sino junto a las que lindan con ellas, nosotros, para conocer mejor al mandatario y al apoderado debemos ubicarlos donde corresponde, que es la zona de la

colaboración en el negocio ajeno. Zona ésta donde el mandatario y el apoderado coexisten junto a:

- a. los representantes legales del incapaz legal de obrar;
- b. el experto que asiste a la parte que carece de los conocimientos técnicos que el negocio exige;
- c. el gestor de negocios;
- d. el estipulante a favor de tercero;
- e. y el administrador fiduciario.

El mandatario y el apoderado están rodeados, además, de quienes colaboran formalmente con las partes del negocio, a saber:

- f. el notario que redacta sus cláusulas;
- g. el mediador que las acerca;
- h. el intérprete que traduce la declaración emitida en otra lengua
- i. el mensajero que entrega el documento donde obra la que se emite por escrito;
- j. y el nuncio que transmite la declaración oral.

2. Breve noción del mandato, el apoderamiento y el poder de representación. Semejanzas y diferencias

El mandato es el contrato del que surgen los derechos y las obligaciones del mandante y el mandatario. El apoderamiento es el negocio unilateral del que surge el poder de representación. Y el poder de representación es el derecho subjetivo que legitima al apoderado para invocar al poderdante y lograr que los efectos del negocio celebrado en su nombre pasen a corresponderle en forma directa.

El mandato y el apoderamiento son negocios jurídicos. En cambio, los derechos del mandante y el mandatario, tanto como el poder de representación del apoderado, son derechos subjetivos.

3. ¿Qué diferencia hay entre el negocio jurídico y el derecho subjetivo?

El negocio es comportamiento humano exteriorizado. Nuestros comportamientos se exteriorizan diciendo, haciendo u omitiendo decir o hacer

en determinadas circunstancias. Y la exteriorización de nuestros comportamientos los torna perceptibles (podemos ver y oír a quienes declaran vender y comprar, entregan la cosa vendida y pagan el precio).

El derecho subjetivo, en cambio, integra una relación jurídica que vincula a una persona con otra (relación personal) o a una persona con una cosa (relación real). Y el vínculo que las une es, siempre, imperceptible (es por eso que no podemos ver ni oír el vínculo que une al jinete con el caballo que monta: ¿Será su propietario? ¿Se lo habrán prestado?).

Por otra parte, el negocio cumple una función dinámica de iniciativa y renovación, como en el caso de la compraventa, cuya función social y económica apunta a que la riqueza circule a través del cambio de cosa por precio. Mientras el derecho subjetivo cumple una función estática, destinada a la conservación y el resguardo de los bienes¹.

4. Confuso tratamiento de las tres figuras en el Código Civil y el Código de Comercio

El Código Civil confunde:

1) Al mandato con el apoderamiento, cuando en el art. 1869 define al mandato como contrato que tiene lugar cuando “*una parte da a otra el poder...*”.

2) Al apoderamiento con el poder de representación, lo que ocurre cuando el art. 1184, inciso 7º, dispone que ciertos “*poderes*” deben ser escriturados ... Pero para escriturarlos hay que dar fe de ellos y ... ¿cómo darla si son imperceptibles?

3) Confunde, también, al poder con la escritura que prueba al apoderamiento, cuando en el art. 1877 alude a la “*entrega del poder*”, como si los derechos subjetivos fueran cosas que pueden entregarse.

Y hay más, porque el Código de Comercio, en el art. 222, le llama mandato al apoderamiento y comisión al mandato ...

Como si no bastara con nuestra legislación, esto suele ser, positivismo mediante, lo que solemos enseñar en nuestras Facultades ...

¹ Emilio BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959, p. 39 y ss..

¿Cómo extrañarse, entonces, de que luego de sufrir este tratamiento los alumnos salgan corriendo y gritando: “*¡Lo que importa es la práctica! ¡Lo que importa es la práctica!*”

Tampoco debe sorprendernos que en el Registro de la Propiedad con asiento en Rosario funcionara durante años una Sección llamada “**Man-datos**”, pese a que en ella no se inscribió jamás mandato alguno. Y no se lo inscribió porque las escrituras que pretendidamente estaban destinadas a instrumentarlo fueron siempre otorgadas por un único otorgante, con lo que en el mejor de los casos eran ofertas de mandato, de cuya aceptación, por otra parte, el Registro nunca tuvo noticia.

Cuando me recibí de escribano mi padre me llevó al Registro de la Propiedad para presentarme al jefe de aquella Sección (otros tiempos, otro mundo ...). Y yo, que era menos vivo que mi nieto de 7 años, miré el cartel de la puerta, que decía “**Mandatos**”, y el lomo de los tomos que reiteraba “**Mandatos**”, y como mi querido maestro me había enseñado ya a distinguir el contrato del apoderamiento, me puse a hojear uno de los tomos y le dije al señor Jefe: “*No hay ninguno*”. “*¿Perdón?*” dijo él. “*Que no hay ningún mandato. Son todos apoderamientos, con una única firma, la del poderdante. Le han puesto mal el nombre a la Sección y a los tomos ...*”. Pienso que no me entendió, o tal vez interpretó que lo mío era una broma que me había salido mal ... Cuánto me he arrepentido, con el correr de los años, de aquella barbaridad ... Y qué generosidad la de aquel hombre que siguió, siempre, dispensándome toda su educación y gentileza ...

5. ¿Cómo se origina esta confusión?

Aporta lo suyo, como anticipara, el positivismo en el análisis de nuestros Códigos. Aunque de manera decisiva influye el hecho de que nuestra formación jurídica no ha venido contando en la medida necesaria con Francesco Messineo ², Emilio Betti ³ y Luigi Cariota Ferrara ⁴, que son

² FRANCESCO MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, Buenos Aires, Europa-América, 1952.

³ EMILIO BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959.

⁴ LUIGI CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, Madrid, Aguilar, 1956.

quienes explican con claridad el tema que nos convoca. Tema que fue ignorado en el derecho romano, advertido primero por Ihering, luego en la misma Alemania por Laband y modernamente, en la posguerra, expuesto con claridad por los citados autores italianos. Y no por los franceses, a quienes hemos venido siguiendo en Argentina.

¿Por qué los hemos venido leyendo tan poco a Betti, Messineo, Cariota Ferrara e incluso a Carneluti, en su magistral *“Teoría general del Derecho”*⁵? Porque se expresan con una terminología rigurosa y técnica, que nos cuesta dominar. Y por eso suele ocurrir que a la primera lectura pensamos: *“Este hombre es incomprensible ... Por favor ... qué confuso, qué complicado, qué poco práctico ...”*. Sin caer en la cuenta que los confundidos somos nosotros, que carecemos de una jerga técnica.

Y esto es bastante mas grave de lo que parece. Lo explica Aldous Huxley en *“Literatura y ciencia”*⁶ enseñándonos que *“la pureza del lenguaje científico no es la misma pureza del lenguaje literario. La meta del científico es decir sólo una cosa a la vez, y decirla sin ambigüedad y con la mayor claridad posible (p. 19). Las reglas del juego científico le prohíben (...) darle a una palabra más de una significación (...). A los poeta y, en general, a los hombres de letras, las reglas de su juego les permiten, les obligan, en realidad, a hacer todas las cosas que no pueden los científicos (ps. 47 y 48). En otras palabras, en la ciencia no hay sinónimos, a diferencia de lo que ocurre en la poesía y la literatura.*

Y por eso los autores de Anatomía, si escriben “hueso” en un renglón y en el siguiente tienen que volver a citarlo, no pueden llamarle órgano o arteria, y vuelven a repetir “hueso” cuantas veces sea necesario para explicar o describir lo que pretenden.

¿Y por casa? A nosotros no nos gustan los autores de Anatomía, tan reiterativos y monótonos ... Y entonces, si hemos escrito “derecho” en un renglón y tenemos que volver a citarlo, recurrimos a otras palabras creyendo que cuentan con el mismo significado. Y así:

⁵ FRANCESCO CARNELUTI, *Teoría general del derecho*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955.

⁶ ALDOUS HUXLEY, *Literatura y ciencia*, Buenos Aires, Sudamericana, 1964, ps. 19, 47 y 48.

derecho, potestad, facultad;
obligación, deber, carga,
contrato, pacto, acuerdo,
condición, cláusula;
consentimiento, asentimiento;
poder, mandato;
nulidad, ineficacia,
resolución, rescisión...

Y así seguimos, tratando de dotar de musicalidad a la expresión de nuestros alegatos, sentencias, escrituras y dictámenes, como si fuéramos poetas o literatos ...

6. Mandato

Definamos ahora al mandato como el contrato mediante el cual una parte (mandante) encomienda a la otra (mandatario) que celebre uno o más actos o negocios jurídicos por cuenta de ella (es decir, sin invocar su nombre, con lo que el mandatario *“corre con sus propios colores”*). Y agreguemos que del mandato surge una relación jurídica integrada por los derechos y obligaciones del mandante y el mandatario, que se describen en parte de los arts. 1904 a 1959 del Código Civil y 232 a 281 del Código de Comercio.

Pero es sabido que las definiciones no bastan para asentar los conocimientos y recordarlos. ¿Cómo, entonces, imaginar al mandato para tener una noción clara de él? Si se toma en cuenta que entre nosotros no es frecuente escriturarlo, imaginémoslo como a dos personas sentadas a la mesa de un bar, con una diciendo en voz baja a la otra:

-*“Andá, callada, y comprale el terreno a Fulana. Llegá hasta X pesos y, en cuanto te diga que sí, lo escriturás a tu nombre. Después, cuando te lo solicite, me lo transferís. ¿De acuerdo?”*.

-*“De acuerdo”*, responde la mandataria.

Y el mandante: *“Bien. Vamos hasta casa, así te entrego el dinero, incluyendo lo necesario para los gastos de la escritura”*.

Pero esto, claro, supone una pequeña dificultad: exige un mandato de fecha cierta ¿Por qué? Porque el que alega un hecho tiene la carga de

probarlo y porque si así no fuera, en este caso resultaría muy sencillo recurrir al mandato para encubrir la doble venta y evadir el Impuesto a la Transferencia de Inmuebles (en jurisdicciones como la mía la evasión incluye, además, el Impuesto de Sellos y el Impuesto a los Ingresos Brutos).

Y esto se aplica, claro está, a la llamada “*compra en comisión*” o “*compra para tercero a designar*”, fórmulas de estilo que en realidad significan: “*Sean que voy a revolear el boleto y no pienso tributar dos veces*”.

¿Y entonces? Entonces corresponde escriturar el mandato toda vez que no se lo destine a fines “*non sanctos*”, como el de defraudar a los acreedores, o poco éticos, como el de ocultarle a la vendedora que quien en realidad está comprando es su lindero ⁷.

Y hablando de fines “*non sanctos*” hace poco volví a escuchar el viejo discurso, ya en desuso (hoy son más sutiles), de quien pretende insolventarse para defraudar a sus acreedores. Y me llenó de nostalgia porque contra este “*cliente*” me previno mi padre, cuando comencé a ejercer:

-“*Escribano*”, dijo el hombre. “*Estos usureros han acabado con mi pequeña empresa*”.

Y siguió con el viejo libreto: “*Mis obreros están en la calle y apenas me quedan un par de propiedades, que este buen amigo acepta que le transfiera hasta que aclare, para poder volver a empezar...*”

Y continuó: “*¿Hay que pagar algo por esta transferencia?*” (lo preguntó como si fuera un benefactor que debe ser ayudado a concretar su obra).

Y confieso que me enterneció. Y que me dieron ganas de decirle que sí ... Pero enseguida recordé cuál es la verdad que esa dulce y triste melodía encubre, verdad que quien la interpreta debe ocultar para evitar que uno salga corriendo.

Porque diciendo las cosas tal como ellas son, el discurso pasa a ser otro:

⁷ Mario Antonio ZINNY en “*Bonsenbiente*”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, p. 219; allí brindo un caso de mandato lícito, que es el del abuelo rico que recurre al mandato porque tiene miedo de que “*los amigos de lo ajeno*” le rapten un nieto.

-“Escribano, he decidido defraudar a mis acreedores. Le presento a mí cómplice, que posibilitara que los estafe aceptando que le transfiera mis bienes. Y no hace falta que le diga que usted debe colaborar porque sin su participación no podremos concretar la transferencia fraudulenta”.

7. ¿Cuál es el tipo del negocio a instrumentar para que el mandatario transfiera al mandante el inmueble adquirido por cuenta de éste?

Recordemos que los efectos del negocio celebrado por el mandatario se producen en su propia esfera de intereses, en tanto no invoque el nombre del mandante (art. 1929 C.C.; art. 233 C. de C). Y de allí que cuando éste lo requiera debe transferírseles (arts. 1909 y 1911 C.C.; art. 277 C. de C.).

Esto ha dado lugar a no pocas dificultades. Y no hace falta decir que mal puede recurrirse a la compraventa o a la donación, como en un tiempo acostumbrábamos, ya que no existen precio ni liberalidad algunos. Por otra parte, recurrir a ellas equivale a que el dentista, sin sacarnos una radiografía, nos arranque dos o tres muelas para no errarle. Corresponde, en cambio, que el inmueble sea transferido a título de rendición de cuentas del mandato, conforme a lo dispuesto en los arts. 1909 y 1911 del Código Civil y 227 del Código de Comercio (“*el mandatario está obligado a dar cuenta de sus operaciones y entregar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato...*”).

Y es este mismo título, el de la rendición de cuentas, el que cabe aplicar al fideicomiso cuando, al vencer el plazo, el fiduciario debe restituir el inmueble al fiduciante. Porque proceder como lo hace la AFIP, que en la operación ve una permuta toda vez que en el inmueble se incluyen mejoras, equivale a actuar como el aludido dentista.

8. Apoderamiento

Por apoderamiento cabe entender el negocio unilateral Y abstracto mediante el que el poderdante confiere al apoderado el poder de representarlo para celebrar en su nombre uno o más actos o negocios jurídicos.

Agreguemos que el apoderamiento es unilateral porque cuenta con una única parte, como el testamento o el pagaré. Y apuntemos además que origina una relación externa (poder de representación) que vincula al poderdante y el apoderado con los terceros con quienes éste actúa o negocia invocando el nombre del poderdante.

¿Cuál es la relación interna que vincula al poderdante con el apoderado? Es una relación originada en un negocio causal que por lo general es un mandato, pero bien puede ser una locación de servicios o de obra, un contrato de trabajo, un acuerdo constitutivo de sociedad, un reglamento de Propiedad Horizontal, un testamento o un fideicomiso,

¿Qué quiere decir que el apoderamiento es un negocio abstracto? Quiere decir que es un negocio independizado de la relación interna a la que acabamos de referirnos.

¿Cuáles son las consecuencias de la abstracción del apoderamiento? Las consecuencias son que la invalidez del negocio causal y la consiguiente inexistencia o extinción de la relación interna no afectan al apoderamiento. Y viceversa, que la invalidez de éste y la consiguiente inexistencia o extinción de la relación externa no afectan al negocio causal. Y así Betti ⁸ y entre nosotros Ernesto Sánchez Urite ⁹. En contra, Cariota Ferrara ¹⁰.

¿Cómo imaginar al apoderamiento para obtener una noción clara de éste? Si al mandato lo hemos imaginado como dos personas celebrándolo en la mesa de un bar, en voz baja, al apoderamiento cabe pensarlo como al poderdante diciendo en voz alta:

“Sepan quienes estén interesados, que Fulano me representa y que, por consiguiente, adquiriré en forma directa todos los derechos y en la misma forma contraeré todas las obligaciones que resulten de los negocios que él celebre invocando mi nombre”.

⁸ Así Emilio BETTI, ob. cit., p. 435.

⁹ ERNESTO SÁNCHEZ URITE, *“Mandato y representación, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986, ps. 198 y 199.*

¹⁰ LUIGI CARIOTA FERRARA, ob. cit., p. 166.

9. Poder de representación

Es el derecho subjetivo que corresponde al apoderado e integra la relación externa nacida del apoderamiento. Relación externa que, como anticipáramos, vincula al poderdante y el apoderado con los terceros con quienes éste actúa o negocia invocando su poder.

Y no hace falta agregar que de invocarlo resulta que los derechos y las obligaciones que surgen de los actos y negocios así celebrados son directamente adquiridos y contraídas por el poderdante (C.C., arts. 1930 y sigs.).

¿El apoderamiento es la única fuente del poder de representación? No, hay alguno como el de los padres para representar al hijo bajo su patria potestad que se origina en el nacimiento de éste, y no en la ley, como erróneamente suele sostenerse, porque ésta es fuente mediata de relaciones jurídicas. La inmediata es siempre, como hace mucho me enseñara Sebastián Soler, algo que decimos o hacemos, algo que omitimos decir o hacer, o algo que en la naturaleza ocurre, como en este caso, en que mal puede el niño, que no habla, decir mientras nace: “*Papa y mamá, les confiero el poder de representarme*”. Y porque la fuente es el nacimiento y no la ley, el documento que habilita a los padres para contratar en nombre del menor es la partida de nacimiento y no el Código Civil.

10. Clasificación de los poderes según que el objeto del acto o negocio a celebrar por el apoderado esté, o no, determinado

Cuando el objeto no se determina el poder es general (así, toda vez que faculta para disponer de los bienes del poderdante a título oneroso de venta, etc., o para administrarlos dándolos en locación, etc.).

El poder general, a su vez y según la extensión de las facultades, se clasifica en:

1) *General y total*. Se da cuando el poderdante pretende que el poder “*sirva para todo*”, sin limitación alguna.

2) *General amplio*. Aquí el poderdante, convenientemente asesorado, excluye de las facultades las de transferir bienes a título gratuito y comprometerlos en garantía de operaciones de terceros, etc.

3) *General y parcial*. En este caso el poder tiene por objeto una o varias categorías de actos, siempre sin determinar el objeto de cada uno de ellos (transferirlos a título oneroso, gravarlos con hipoteca o prenda, darlos en locación, etc.).

El poder especial, por último y a diferencia del general, faculta para disponer del lote de terreno ubicado en ... , o administrar la cochera designada con los guarismos ... Y según se trate de varios bienes, o de uno, se clasifica en:

1) *Especial y múltiple* (vender el lote de terreno que según plano ... es designado como lote ... y está ubicado en ...; y la cochera que según plano de propiedad horizontal ... es designada como ...).

2) *Especial y único* (vender el lote de terreno que según plano ... es designado como lote ... y está ubicado en ...).

11. Clasificación de los poderes según el número de apoderados

Es innecesario aclarar que en estos casos se los clasifica en individuales o colectivos con ejercicio indistinto, conjunto o alternado.

12. Clasificación de los poderes según los intereses en juego

El artículo 1892 de nuestro Código Civil los subdivide según que el apoderado actúe:

1. en interés del poderdante (“*mandatum mea gratia*”);
2. en interés común del poderdante y el apoderado (“*mandatum mea et tua gratia*”), variante esta que da pie al “*autocontrato o contrato consigo mismo*”;
3. en interés de un tercero (“*mandatum et aliena gratia*”);
4. en interés común del poderdante y un tercero (“*mandatum mea et aliena gratia*”).
5. y en interés del apoderado (“*mandatum tua gratia*”) variante que pone en escena al “*procurator in rem suam*”.

Y esta clasificación da pie a otras, que pasamos a considerar.

12.1. Poder común, conferido en el exclusivo interés del poderdante

Este poder es esencialmente revocable y extinguido por el fallecimiento de éste (C.C., arts. 1963 y 1970). Y se confiere para uno o varios actos o negocios a celebrar.

12.2. Poder irrevocable y póstumo en razón de los intereses ajenos que se encuentran en juego (C.C., arts. 1977 y 1982)

Este tipo de poder se origina cuando no se lo confiere en el exclusivo interés del poderdante, es decir, en los casos de los incisos 2, 3, 4 y 5 del capítulo precedente, ya que estando interesados el apoderado o un tercero, la vigencia del poder no puede encontrarse subordinada a la voluntad de quien lo confirió (sólo mediando justa causa puede revocarlo), o depender de que él siga con vida.

Por otra parte, este poder tiene por objeto las prestaciones de un negocio ya celebrado, lo que hace que sea necesariamente especial (y adviértase la diferencia con el poder común, que faculta para celebrar el propio negocio).

Por último, el plazo de su vigencia debe ser determinado o determinable.

Antes de darle fin a esta clasificación vayamos a los casos, para mejor comprenderla, enunciando sus variantes según que los intereses en juego correspondan:

- al poderdante y el apoderado (boleto entre ambos);
- exclusivamente al apoderado (boleto con el poderdante, con una prestación a cargo de éste, al menos, pendiente de cumplimiento);
- al poderdante y un tercero (boleto entre ambos);
- exclusivamente al tercero (boleto con el poderdante, con una prestación a cargo de éste, al menos, pendiente de cumplimiento).

13. Poder póstumo en razón de encontrarse pendiente de cumplimiento una obligación del poderdante (arts. 1980, 1981 y 1969 C.C.)

Aquí se trata de un poder general o especial, comunes, que manteniéndose como revocables, se transforman en póstumos cuando se dan las siguientes circunstancias:

- a) el apoderado lo ejerce en vida del poderdante celebrando uno de los actos o negocios encomendados;
- b) hay una o más obligaciones del poderdante pendientes de cumplimiento;
- c) el poderdante fallece sin que hayan sido cumplidas;
- d) no hay herederos incapaces (si los hay actúan sus representantes legales);
- e) los herederos capaces no lo revocan.

¿Cuál es la “*ratio iuris*” de esta figura? Respuesta: Evitar el perjuicio del incumplimiento.

Y por cierto que el boleto debe tener fecha cierta para evitar que el apoderado exhiba un papelito diciendo: “*Justo antes de que muriera vendí el campo ...*”.

¿Por qué el poder general o especial, común, se transforma en póstumo? Lo explica con claridad el citado art. 1980 al disponer que la muerte del mandante no pone fin al mandato cuando “*el negocio objeto de éste debe ser cumplido o continuado después de su muerte*”.

¿Acompaño a alguien con esta opinión? ¿Me acompañan? ¿Estoy solo? No, acompaño al doctor Ricardo Luis Lorenzetti, que la sostiene en su “*Tratado de los contratos*”¹¹, Yo la sostuve en “*Conocimientos útiles para la práctica del derecho*”¹², sin citarlo porque su tratado, que generosamente me hizo llegar su editor, no había llegado a mi poder

¹¹ Ricardo Luis LORENZETTI, *Tratado de los contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000, t. II, ps. 198, 286 y 287.

¹² Mario Antonio ZINNY, *Conocimientos útiles para la práctica del derecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007, ps. 193 y 194.

Resta señalar que tradicionalmente este poder suele incluirse entre los poderes “*mortis causa*” que paso a considerar.

14. Poder “*mortis causa*” (art. 1983 C.C.)

Este poder, asimismo llamado “*post mortem*”, suele tener por objeto pagar una deuda del poderdante, poner una placa en su panteón, distribuir bienes entre sus herederos, etc. Y con él ocurre lo que con los testamentos: sólo adquiere vigencia cuando el poderdante fallece.

Y por eso es que el apoderamiento que lo origina será nulo “*si no puede valer como disposición de última voluntad*”, lo que equivale a decir que hacen falta tres testigos residentes en el lugar para autorizar la escritura, que además debe contar con los requisitos de forma impuestos en los arts. 3651 a 3664 del C.C.. Por eso es, también, que a este apoderado se le aplican las disposiciones relativas a los albaceas (arts. 3844 y ss. C.C.).

¿Cuál es el origen de la relación causal que vincula al poderdante con el apoderado? Ella suele originarse en el mandato que se incluye en el propio apoderamiento, o en instrumento separado.

LA RELEVANCIA DEL EQUILIBRIO EN LOS CONTRATOS PREDISPUUESTOS Y DE CONSUMO: CLÁUSULAS ABUSIVAS E INTERPRETACIÓN A LA LUZ DE LA DOCTRINA JUDICIAL

CARLOS A. HERNÁNDEZ

Sumario: 1. El fenómeno de la predisposición contractual. 2. El equilibrio contractual en los negocios de consumo. La consolidación judicial de los criterios legales de protección frente a las cláusulas abusivas. 3. La exigencia de equilibrio en los contratos predispuuestos. Los vasos comunicantes con el régimen de consumo: doctrina judicial. 4. La doctrina de la C.S.J.N. en materia de interpretación de los contratos predispuuestos.

1. El fenómeno de la predisposición contractual

Aunque la predisposición contractual puede verificarse aisladamente, esto es, respecto de un contrato único celebrado por el predisponente, adquiere su verdadera y cabal dimensión en su vinculación con los requerimientos de las grandes empresas comerciales, que exigen la estandarización no sólo de las relaciones contractuales que celebran con los usuarios y consumidores, sino también de las que conciertan con las empresas con las cuales suscriben acuerdos de colaboración para conformar eficientes “redes” de comercialización de sus productos y servicios ¹.

En sí misma, la predisposición no constituye una práctica disvaliosa², sin perjuicio de lo cual debe reconocerse que quienes detentan un mayor

¹ Marcelo MAGGIOLO, *Il contratto predisposto*, Padua, Cedam, 1996.

² Ricardo Luis, LORENZETTI, *Tratado de los contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1999, t. I, p. 139.

poder de negociación, la utilizan con frecuencia como un eficaz mecanismo de traslación de riesgos³. Nuestro Derecho Privado ha sabido construir diferentes instrumentos tendientes a evitar y/o corregir las distorsiones que pueden derivarse de la predisposición, dando lugar a una rica y variada doctrina judicial a la que pasaremos revista.

2. El equilibrio contractual en los negocios de consumo. La consolidación judicial de los criterios legales de protección frente a las cláusulas abusivas

La preservación del “equilibrio negocial”, además de ser reconocida en situaciones especiales -cualquiera fuera la categoría contractual de la que se trate-, se ve hoy exigida, particularmente, en el ámbito de los contratos predispuestos y de consumo⁴. El tema reviste especial importancia puesto que exterioriza la evolución operada en el Derecho de los Contratos, de modo tal que el reclamo de “equilibrio”, ha pasado a constituir un nuevo eje que cruza transversalmente esta rama jurídica, presentando manifestaciones diferenciadas a las que resulta necesario atender.

Esta perspectiva supera la consideración del “desequilibrio” como mero recaudo de procedencia de algunos de los institutos revisores del contrato -por ejemplo la imprevisión-, para ponerlo en el centro de atención de la “Teoría del Contrato”, de modo particular en aquellas áreas o segmentos en donde el acuerdo se encuentra debilitado y requiere de otros soportes y justificaciones.

En el ámbito de los contratos de consumo el debate se ha centrado principalmente en relación al tema de las cláusulas abusivas, tanto en nuestro país como en el Derecho Comparado, en donde se otorga especial relevancia al “equilibrio contractual”. Es que, la mayoría de las disposiciones sobre la materia convergen en él como pauta general de aprecia-

³ Jesús A. AGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, Civitas, 1991, p. 37.

⁴ Carlos A. HERNÁNDEZ, “El desequilibrio en los contratos paritarios, predispuestos y de consumo”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, 2007, t. 2007-1 (Desequilibrio contractual), p. 233 y ss.

ción o calificación de las cláusulas abusivas. En tal sentido, cabe recordar aquí a la Directiva de la Comunidad Europea 93/13, del 5 de abril de 1993, cuyo artículo 3 establece que “*Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato*”⁵. El desequilibrio al que refiere la norma no es sólo jurídico, sino principalmente económico, constituyendo una exigencia que apunta a atender y apreciar la equivalencia de las prestaciones recíprocas⁶. La Directiva aclara en el artículo siguiente que “*La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*”. Por tanto, no se trata de corregir “... un defecto de equivalencia entre el objeto del contrato y su precio, sino de eliminar las cláusulas que, aún pareciendo accesorias, son susceptibles de tener una incidencia importante sobre la ejecución del contrato”⁷.

En Latinoamérica, la experiencia en orden al control de contenido de cláusulas abusivas ha transitado por senderos similares. Así, Brasil aporta

⁵ Algunos propician una interpretación literal de la norma que lleva a considerar como abusiva a la cláusula cuando contrariando la buena fe desequilibra el contrato. Ello ha incidido a la hora de su recepción. Así, con motivo de la redacción del reciente Código de Consumo italiano, el criterio restrictivo fue rechazado por considerárselo poco tuitivo, conforme surge de la exposición de motivos cuando se expresa que “... *el texto actual ofrece un mayor nivel de tutela al consumidor, permitiendo calificar como abusiva las cláusulas contractuales que determinan un significativo desequilibrio entre las prestaciones en perjuicio del consumidor, no obstante la buena fe subjetiva del otro contratante, sin exigir la determinación posterior de la violación de la regla de la buena fe*”. Al respecto puede verse a Carlos A. HERNÁNDEZ y Sandra FRUSTAGLI, “El reciente Código del Consumo italiano. Aportes para reflexionar sobre el Derecho del Consumidor en Argentina”, L.L. diario del 1/3/06, p 1 y ss..

⁶ Catherine DELFORGE, *El control de las cláusulas abusivas en el derecho belga*, en Revista de Derecho Comparado, N° 1, Santa Fe, 1990, p. 70.

⁷ Jaques GHESTIN, *Le rétablissement de l'équilibre contractuel par l'élimination des clauses abusives: enseignement du Droit français*, citado por Catherine DELFORGE, *El control de las cláusulas abusivas en el derecho belga*, op. cit., p. 72.

un modelo que encuentra importantes puntos de conexión con la legislación europea⁸. El párrafo IV del artículo 51 del Código de Defensa del Consumidor consagra una regla general que califica como abusiva a las cláusulas contractuales que “*establezcan obligaciones consideradas inicuas, abusivas, que coloquen al consumidor en desventaja exagerada, o sean incompatibles con la buena fe o la equidad*”. Sobre la misma ha dicho la prestigiosa jurista Lima Marquez que se trata de una de las reformas más innovadoras que aportó el Código de Defensa del Consumidor, en cuanto constituye una verdadera norma general de prohibición de todos los tipos de abusos contractuales, subsumiendo en sí, a los demás supuestos enunciados por el legislador, al exigir un objetivo equilibrio entre las prestaciones apreciadas en el contexto global del contrato⁹.

La problemática que venimos analizando se ha intensificado a partir de la última postguerra, por lo cual se entiende la ausencia de una regulación sistemática de la cuestión en el marco de nuestro Código Civil¹⁰, lo que intentó ser suplido mediante la ley 17.711, que si bien no introdujo disposiciones acerca de esta materia, contribuyó a facilitar la labor de los jueces, confiriéndoles a través del principio general de buena fe -recepionado en el nuevo art. 1198 primer párrafo- amplias posibilidades de desestimar las condiciones contractuales que resulten violatorias de aquella regla¹¹.

⁸La legislación brasileña ha sido influenciada por la legislación alemana sobre la materia, que a su vez, ha constituido un valioso antecedente de la Directiva citada.

⁹ Claudia LIMA MÁRQUEZ, ANTONIO H. BENJAMÍN, BRUNO MIRAGEM, *Comentários ao Código de de Defesa do Consumidor*, Editora Revista Dos Tribunais, San Pablo, 2006, p. 701.

¹⁰ Sin embargo algunas normas elaboradas por nuestro Codificador impusieron límites a la “autonomía de la voluntad”, estableciendo la invalidez de cláusulas desequilibrantes. Un ejemplo de ello lo vemos en la prohibición de la “*dispensa anticipada del dolo del deudor al contraerse la obligación*” (art. 507 C.C.).

¹¹ Recuérdese que en el derecho alemán, actualmente considerado el de mayor eficacia en la regulación de las CGC, el sistema se construye con eje sobre el principio general de la buena fe, consagrado en el párrafo 9º de la Ley de Condiciones Generales. El texto actualizado con la reforma del año 2000 puede verse en Responsabilidad Civil y Seguros, t. 2001, p. 1269 y ss. Sobre la relevancia de la buena fe como norma de clausura ver a Franz WIEACKER, *EL principio general de la buena fe*, trad. cast. y prólogo de Díez Picazo, Luis, Madrid, Civitas, 1986. No debe olvidarse además, que la reforma del '68

Asimismo, la irrupción de diversas leyes especiales vinculadas a la defensa de los intereses de los consumidores, han procurado imponer - de manera general o particular- “límites al poder de configuración del contenido del contrato”. Sin proponernos una reseña exhaustiva, recordamos que la ley 14.005 resta virtualidad en su artículo 8 a las cláusulas que facultan al vendedor a resolver el contrato cuando se hubiera abonado el 25% del precio o se hubieran introducido mejoras equivalentes al 50% del valor del lote, receptando de tal modo las soluciones aplicadas por la jurisprudencia con anterioridad a su vigencia ¹².

Por su parte, la ley 19.724 dispuso en su art. 14 que *“Las cláusulas que establezcan limitaciones de responsabilidad, facultades de rescindir o resolver el contrato sin previa comunicación o intimación, o suspender su ejecución o la de la obra, o sanciones a cargo del otro contratante, caducidades, limitaciones a las facultades de oponer excepciones, cláusulas compromisorias, o de prórrogas de la jurisdicción judicial, así como los supuestos previstos en los incisos f y h del art. 13 sólo tendrán efecto si son expresamente aceptadas por el adquirente en cláusula especial firmada por éste”*. La novedad introducida por la transcrita disposición legal residió en que, siguiendo al Código Civil italiano de 1942 (art. 1341), se estableció un sistema de “tutela formal” del adherente asentado en la idea del “conocimiento expreso o presunto” de la cláusula por el destinatario de la misma ¹³, que en nada

contribuyó a desalentar la utilización de cláusulas vejatorias mediante la incorporación de normas de orden público en la regulación especial de los contratos, tal como acontece v.gr. en el contrato de obra con el nuevo art. 1646 C.C.

¹² CNCiv., 26/12/41, “Beinat, Nicolás c/ Franchi, Antonio”, L.L., t. 25, p. 536 y ss.

¹³ Cabe señalar sin embargo que mediante la ley 52/1996, vigente desde el 25 de Febrero de 1996, Italia ha receptado la Directiva N° 93/13 de la U. E. a través de la incorporación al Codice Civile del Capitolo XIV-Bis “Dei contratti del consumatore”, comprensivo de los arts 1469-bis (Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore), 1469-ter (Accertamento della vessatorietà delle clausole), 1469-quater (Forma e interpretazione), 1469-quinquies (Inefficacia) y 1469-sexies (Azione inibitoria), reforma que coloca al ordenamiento italiano en la línea trazada originariamente por la AGBGesetz. Posteriormente, esas disposiciones fueron trasegadas -con algunas variantes- al nuevo Código de Defensa del Consumidor aprobado mediante el decreto ley N° 206 de fecha 6 de setiembre de 2005. Al respecto puede verse a Carlos A. HERNÁNDEZ y

contribuyó a la solución efectiva del problema debido a que las “*empresas no tienen inconveniente en exigir la doble suscripción del cliente...*”¹⁴. Estas dificultades prácticas han conducido a su no aplicación por parte de la jurisprudencia nacional¹⁵.

La enunciación no puede dejar de señalar a la ley de tarjeta de créditos (25.065) y a la más reciente ley de leasing (25.248), esta última con criterios particularmente contradictorios con los postulados emergentes del principio de defensa del consumidor¹⁶.

Los límites expuestos hasta aquí se encuentran hoy acrecentados luego de la sanción de la ley 24.240 de “Defensa del consumidor”¹⁷, que tiene por no convenidas a las cláusulas que “limitan la responsabilidad por daños” y que invierten “la carga de la prueba en perjuicio del consumidor”, además de establecer como estándares de descalificación a la “desnaturalización de las obligaciones de las partes” y a la “renuncia o

Sandra FRUSTAGLI, *El reciente Código del Consumo italiano. Aportes para reflexionar sobre el derecho del consumidor en Argentina*, op. cit.

¹⁴ FRANCISCO JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid, Civitas, 1987, p. 382.

¹⁵ En este sentido se expidió la doctrina nacional en las Segundas Jornadas Provinciales de Derecho Civil (Mercedes, 1983), Tema 3 “Boleto de compraventa inmobiliaria”, despacho A, pto 2. “*La solución que suministra el art. 14 de la ley 19.724, en cuanto subordina la eficacia de las cláusulas ‘leoninas’ a su aceptación por el adquirente expresada a través de la firma de la cláusula especial no es remedio suficiente, pues la observancia de la forma solemne adoptada no importa legitimarlas*”, en *El derecho privado en la Argentina. Conclusiones de congresos y jornadas de los últimos treinta años*, Universidad Notarial Argentina, Bs. As., 1991, p. 136.

¹⁶ MÓNICA FRESNEDA SAIEG, Sandra A. FRUSTAGLI y Carlos A. HERNÁNDEZ, *El contrato de leasing. Ley 25.248 comentada*, Buenos Aires, LexisNexis-Depalma, 2002.

¹⁷ La complejidad de fuentes está a la vista. Junto al Código Civil conviven la ley de defensa del consumidor, las leyes integradas al microsistema por el artículo 3° de la ley 24.240, las leyes especiales relativas a relaciones de consumo dictadas con anterioridad y con posterioridad a su sanción; y la reglamentación de la ley 24.240 por el decreto 1798/94. En ese contexto normativo, operar el microsistema de defensa del consumidor no es tarea sencilla, sobretodo cuando las normas legales presentan desarmonías o desajustes, propios del proceso evolutivo de nuestro régimen. En tales casos, las respuestas deben encontrarse en los valores expresados en la Constitución Nacional reformada, por cuanto constituye el nuevo centro del sistema de fuentes.

restricción de los derechos del consumidor o ampliación de los derechos de la contraparte”¹⁸.

La aparente pluralidad de criterios de apreciación¹⁹ encuentra, sin embargo, unidad en el concepto legal emergente del artículo 37 del Decreto N° 1.798/94 del P.E.N., que establece que se “*consideran términos o cláusulas abusivas las que afectan inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes*”. Como se aprecia de la simple lectura del texto transcrito, el mismo concuerda con los lineamientos establecidos por la Directiva de la Unión Europea 93/13²⁰.

Por tanto, se pone el acento en el resultado práctico del negocio, es decir en la alteración del equilibrio de la ecuación económica del contrato.

¹⁸ Ricardo L. Lorenzetti, *Tratamiento de las cláusulas abusivas en la ley de defensa del consumidor*, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Santa Fe, 1994, t. 5 (Consumidores), p. 171 y ss.; Gabriel A. STIGLITZ y Rubén S. STIGLITZ *Derechos y defensa de los consumidores*, La Buenos Aires, La Rocca, 1994, p. 232 y ss.; Juan Manuel FARINA, *Defensa del consumidor y del usuario. Comentario exegético de la ley 24.240 y del decreto reglamentario 1.798/94*, op. cit., p. 283 y ss.; y Salvador D. BERGEL, y Martín E. PAOLANTONIO, “La Directiva de la Comunidad Económica Europea sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, t. 5 (Consumidores), pág. 191 y ss..

¹⁹ David F. ESBORRAZ y Carlos A. HERNÁNDEZ, “La problemática de las cláusulas abusivas en el estatuto de defensa del consumidor”, en *Anuario* de la Facultad de Ciencias Económicas del Rosario, N° I, Rosario, 1997, p. 75 y ss.. En el mismo se abordan los diversos problemas hermenéuticos que ha suscitado la entrada en vigencia de la ley 24.240 en relación a los criterios de descalificación precedentes.

²⁰ Un valioso aporte sobre el concepto que suministra el Decreto Reglamentario puede verse en Claudia WEIS, “Una herramienta eficaz: el concepto de cláusula abusiva de la L.D.C.”, en *Contratos civiles y comerciales. Colección de análisis jurisprudencial*, obra colectiva dirigida por Ricardo LORENZETTI, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 135 y ss.. Con anterioridad al dictado de la ley de defensa del consumidor y su decreto reglamentario, nuestra jurisprudencia ya había resuelto que “*Los contratos sinalagmáticos se caracterizan por la reciprocidad de las obligaciones. En este tipo de contratos, toda parte puede esperar que la relación de los derechos bilaterales, deberes, chances y riesgos estén en cierto modo equilibrados. Cuando la relación de equivalencia aparece sensiblemente perjudicada, el comportamiento del predisponente se aparta de la buena fe y puede concluirse que la cláusula que causa un perjuicio indebido al adherente es materialmente abusiva*” (del voto del Dr. Garzón Vieyra), CNCom., Sala E, 3/8/88, “Equitel, S.A. c/ Hacendal, S.A.”, L.L., t. 1989-A, p. 354).

No debe olvidarse que el negocio de consumo se diferencia del contrato tradicional o clásico por la circunstancia que su legitimación no se satisface en el mero acuerdo de voluntades, exigiendo además la equivalencia de las prestaciones debidas²¹. De tal forma, la objetivación de la noción de contrato se traslada a los criterios con los cuales se juzga la posible “abusividad” de las cláusulas que forman su contenido.

De este modo, el concepto legal de cláusula abusiva se articula con los “criterios generales” o “estándares” suministrados por el artículo 37 de la Ley 24.240, ya que la “desnaturalización de las obligaciones” y la “renuncia o restricción de los derechos del consumidor o ampliación de los derechos de la otra parte”, constituyen nociones dependientes del concepto central de pérdida del equilibrio entre las prestaciones y deberes del contrato²². Las fórmulas elegidas por el legislador permiten al juez efectuar una mirada de conjunto a fin de determinar si la cláusula sospechada de inequidad desequilibra sensiblemente la ecuación económica y justifi-

²¹ Noemí L. NICOLAU, *Tecnología y masificación en el derecho contractual*, L.L. t. 1992-B, pág. 767.

²² En igual sentido puede verse a Catalina MOGGIA DE SAMITIER, Enrique Máximo PITA y Gonzalo, SOZZO, Cláusulas abusivas en los contratos de consumo, ponencia presentada a la Comisión N° 3 “Protección del consumidor en el ámbito contractual” de las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1995). Un criterio similar se observa en un agudo trabajo de Ramón D. PIZARRO y Andrés VARIZAT, al sostener que “Una o más cláusulas insertas en un contrato de consumo, desnaturalizan las obligaciones cuando alteran el equilibrio y la funcionalidad negocial de la relación contractual, que une a las partes”, en *La desnaturalización de las obligaciones como instrumento de control de cláusulas abusivas en los contratos de consumo (Una interesante doctrina argentina)*, L.L.C. t. 2006, p. 10 y ss. Con ese mismo entendimiento, los autores señalan también que “... a los fines de indagar si dentro del contrato de consumo determinada cláusula ha desnaturalizado las obligaciones, alterando el equilibrio y funcionalidad negocial convendrá siempre evaluar, entre otros aspectos: a) La entidad cualitativa y cuantitativa de las obligaciones recíprocas emanadas del contrato; b) Las obligaciones accesorias de él emergentes, ya sea con relación al objeto o sujetos; c) Los denominados deberes secundarios de conducta, teniendo especialmente en cuenta la autonomía económica y jurídica que suele poseer el proveedor profesional de bienes o servicios para el cumplimiento de tales deberes; d) Las cargas del acreedor; f) La denominada obligación de seguridad en caso de que fuere aplicable; g) Y toda otra cuestión o aspecto derivado de la regla genérica de la buena fe, que haga a la naturaleza o a la esencia de la relación de consumo”. Haciendo aplicación de estas ideas, puede verse el fallo de la CNCiv., Sala K, 9/5/06, autos “Roca, Silvia B. c/ Club Vacacional S.A”, LL on line.

ca su descalificación. Ello acontecerá, entre otros supuestos, cuando no se reconozcan al consumidor ventajas equivalentes a los sacrificios impuestos o cuando se vulnere el principio de igualdad de trato.

Lo dicho explica por qué el reducido listado que sólo tipifica como “cláusulas abusivas” de pleno derecho, a las “*que limitan la responsabilidad por daños*” (art. 37, inc. a) y a las “*que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor*” (art. 37, inc. c), no resulta insuficiente, toda vez que, el sistema se estructura a partir de los referidos estándares generales, que le permitan al juez evaluar en el caso concreto la legitimidad de los términos contractuales predispuestos.

Es interesante destacar, que las pautas reconocidas por el art. 37 de la ley 24.240 han sido valiosamente utilizadas por nuestra jurisprudencia, consolidando judicialmente la protección de los consumidores.

Así, en la causa “Cannizzaro, Juan C. c/ Banco Mercantil Argentino”²³, se aplicó el estándar de la “desnaturalización de las obligaciones” (art. 37 inc. a), con motivo de una acción de daños y perjuicios promovida por el demandante, con sustento en la extinción unilateral e injustificada del contrato de tarjeta de crédito que lo unía a la mencionada entidad financiera. En concreto, el actor obtuvo en fecha 19 de Mayo de 1993, una tarjeta Visa Internacional, luego de haber gozado desde principios de 1991 de una tarjeta Visa de alcance nacional, vinculándose ambas a una cuenta corriente de titularidad del usuario. El motivo de tal contratación, obedeció al hecho que el accionante habría de viajar a Estados Unidos de América, hacia Junio de 1993. Apenas arribado a ese país, el usuario decidió alquilar un automóvil, empleando para el pago, la referida tarjeta de crédito. Empero, no le fue posible concretar dicha operación, por cuanto la misma había sido extinguida, en base a una política adoptada por el banco demandado, de cancelar todas las tarjetas de aquellos clientes que no hubieran realizado en los últimos tiempos operaciones en sus respectivas cuentas corrientes, que en este caso resultaba manifiestamente injusta, y a la vez, contradictoria. Frente a ello, el Sr. Cannizzaro efectuó desde su lugar de residencia, diversos reclamos, todos los cuales resultaron in-

²³ CNCom., Sala C, 30/9/97, L.L., t. 1998-B, p. 656 y ss..

fructuosos, de forma que de regreso a nuestro país, promovió una demanda en la cual reclamaba la indemnización de diferentes rubros, en especial, el daño moral padecido. La entidad financiera pretendió liberarse de responsabilidad, alegando que en las condiciones generales de contratación, se había previsto una cláusula que lo facultaba para extinguir el contrato, sin necesidad de preaviso y explicitación de causa. Tal argumento, fue desechado por el juez de primera instancia, quien acogió el reclamo resarcitorio, aunque moderó el alcance de algunos de los rubros solicitados. La mencionada decisión, fue recurrida por la entidad financiera. El tribunal de alzada, confirmó la sentencia, afirmando que hace a la “naturaleza” del contrato de tarjeta de crédito prestar la asistencia financiera comprometida, de modo que si el ejercicio de la potestad extintiva “... se entendiera con el alcance que se pretende, esto es, sin causa que lo justifique, sin un razonable preaviso al usuario, o sin responsabilidad alguna por las consecuencias de su proceder, se lesionaría la buena fe en la ejecución e inteligencia de las cláusulas contractuales y se desnaturalizarían las obligaciones propias del rol asumido por el banco en estos supuestos, todo lo cual pone de manifiesto la ineficacia de una estipulación así entendida a la luz de las directivas contenidas en el art. 1198, párrafo 1º del Código Civil y el art. 37 (en particular inc. a) de la ley 24.240”.

Por otra parte, en autos “Martinelli, José c/ Banco del Buen Ayre”²⁴, en donde se ventiló una cuestión de competencia planteada por la entidad demandada, se recurrió al estándar de la “... r enuncia o restricción de los derechos del consumidor o ampliación de los derechos de la otra parte” (art. 37, inc. b). Cabe recordar que la accionada, en sustento de su posición, invocó una cláusula contractual, en virtud de la cual, todos los conflictos que pudieran darse entre las partes, debían dirimirse ante los tribunales nacionales de la Capital Federal, de allí que se cuestionaba la competencia de los tribunales ordinarios de la ciudad de Mar del Plata para entender en la causa promovida por el Sr. Martinelli. El fallo de primera instancia rechazó la excepción, mediante un criterio luego compartido por el tribunal de alzada. En tal sentido re-

²⁴ Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, 20/11/7, L.L.B.A., t. 1998, p. 511 y ss..

cordamos que este último, interpretó que la cláusula en cuestión, “... *debía ser considerada como restrictiva de los derechos del consumidor...*”, dado que “... *generaba un significativo perjuicio, al tener que litigar en extraña jurisdicción...*”, lo cual “... *la tornaba descalificable a la luz de lo dispuesto en el art. 37 inc. b de la ley 24.240*”. Adviértase que no se consideró que la mentada disposición contractual importara una “renuncia” de prerrogativas o de facultades del usuario, sino que se entendió que conforme a las circunstancias del caso, la misma importaba una “restricción” que avanzaba seriamente sobre los intereses del consumidor, lo que bastaba para la declaración de ineficacia.

Es interesante complementar este criterio, con el sostenido en la causa “González, María E. c/ Persa S.A.”, iniciada con motivo de los conflictos generados respecto de un “contrato de capitalización”, y en el cual también la accionada articuló la defensa de incompetencia, fundándose en una cláusula contractual que establecía que cualquier conflicto entre las partes, debía radicarse ante los tribunales del Departamento Judicial de Bahía Blanca. En esta oportunidad, la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata sostuvo que de acuerdo a las peculiaridades del contrato, “... *la cláusula de prórroga importa una renuncia de derechos por parte del actor, y por tanto debe tenerse por no escrita*”, “... *ya que para quien domiciliándose en esta ciudad celebra un contrato de escasa importancia económica, con una entidad que también tiene una agencia en la ciudad, la necesidad de litigar en extraña jurisdicción puede significarle, por motivaciones económicas, de distancia y de desconocimiento del medio, que se abstenga de promover un juicio en protección de sus derechos, con lo cual esta cláusula se convierte en una renuncia anticipada al derecho a la jurisdicción que la ley no está dispuesta a tolerar*”²⁵.

Igualmente se ha juzgado como abusiva la cláusula del contrato de caja de ahorro con débito automático que faculta al banco para aumentar o disminuir unilateralmente los límites de compra y crédito durante la vigencia de la tarjeta, “*ya que configura una restricción indebida de los derechos del consumidor*” pues el usuario se encuentra obligado a

²⁵ Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala I, abril 1-1997, L.L., t. 1998-B, p. 170 y ss..

aceptar “... como válidas todas las modificaciones contractuales sin información de los motivos que la sustentan”²⁶.

También la jurisprudencia ha tenido ocasión de declarar la ineficacia de pleno derecho, de aquellas cláusulas sancionadas como tales por la ley 24.240, como las exonerativas de responsabilidad. Así en los autos “Paternostro, Mario L. c/ Banco Mercantil”²⁷, iniciado por el actor a fin de obtener la restitución de los efectos sustraídos de su “caja de seguridad”, la entidad financiera se defendió alegando, entre otros argumentos, que se veía eximida de responder en virtud de lo dispuesto en la cláusula 12º del contrato de marras, que contemplaba que “únicamente el banco garantizaba la seguridad exterior de la caja, sin responder por los objetos depositados”. En relación a ella, la Cámara Nacional Comercial, Sala E, sostuvo que “*en orden a ese tipo de previsiones contractuales, la ley de protección del consumidor 24.240, art. 37, inc. a (segunda parte), establece que no deben tenerse por escritas...*”, y que “... consecuentemente, es el banco el que debe asumir en el caso, la responsabilidad derivada de su incumplimiento contractual, sin que pueda ampararse para exculparse en cláusulas limitativas que carecen de eficacia”²⁸.

En cuanto a las cláusulas que importan la “*inversión la carga de la prueba en perjuicio del consumidor*” (art. 37, inc. c), destacamos que también existe un valioso precedente. Se trata de la causa “Banco Integro Departamental Coop. Ltda c/ Alvarez, Elva B.”²⁹, en la cual la entidad accionante actuaba como cesionaria del crédito que la empresa

²⁶ CNFed. Contencioso Administrativo, caso “Lloyds Bank c/ Sec. de Comercio e Inversiones”, en L.L., t. 2001-A, p. 479.

²⁷ CNCom., Sala E, 30/4/98, L.L., t. 1999-B, p. 570 y ss..

²⁸ Desde otra perspectiva, se ha entendido que “...la cláusula de exoneración de responsabilidad de la entidad bancaria por el robo a una caja de seguridad resulta ejercida abusivamente, pues desnaturaliza el objeto esencial del contrato y el principio de la buena fe, toda vez que implica una renuncia anticipada del derecho de exigir la reparación de los daños causados a bienes o intereses patrimoniales del contratante ante un incumplimiento fundamental del contrato, como es la obligación de custodia y vigilancia por parte del banco, que desvirtúa la esencia misma del contrato y la finalidad de la contraprestación por la que aquel paga un precio en dinero”, en autos “Folgeras, Aidée c/ Banco Quilmes S.A.”, en L.L., t. 1998-E, p. 155 y ss..

²⁹ Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, 15/5/97, L.L.B.A., t. 1997, p. 1093 y ss..

Lurocard tenía contra la demandada. Si bien esta última no compareció al proceso, el juez de primera instancia rechazó la demanda, en base a que el banco cesionario no presentó los cupones de la tarjeta “Lurocard”, respaldando solamente la acción en la constancia del saldo deudor por él emitido, lo cual en su parecer no podía tolerarse por más que no hubiera habido una impugnación expresa, ya que “...no debía tenerse por convenido (art. 37) que sea el consumidor-usuario, quien debiera probar que no debe lo que unilateralmente se le reclama; con la remisión a la contabilidad del otorgante de la tarjeta se viola la disposición que nos ocupa”.

Resulta oportuno recordar que dicho fallo, fue revocado por la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, con sustento en normas procesales, ya que se dijo que “...la rebeldía decretada y firme, constituye presunción de verdad de los hechos lícitos afirmados por el actor, de donde puede concluirse que la demandada ha reconocido adeudar al banco accionante ...”, postura que le valió una severa crítica de nuestra doctrina, al sostenerse que no puede recurrirse “...a una ficción derivada de la rebeldía de la demandada...” para “...decir que la actora ha acreditado ser cesionaria (nada menos) de unos cupones que no presenta y que vaya a saber dónde han ido a parar. Esto equivale a sostener que no es aplicable a este caso el inc. c) del art. 37, que declara inválida toda cláusula contractual que imponga la inversión de la carga de la prueba”³⁰.

3. La exigencia de equilibrio en los contratos predispuestos. Los vasos comunicantes con el régimen de consumo: doctrina judicial

Las exigencias de equilibrio que resultan de las normas citadas y que se han visto consolidadas judicialmente, pese a ser propias de los contratos de consumo, van filtrándose hacia los contratos predispuestos que afectan a quienes no revisten la condición de usuarios o consumidores. Por esa vía, el derecho vivo va construyendo vasos comunicantes entre el

³⁰ J. M. FARINA, “Defensa del consumidor: dos criterios opuestos acerca de los alcances de la tutela legal”, L.L.B.A., t. 1997, p. 1093 y ss..

Derecho del Consumidor y el Derecho Común, reconociendo conceptos, categorías y valores comunes, que dan cuenta de una integración “oculta”, que va tendiendo puentes y caminos, adelantando la labor futura del legislador. La experiencia jurisprudencial reciente en materia de cláusulas abusivas pone en evidencia algunos ejemplos que vale la pena reflejar a fin de abonar el planteo³¹.

Así, en la causa “To talk S.A. c/ Minifon S.A.”³², para sostener la nulidad de una de las cláusulas cuestionadas, el tribunal recurrió al estándar de “injustificada restricción de los derechos” del adherente, vigente desde hace una década para los contratos de consumo. Vale la pena recordar que el conflicto refería a un reclamo de daños y perjuicios a consecuencia de un incumplimiento contractual, promovido por un agente de una empresa de telefonía celular contra ésta, alegando la abusividad de un conjunto de cláusulas, a la que se hizo lugar tanto en primera como en segunda instancia. No hay dudas que el contrato se encontraba en el marco de la actividad profesional de ambas partes, ajeno a los dominios del Derecho del Consumidor. Del mismo modo, en otro caso, “Avan S.A. c/ Banco Tornquist S.A.”³³, más dudoso desde la perspectiva de su ajenidad al régimen de defensa del consumidor aunque fallado en esa convicción³⁴, el actor pretendía la rectificación de la cuenta corriente bancaria por la

³¹ El maestro Jorge MOSSET ITURRASPE ha sido uno de los mayores defensores en el derecho nacional de este criterio. Ver al respecto su trabajo titulado “Contratos en general en el Proyecto de Reformas al Código Civil argentino de 1998”, J.A. t. 2000-II, p. 788. No podemos olvidar, sin embargo, que hacia fines de la década del ochenta, la C.S.J.N. sostuvo un criterio remiso a la admisión de la invalidez de las cláusulas abusivas en los contratos entre empresas en la causa “Automóviles Saavedra, S.A. c/ Fiat Argentina, S.A.”, L.L., t. 1989-B, p. 4 y ss. Es de valorar, sin embargo, que en tal precedente la Corte admitiera la distinción entre validez de la cláusula y ejercicio abusiva de la misma, aunque en el caso tampoco se admitió lo segundo. Ver considerando 12.

³² CNCom., Sala D, 11/9/02, E.D., t. 202, p. 480 y ss..

³³ CNCom., Sala A, 17/2/04, J.A., t. 2004-IV, p. 336 y ss..

³⁴ Decimos esto porque ninguno de los vocales califica directamente al actor como consumidor. La cuestión nos presenta dudas porque la naturaleza del contrato -cuenta corriente bancaria- nos debería -al menos a priori- hacer pensar en el carácter no “instrumental” del mismo, por tanto, fuera de su quehacer profesional. Este parece ser el encuadramiento del que partió el razonamiento de la vocal Piaggi. No hay, sin embargo, mayores datos reseñados en el fallo que permitan adoptar una postura contundente.

incorporación de intereses excesivos sobre los saldos deudores girados en descubierto y por débitos por comisiones y gastos injustificados y carentes de documentación respaldatoria. Para ello pretendía la declaración de abusividad de algunas condiciones generales, en especial la que disponía la renuncia anticipada del derecho acordado por el artículo 792 del Código de Comercio y la que reglamentaba los descubiertos no autorizados. Para aceptar tal pretensión, fueron utilizadas categorías propias del Derecho del Consumidor. Por ejemplo, el fallo del vocal preopinante sostuvo que podía declararse la abusividad de las cláusulas atacadas “...*toda vez que desnaturalizan la esencia del vínculo obligacional, afectan la libertad contractual, la buena fe e importan una renuncia o restricción de derechos del cliente sin que exista una contrapartida económica que la justifique*”³⁵.

Como se ve, el recurso a los estándares de “renuncia o restricción de derechos” o “desnaturalización del contrato”, receptados en el artículo 37 de la ley 24.240 van generalizándose en todos los segmentos del Derecho Contractual en donde pueda verificarse la presencia de un contratante débil.

La cuestión no sorprende, ya que ambas nociones tributan al principio general de la buena fe, que actúa como norma de clausura en todo el régimen de cláusulas abusivas, dentro o fuera de la ley 24.240, exigiendo la preservación del equilibrio del contrato³⁶. No es casual que el propio artículo 37 aluda a la buena fe, luego de enunciar a los estándares y al reducido elenco de cláusulas abusivas tipificadas como tales, ni que todos los precedentes judiciales fuera del ámbito de aplicación del estatuto de defensa del consumidor se apoyen en la buena fe para desarrollar las nociones de “renuncia o restricción de derechos”, “desnaturalización del tipo contractual” o “irrazonabilidad”³⁷. De este

³⁵ Op. cit., p. 341.

³⁶ Judith MARTINS-COSTA, *A boa-fé como modelo (notas para a compreensão da boa-fé obrigacional como modelo doutrinário e jurisprudencial no direito brasileiro*, Roma e América. Diritto Romano Comune, Rivista di Diritto dell'integrazione e unificazione del Diritto in Europa e in America Latina, N° 13/2002, p. 87 y ss..

³⁷ Un buen ejemplo lo encontramos en la causa “P. Campanario S.A. c/ Plan Ovalo S.A.”, CNCom., Sala B, 24/9/98, J.A. t. 1999 II, p. 13 y ss. Se trataba de una acción de daños y perjuicios deducida por quien había actuado como representante de la demandada en la comercialización de planes de ahorro, quien cuestionaba la validez y

modo, se reconocen en nuestro derecho vivo puntos intensos de integración entre el Derecho Contractual Común y el Derecho del Consumidor³⁸, en concordancia con los sistemas más eficaces y modernos, como el que resulta de la reciente reforma al BGB³⁹.

alcance de diferentes condiciones generales de contratación. El tribunal sostuvo que: “*En el caso, Ford desnaturalizó los principios esenciales del ordenamiento, las razones económicas y sustentantes del acuerdo y lo que las partes razonablemente programaron como finalidad del contrato celebrado*”, agregando luego que “*Las cláusulas predispuestas son abusivas cuando atribuyen al predisponente derechos y facultades de carácter exorbitante o introducen restricciones injustificadas en los derechos y facultades del adherente*”. Otro precedente valioso también afirmó que “*La cláusula de un contrato de adhesión por la cual el franquiciante se reservó el derecho a operar o franquiciar otros locales y otorgar otras licencias respecto de la misma marca registrada, no permite inferir automáticamente que le otorgaba un ilimitado derecho a instalar un local cercano al del franquiciado en el que vendían productos que competían con los de éste, pues en virtud de la buena fe que debe primar en toda relación jurídica, es irrazonable pensar que la instalación del negocio a poca distancia no habría de generar perjuicio*”, CNCiv., Sala C, 10/10/03, “*Rivas, Rosa c/ Grimoldi S.A.*”, Responsabilidad Civil y Seguros, t. 2004, p. 674 y ss. .

³⁸ No podemos desconocer que los estándares consagrados en nuestra ley de defensa del consumidor, que hoy están haciendo su tránsito hacia el derecho común, provienen paradójicamente de los proyectos de reformas al Código Civil, especialmente los de 1987 y 1993. Recordamos que este último fue elaborado por la denominada Comisión Federal, en la que tuviera una participación destacada el Maestro Mosset Iturraspe. Al respecto pueden verse los artículos 1157 de ambos proyectos.

³⁹ Justamente, la doctrina alemana ha valorado de modo especial la trascendencia que adquiere para la transparencia de la contratación mercantil la generalización de algunas normas propias de los contratos de consumo. Al respecto puede verse a Klaus J. ALBIEZ DOHRMANN, *Un nuevo derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB*, Anuario de Derecho Civil, Tomo LV, Fascículo III (Julio-septiembre 2002), pág. 1150. Los debates habidos en España sobre el tema pueden verse en Juan José BLANCO GÓMEZ, “*Algunas reflexiones sobre los artículos 8.1 y 9.1 de la ley de Condiciones Generales de la contratación; la ausencia de control de contenido específico de las condiciones generales de los contratos entre profesionales o empresarios y la clase de nulidad de las condiciones generales contempladas en dichas normas*”, en *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, p. 1471 y ss..

4. La doctrina de la CSJN en materia de interpretación de los contratos predisuestos

Finalmente, los reclamos de equilibrio se expresan en las reglas de interpretación de los contratos predisuestos⁴⁰. A diferencia de los contratos paritarios en donde la hermenéutica procura descubrir la voluntad común de las partes, a la que normalmente se arribará mediante la apreciación de la conducta de los contratantes, en los contratos predisuestos, la ausencia de voluntad común lleva a prescindir de la indagación de la intención de los agentes, reemplazándose por otros criterios objetivos⁴¹.

En nuestro país, la ausencia en el Derecho Común de normas especiales de interpretación para los contratos prerredactados, ha hecho que se recurriera a la buena fe para construir diferentes criterios, entre los que se destaca el que exige que las cláusulas ambiguas u oscuras sean interpretadas en contra del predisponente⁴².

Así resulta de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que haciendo una excepción al criterio de que la exégesis de la voluntad contractual es una cuestión ajena al recurso extraordinario, ha convalidado ese entendimiento en fallos judiciales relativos a contratos de seguros, en donde ha hecho actuar a la regla ‘contra proferentem’, afir-

⁴⁰ Silvia DÍAZ ALABART, en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, obra colectiva coordinada por Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Navarra, Aranzadi, 1999, p. 232.

⁴¹ Sandra FRUSTAGLI - David F. ESBORRAZ - HERNÁNDEZ, Carlos A., *Aportes para la puesta en marcha del MERCOSUR (Aspectos contractuales del consumo)*, op. cit., p. 926. En sentido concordante, en el derecho español Silvia DÍAZ ALABART ha dicho que “*Las nuevas normas de interpretación para los contratos con condiciones generales no han supuesto, al menos en apariencia, un cambio absoluto con respecto a los criterios tradicionales. Sin embargo, estudiadas con un poco más de profundidad, es cuando adquieren su verdadera dimensión, cuando se aprecia su calado real, el cambio que ha comenzado a producirse en esta materia. La interpretación de los contratos con condiciones generales ha adecuarse a las características de ese tipo de contratación: al haberse predisuesto el clausulado no se puede averiguar una voluntad común que nunca existió; por lo tanto, hay que tender a una interpretación objetiva que favorezca al adherente*”, en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, op. cit., p. 231.

⁴² Roberto H. BREBBIA, *Hechos y actos jurídicos*, Buenos Aires, Astrea, 1995, p. 216.

mando que “*En caso de duda, debe considerarse subsistente la obligación del asegurador, que no sólo redacta las condiciones del contrato, sino que también realiza las previsiones de los siniestros mediante cálculos actuariales, estando en condiciones técnicas de fijar en forma clara, precisa e indubitable la extensión de sus obligaciones*”⁴³. En el mismo sentido ha dicho que la falta de claridad importa un comportamiento de mala fe que lo grava con la aplicación del criterio ‘*contra stipulator*’⁴⁴.

En una causa más reciente, sobre medicina prepaga, ha señalado que la doctrina de los fallos precedentes se ha visto enriquecida legalmente mediante la regla hermenéutica que suministra el último párrafo del artículo 3° de la Ley 24.240, en cuanto dispone que “*En caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor*”⁴⁵. De este modo, se formula una distinción que reconoce la doctrina más avanzada, entre las reglas ‘*contra proferentem*’ y ‘*favor consumidor*’, dado que esta última constituye un versión más avanzada y protectoria que la primera, toda vez que, beneficia a los consumidores, en todos los contratos -predispuestos o negociados- y tanto en las cláusulas claras como en las contradictorias⁴⁶.

⁴³ “Norma Esther Berlari c/ Omega Cooperativa de Seguros Limitada”, C.S.J.N., 6/12/94, Fallos 317:1685 y ss..

⁴⁴ Ver disidencia de los Dres. Eduardo Moliné O’Connor y Guillermo A. F. López en autos “Patricia Leonor Ferriols c/ Eduardo Kerner”, C.S.J.N., Fallos, t. 318, p. 2289.

⁴⁵ El texto encuentra correlato en el artículo 47 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil en cuanto establece que “*Las cláusulas contractuales serán interpretadas de manera más favorable al consumidor*”.

⁴⁶ Claudia LIMA MÁRQUEZ - Antonio H. BENJAMIN - Bruno MIRAGEM, *Comentários ao Código de de Defesa do Consumidor*, op. cit., p. 645. En sentido parcialmente concordante ver Ricardo LORENZETTI, *Consumidores*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 218.

CAPÍTULO CUARTO

APORTES SOBRE EL

DERECHO REAL Y REGISTRAL

LOS DERECHOS REALES EN EL SIGLO XXI: ALGUNAS REFORMAS Y ACTUALIZACIONES NECESARIAS

NELSON G.A. COSSARI

Sumario: I. Introducción. II. ¿Nuevo código o remozar el de Vélez? III. Una cuestión previa: el *numerus clausus*. IV. ¿Sirven los derechos reales al mundo moderno? V. Modificaciones propuestas. A. Teoría General. B. Dominio: Bien de Familia. C. Condominio. D. Propiedad Horizontal. E. Los conjuntos inmobiliarios: La propiedad horizontal tumbada. F. Tiempo Compartido. VI. A manera de cierre.

I. Introducción

Es un honor participar en el merecido homenaje a Luis Moisset de Espanés. Los organizadores del mismo han buscado la mejor manera de honrarlo: la publicación de un libro. Nos consta el empeño que el maestro cordobés ha puesto para que las reflexiones y estudios de los juristas sean vertidos por escrito, ya en papel ya digitalmente, a fin de que el resto de la comunidad jurídica pueda tenerlos a mano para seguir profundizando en el estudio del derecho.

Dado la merecida importancia que el Dr. Moisset de Espanés le ha dado a los Congresos Nacionales de Derecho Civil nos parece oportuno incluir en este trabajo los conceptos que vertiéramos en ocasión del V Congreso, celebrado en septiembre de 2009 en la ciudad de Córdoba. En aquella ocasión creímos pertinente postular algunas de las reformas y actualizaciones que entendemos requiere nuestra ley civil en materia de derechos reales a más de cuarenta años de la última gran reforma del Código Civil.

Queremos adelantar que no se trata de postular cambios rupturistas sino capitalizar para una futura reforma las soluciones de la doctrina y la jurisprudencia que se han revelado como justas y adecuadas.

II. ¿Nuevo código o remozar el de Vélez?

La elección del tema no implica tomar aquí partido entre la conveniencia de retocar el Código Civil vigente o en cambio sancionar un nuevo código. Nada puede agregarse a los argumentos dados por nuestros grandes juristas sobre las ventajas y las desventajas de cada una de esas soluciones. Debe, sin embargo, constatarse como dato de la realidad que durante el siglo XX pese a magníficos anteproyectos y proyectos de nuevo Código Civil invariablemente por distintas razones ninguna de estas iniciativas cristalizaron en leyes que fueran puestas en vigencia. Surge por tanto imperiosa la necesidad de atender a un “mientras tanto” que podrá seguir extendiéndose por décadas. Por otra parte, lo que aquí propongamos u observemos en línea con las mejores soluciones de la doctrina y la jurisprudencia nacional, puede ser capitalizado tanto en un código totalmente nuevo como en una oportuna reforma de la ley civil.

Si en los próximos años se opta por reformar el código vigente y no sancionar uno nuevo -por convencimiento o por simple espíritu práctico- lo cierto es que las reformas deben hacerse de manera que los nuevos engranajes encajen en los antiguos lo que requiere un legislador que una al espíritu práctico del político, la sabiduría del jurista, y el apasionamiento del verdadero filósofo por la verdad, en la búsqueda del valor supremo del Derecho que es la Justicia. El “mientras tanto” no significa pues que las reformas deban hacerse en forma desprolija sino que, por el contrario, debe ponerse el cuidado de un minucioso e inspirado orfebre en la obra.

III. Una cuestión previa: el *numerus clausus*

La comunidad jurídica argentina da por sentado el *numerus clausus*, pero cuando el codificador lo consagró en el artículo 2502 del Código Civil siguiendo, como explica en la nota, el derecho romano y la opinión de Demolombe, en contra de la mayoría de los juristas franceses, se trataba de una novedad legislativa para la época. La doctrina italiana, afirmaba

Wolff, discute la vigencia o no del número cerrado¹. En rigor, el recorrido de los jurisprudentes italianos llevó a la aceptación del *numerus clausus* aun a falta de norma expresa. Como expresa modernamente Bianca, el principio del número cerrado no está expresamente sancionado por el código italiano de 1942, pero se deduce a contrario sensu de que la posibilidad de crear figuras atípicas solo está prevista en materia contractual². Pero para los juristas de los años inmediatamente sucesivos al código italiano de 1865 -dice el mismo autor- habría sido totalmente extraña la idea de que el tema de los derechos reales pudiera ser sustraído a la competencia de los privados³.

Lo cierto es que la norma del artículo 2502 tiene una rotundidad en su formulación poco común en el derecho de entonces y aún en el de hoy. El eurocentrismo lleva a los autores a señalar al código alemán como el precursor moderno del sistema del *numeros clausus*, aunque algunos recuerdan brevemente la anterioridad en ello de nuestro código⁴.

Volviendo a nuestra legislación el *numerus clausus* es una solución instrumental que sirvió a la economía de bienes del siglo XIX y aun hoy se sigue revelando como la solución adecuada⁵. La nota de Vélez Sársfield al artículo 2502 sigue conservando su vigencia. Como se recordará, en la misma el codificador destaca el reducido número de derechos reales existente en el derecho romano, la proliferación de los mismos durante la edad media “por el arrendamiento perpetuo o por el contrato de cultura perpetua, y por mil otros medios” y las quejas de los escritores españoles sobre los males que habían producido los derechos reales sobre una misma cosa que llevaban a las propiedades a su ruina⁶.

¹ Martin WOLFF, *Derecho de cosas*, vol. primero, en Ludwing ENNECCERUS, Theodor KIPP, y Martin WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, 3ª ed., Barcelona, Bosch, 1971 (traducción española con anotaciones de Blas Pérez González y José Alguer), t. 3, p. 14.

² C. Máximo BIANCA, *Diritto civile*, Milano, Giuffrè, 1999, t. VI, p. 133.

³ BIANCA, op. cit., p. 135, nota 33.

⁴ Vide Manuel PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, 3ª ed., Madrid, Centro de Estudios Registrales, t. I, 1999, quien brevemente consigna tal anterioridad legislativa en una nota a pie de página, p. 63 nota 14.

⁵ Claudio M. KIPER, “El análisis económico del derecho y la regulación de los derechos reales”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, t. 21, p. 223.

⁶ Lo cierto es que el Derecho español -con algunos matices y cortapisas puestos por algunos autores- y la jurisprudencia de la Dirección de los Registros- se decantó

El codificador -se afirma- al consagrar el *numerus clausus* da prueba, junto al último párrafo de la nota al artículo 2508 que “no es un individualista. Vélez no admite más derechos reales que los que crea la ley, y no solamente da al Estado la potestad de limitar el número de derechos reales, sino también de regular su contenido y ejercicio, porque considera que es la única forma de impedir que se reimplante viejas aristocracias; por eso suprime la enfiteusis y las vinculaciones; por eso no admite que las partes creen libremente otros derechos reales”⁷.

No se vislumbra, ni parece que fuera útil, el cambio a un sistema de número abierto a la manera española. Los autores modernos de los países donde la doctrina se decanta por el *numerus apertus* señalan que el orden público económico se encuentra comprometido por la creación indefinida de derechos reales y precisamente con los efectos que apunta Vélez por lo que señalan precisos límites a la autonomía de la voluntad⁸.

Precisado esto debemos decir que si bien el sistema de número cerrado posibilita, sin dudas, la creación por ley de nuevos derechos reales, el legislador debe tener en cuenta la advertencia que hicieron las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, “La creación indefinida de derechos reales conspira abiertamente contra el *numerus clausus*” e impone que sólo se sancionen nuevos derechos reales cuando exista “la imposibilidad estructural de encuadrar la nueva situación en las categorías existentes”.

La directiva transcripta no debe juzgarse como ceñida a que la nueva realidad calce sin más en el molde existente, ni pretender encajar sin más a martillazos una institución dentro de otra, sino tener presente que es innecesario crear nuevos derechos reales cuando con los adecuados retoques - modificando o añadiendo normas específicas al derecho real ya previsto- la figura hasta entonces atípica puede adaptarse sin mayores

igualmente por el *numerus apertus* (vide José CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral. Derecho de cosas*; vol. I, Madrid, Reus S.A., 1992, decimocuarta edición, revisada y puesta al día por García Cantero, Gabriel, p.78 y especialmente la nota de su actualizador Gabriel García Cantero, p. 82 nota 3).

⁷ Luis MOISSET DE ESPANÉS, “Balance de las reformas introducidas al Código Civil por la ley 17.711, a los diez años de su vigencia”, en www.acader.unc.edu.ar

⁸ Véase el desarrollo de Luis DIEZ PICAZO y Antonio GULLON en *Sistema de derecho civil*, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 1997, vol. III, ps. 49 a 52.

dificultades a la institución existente. Piénsese las distintas especies de condominio que existen en nuestro derecho sin que todos ellos dejen de pertenecer a un mismo género.

En suma, sí al numerus clausus y sí a un legislador atento a dar cabida a nuevas realidades que requieran su configuración como derechos reales y que simultáneamente también sea cuidadoso en no provocar una proliferación innecesaria.

IV. ¿Sirven los derechos reales al mundo moderno?

La respuesta parece de Perogrullo, pero ante la importancia que han cobrado en el mundo moderno las novísimas formas negociales, los derechos intelectuales, la difusión de los derechos personales con oponibilidad erga omnes, cabe preguntarse ¿tienen los derechos reales un papel minimizado en la sociedad actual? Nuestra respuesta es rotundamente negativa.

Tal vez, dado que nuestro país y el mundo occidental en su inmensa mayoría no ha sufrido la carencia de la propiedad privada, se da por sentado la existencia de los derechos reales y a veces se subestima precipitadamente su importancia. Afirmaba Puig Brutau que “los seres humanos han de contar con los medios necesarios para vivir con independencia de toda voluntad ajena y poder salvaguardar su personalidad. Si la libertad es el concepto más fundamental para la vida humana, el primer paso para darle contenido consiste en completarla con el derecho de propiedad. Sin dudas radica aquí la justificación moral y jurídica del derecho de propiedad”⁹. A su vez, el Concilio Vaticano II destacó luminosamente que “La propiedad, como las demás formas de dominio privado sobre los bienes exteriores, contribuye a la expresión de la persona y le ofrece ocasión de ejercer su función responsable en la sociedad y en la economía. Es por ello muy importante fomentar el acceso de todos, individuos y comunidades, a algún dominio sobre los bienes externos. La propiedad privada o un cierto dominio sobre los bienes externos aseguran a cada cual una zona

⁹ José PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, 4ª ed., Barcelona, Bosch, 1994, t. III, vol. 1º.

absolutamente necesaria para la autonomía personal y familiar y deben ser considerados como ampliación de la libertad humana”¹⁰.

El aseguramiento de esos derechos y valores necesita de los derechos reales, donde el interés jurídicamente protegido puede satisfacerse directamente sin la intermediación de otra persona. Nos basta analizar ese espectro de derecho real que crea la ley de tiempo compartido, y compararlo con el derecho de dominio o el de usufructo, para darnos cuenta de la debilidad de un derecho oponible erga omnes, pero que depende de un tercero para su goce y disfrute. Ese no es el tipo de propiedad que da certidumbre a la libertad humana.

Expuesto esto y en una visión necesariamente panorámica nos referiremos a algunos casos donde creemos necesaria e imperiosa -a veces y conveniente -otras- una reforma y actualización de la ley civil en materia de los derechos reales. Muchas de ellas podrán parecer obvias, pero se trata de intervenir en el Código para hacer la ley más clara y certera.

V. Modificaciones propuestas

A. Teoría General

1. La lista del artículo 2503

Como se recordará, el rol de nuestros derechos reales con el agregado hecho por la ley de superficie forestal quedó redactado de la siguiente manera:

Art. 2503.- Son derechos reales: 1 - El dominio y el condominio; 2 - El usufructo; 3 - El uso y la habitación; 4 - Las servidumbres activas; 5- El derecho de hipoteca; 6 - La prenda; 7 - La anticresis; 8 - Superficie Forestal

La metodología en el Código velezano era impecable. Primero los derechos reales sobre cosa propia, luego los derechos reales de disfrute

¹⁰ Constitución Pastoral, *Gaudium et Spes*, Sobre la Iglesia en el mundo actual, N° 71. Por supuesto que sin olvidarnos, ni soslayar el clásico principio del destino común de los bienes el que también se destaca- como no podía ser de otra manera- en el mencionado documento.

sobre cosa ajena, y por último los de garantía. La ley 25.509 sin ningún tipo de metodología, ni criterio, en su artículo 13¹¹ dispuso agregar como último inciso -el octavo- a la superficie forestal.

Tiene razón Llambías en lo que expresa en la nota al artículo 1437 del anteproyecto de 1954: es conveniente ante el régimen legal estricto que rige esta materia, que la ley expresamente indique cuáles son los derechos sujetos al estatuto de los derechos reales. Entonces ello debe hacerse con corrección y la norma debe reformularse para recobrar la metodología originaria y para incorporar en su seno expresa o virtualmente todos los derechos reales de nuestra legislación.

La norma debe comenzar enumerando al dominio y al condominio que, conforme los proyectos de 1987, 1993 y 1998, proponemos que se coloquen en incisos diversos. Debe seguirle sin lugar a dudas la propiedad horizontal, cuya omisión es hoy en día inaceptable. Luego debe colocarse la superficie forestal de tal manera que atento a su peculiar naturaleza quedaría correctamente ubicada como el último derecho real sobre cosa propia o el primer derecho sobre cosa ajena. Debe recordarse que las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en forma ampliamente mayoritaria en el punto II de las conclusiones de lege data de la Comisión N° 4, concluyeron que el derecho de superficie admite en su desarrollo una categorización dual, tanto como derecho real sobre cosa propia cuanto como derecho real sobre cosa ajena. Se considera entonces al derecho a forestar, como derecho sobre cosa ajena y el derecho sobre la propiedad superficiaria como un derecho sobre cosa propia, un dominio revocable

Una propuesta mínima indicaría que el artículo debería quedar redactado de la siguiente forma:

Art. 2503.- Son derechos reales: 1 - El dominio; 2 - El condominio; 3- La propiedad horizontal; 4- La superficie; 5 - El usufructo; 6 - El uso; 7- La habitación; 8 - La servidumbre; 9- La hipoteca; 10- La prenda; 11 - La anticresis.

Ello en el entendimiento que la prenda con registro puede quedar genéricamente comprendida dentro del vocablo prenda o bien en el de hipoteca (dado que se trata en rigor de una hipoteca sobre ciertos bienes

¹¹ Artículo 13 ley 25.509: Agrégase al artículo 2503 del Código Civil como inciso 8° “La Superficie Forestal”.

principal -aunque no exclusivamente- muebles), y las hipotecas sobre buques y aeronaves en esta última. En cuanto a la mención del warrant, éste puede verse como una prenda donde es un tercero el designado para detentar la cosa¹². Por otra parte mencionando sólo superficie -sin más aditamentos- se deja la puerta abierta a una futura reforma que recepte la superficie edificada.

2. *El objeto de los Derechos Reales.*

En alguna oportunidad hemos abordado este tema tratando de demostrar como bienes que no son cosas pueden ser también objeto de los derechos reales. Y no nos referimos solamente a los créditos sino también a los propios derechos reales en el caso de la posibilidad de hipotecar el derecho a forestar¹³.

Sobre todo en el caso de los derechos intelectuales nos parece muy interesante la posibilidad que tímidamente insinúa el decreto Decreto 897/95 -que ordena la ley de prenda con registro- y en su artículo 2° expresa que:

“Instrúyese a la Dirección de Tecnología Calidad y Propiedad Industrial para que inscriba los contratos en que se constituyen prendas sobre marcas, patentes y enseñas, dibujos y modelos industriales, distinciones honoríficas y todos los derechos que comporta la propiedad comercial, industrial y artística”.

En sus considerandos argumenta “que si pueden prenderse junto con el fondo de comercio, nada obsta a que se puedan preñar estos bienes en forma individual, siguiendo una práctica en uso.”

Como reza el proyecto de 1998 y las conclusiones de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, los derechos pueden ser objeto, excepcionalmente de derechos reales si la ley lo establece, y si se confiere una la relación directa del titular con el objeto y los derechos de persecución y preferencia.

Establecer esta posibilidad expresamente nos parece una interesante flexibilización de la teoría general de los derechos reales.

¹² Héctor CÁMARA, *Prenda con registro o hipoteca mobiliaria*, actualizada por Efraín Richard, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 96.

¹³ Nelson COSSARI, “Posibilidad de constituir derechos reales sobre bienes que no son cosas”, *Revista Jurídica Zeus*, diario del 23 de octubre de 2002, t. 90.

B. Dominio: Bien de Familia

Mucho podría decirse acerca del derecho de dominio que es el derecho real por antonomasia. Varias de las normas que lo regulan -en ocasiones innecesariamente frondosas- como cuando se trata de los modos de adquisición del dominio necesitan un recorte. La regulación de la usucapión merece un remozamiento.

Nos ocuparemos aquí, sin embargo, de la protección del bien de familia teniendo en cuenta que las restricciones que esta institución crea para la disponibilidad del mismo a su titular están acotando el derecho de dominio y nos parece, por tanto, metodológicamente adecuado abordar aquí este instituto.

Un derecho moderno debe sin dudas ampliar la protección de la vivienda garantizando un mínimo a todo habitante.

En primer lugar, el derecho a la vivienda es un derecho natural. La falta o la penuria de vivienda, es una manifestación de la pobreza que debe ser combatida por atentar contra la dignidad del ser humano¹⁴. El derecho a la vivienda para toda persona con su familia debe ser expresado en normas jurídicas positivas que lo garanticen y protejan¹⁵.

En segundo lugar, desde el ángulo constitucional el artículo 14 bis de nuestra Constitución Nacional garantiza el acceso a una “vivienda digna” mientras que poco antes nos habla de la “defensa del bien de familia”.

En tercer lugar, la reforma constitucional de 1994 recepta también a múltiples tratados que establecen la defensa de la vivienda familiar (artículo 75 inc. 22) enumerándose, entre otros, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Convención Americana de Derechos Humanos; y el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales.

¹⁴ Conf. JUAN PABLO II, Papa, Mensaje del Santo Padre para la Cuaresma 1998, N° 2 en http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/messages/lent/documents/hf_jp-ii_mes_09091997_lent-1998_sp.html

¹⁵ Conf. JUAN PABLO II, Papa, Discurso del Papa Juan Pablo II durante el acto académico de concesión del título de Doctor “Honoris Causa” en Derecho, Sábado 17 de mayo de 2003, N° 6 en http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/speeches/2003/may/documents/hf_jp-ii_spe_20030517_univ-sapienza_sp.html

El derecho a la vivienda se encuentra sin dudas dentro del elenco de los derechos humanos.

Todo este entramado de normas supra constitucionales y constitucionales denota la importancia y fuerte protección jurídica de la que debe gozar la vivienda.

Si bien el derecho a la vivienda digna puede obtenerse por otros instrumentos que no sean necesariamente el acceso a la propiedad de la misma, sólo el derecho real de dominio sobre ésta garantiza la completa libertad del ser humano.

Con estas premisas puede sostenerse que la ley 14.394, que consagró una integral protección del “bien de familia” en nuestro país, instituyó una de las regulaciones más fecundas en cuanto a la protección del hogar, cumpliendo con su objetivo primario, dotando ab initio de tranquilidad a sus titulares y permitiendo la protección de una vivienda en propiedad suficiente para atender a las necesidades del titular y su familia.

Sin embargo, esta normativa que ha cumplido ya más de cincuenta años de aplicación merece una actualización que supere las dudas y problemas que se han originado en su aplicación.

Llamaremos la atención solamente sobre algunos aspectos:

1. La persona humana como titular de la protección de la vivienda.

Éste título encabezó la primera recomendación de lege data las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil. En la misma se expresó -por amplia mayoría- que el régimen tuitivo de la ley 14.394 (artículos 34 a 50), debe ser interpretado sistemáticamente con las directivas de la Constitución y las de los Tratados de Derechos Humanos con rango constitucional (artículo 75 inc. 22 C. N.). Así, alcanza la protección tanto a la vivienda individual como a la vivienda familiar¹⁶.

Y es que, si bien siempre hay que tener en cuenta a la familia¹⁷ como un bien fundamental de la sociedad y facilitar a ellas -por sobre todo- el

¹⁶ En este aspecto se recibió la ponencia sobre el tema de la Dra. Gabriela Vázquez.

¹⁷ La unión de un hombre y una mujer en un compromiso de estabilidad y apertura a la vida con la consiguiente educación de los hijos es sin lugar a dudas un bien para toda la sociedad que debe ser defendido y promovido.

acceso y el mantenimiento de una vivienda digna otorgándole un plus que las leyes deben contemplar en justicia, un lugar para vivir decorosamente es también es un derecho de toda persona que la afectación al régimen de la ley 14.394 permite proteger adecuadamente.

No es justo que si una persona por elección o por las circunstancias de la vida no tiene una familia, no pueda proteger ese mínimo que constituye una vivienda suficiente para satisfacer sus necesidades.

2. *El cambio del objeto protegido*

Como se sabe la cuestión del título estriba en si es posible que el titular de un bien de familia, deje sin efecto -conforme los procedimientos establecidos- la afectación del mismo y la traslade a otro inmueble de su propiedad con efectos retroactivos a la inscripción del primero.

Se ha dicho clásicamente que esto pone en pugna dos principios generales del derecho: el patrimonio como garantía común de los acreedores y la subrogación real.

Las opiniones doctrinarias distan de ser unánimes. Kemalmajer de Carlucci acepta la solución de la subrogación legal, pero admite que es dudosa¹⁸; Guastavino en cambio la consiente plenamente¹⁹. Por su parte Mariani de Vidal, al no estar la subrogación real consagrada expresamente en la ley 14.394, niega la posibilidad de su aplicación²⁰, de igual opinión es Areán²¹. Alejandro Borda primeramente afirmó que dado que el régimen del bien de familia es una excepción al principio general el mismo debe interpretarse restrictivamente, no cabiendo la sustitución con efecto retroactivo²². Posteriormente este autor modificó gallardamente su opi-

¹⁸ Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Protección jurídica de la vivienda familiar*, Buenos Aires, Hammurabi, 1995, p. 78.

¹⁹ Elías P. GUASTAVINO, "Subrogación del bien de familia con oponibilidad retroactiva. ¿Principios generales y analogía en caso de silencio de la ley?" en *Jurisprudencia Argentina*, t. 1997-III p. 90 y ss..

²⁰ Marina MARIANI DE VIDAL, *Curso de derechos Reales*, Buenos Aires, Zavalía, 1993, t. 2, p. 8.. Basándose la destacada autora en la falta de previsión expresa de la subrogación legal, implícitamente niega a este instituto el carácter de principio general.

²¹ Beatriz AREAN, *Bien de familia*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 400.

²² Alejandro BORDA, "La sustitución de un bien de familia" en *La Ley*, t. 1992-E, p. 388. Asimismo ante la injusticia de la solución este jurista postulaba la modificación de la regulación del bien de familia para permitir la sustitución retroactiva.

nión²³. Moisset de Espanés la admite, pero entiende que la procedencia de la subrogación real debe ser evaluada por el juez²⁴.

El Proyecto de 1998 se ocupó de esta cuestión con un criterio que responde mejor a la garantía constitucional expresada en el artículo 14 bis estableciendo en el artículo 238: “La afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada, o a los importes que la substituyen en concepto de indemnización”.

Dichos efectos se extendieron en el texto del Proyecto tal como fue aprobado por Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados de la Nación el 1 de noviembre de 2001. En el reenumerado como artículo 241 se expresa:

“La afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada, o a los importes que la substituyen en concepto de indemnización en caso de expropiación²⁵ por un lapso de seis meses de percibida. En caso de enajenación del inmueble afectado, su precio es inembargable por el lapso de tres meses si en la escritura traslativa de dominio se deja constancia de que la venta se realiza para adquirir otro inmueble que reúna las mismas o similares condiciones con igual finalidad.”

El avance es notable, pero creemos que sigue pendiente de solución el caso en que no se trata ya del cambio de una finca por otra, sino de desplazar la intangibilidad del bien de familia de un inmueble a uno diverso, sin que éste haya entrado en el patrimonio del constituyente en lugar del primero, sino que se adquirió con fondos distintos, o bien ya se encontraba en el activo del titular del bien de familia. Es por ejemplo el caso de quien tiene dos inmuebles de los cuales constituye uno como bien de familia y luego, por determinadas razones de cualquier índole, decide mudar su hogar al otro. Aquí lo único que se muta, en el estado jurídico patrimonial del constituyente, es el inmueble cobijado bajo el

²³ Alejandro BORDA, “Un gran avance”, en *La Ley Buenos Aires*, t. 1997, pág. 527.

²⁴ Luis MOISSET DE ESPANÉS, “Bien de Familia. Sustitución” en www.acaderc.org.ar

²⁵ Aquí inadvertidamente se coló una posible restricción sobre lo originalmente proyectado. En efecto, según los Fundamentos del Proyecto de 1998 la indemnización no era sólo la de la expropiación sino la “que provenga del seguro o de la expropiación” (Nº 37), y la redacción de la norma no ponía cortapisa alguna al origen del dinero de la indemnización.

régimen de bien de familia. Resulta equitativo resguardar al nuevo domicilio como bien de familia, y no perder la protección temporal lograda a partir de la inscripción del primero.

Nos parece por ende que, por encima de la subrogación real, doctrina a la que ciertamente creemos que es posible acudir en casos puntuales, es el principio de defensa de la vivienda el que debe latir detrás de las soluciones que incumbe brindar el pretorio ante la falta de previsión legal expresa, dado que supera las dudas que puede dejar en algunos casos una aplicación estricta del principio de subrogación real. Como afirma acertadamente Alejandro Borda “entre el silencio de una ley de excepción y el derecho constitucional de defensa del bien de familia y del acceso a una vivienda digna la balanza debe inclinarse por este último”²⁶.

Las XX Jornadas Nacionales recogieron nuestra ponencia en tal sentido y dijeron de lege ferenda:

“Es necesario que en una futura reforma legislativa se instituya expresamente el principio de subrogación real en el régimen de protección de la vivienda. Ello para que el nuevo inmueble adquirido en sustitución de un inmueble afectado, participe de los beneficios legales de la inejecutabilidad, con retroactividad a la fecha de afectación del inmueble originario. También para que se extienda la protección a los fondos recibidos en concepto de indemnización por expropiación o seguro, al menos por un plazo. Incluso, a fin de que el constituyente pueda optar por transferir la protección a otro inmueble de su propiedad”.

C. Condominio

Varias son las reformas que necesitaría el régimen del condominio. Por lo pronto debería recordarse que el mismo se encuentra enmarcado dentro de un género más amplio que es el de la comunidad de bienes²⁷. También se debería dar claridad a la discutida interpretación del artículo

²⁶ Alejandro BORDA, *Un gran...* op. cit., p. 527.

²⁷ Nos hemos ocupado del tema en Nelson COSSARI, “El concepto de comunidad de derechos”, en *La Ley* t. 2008 C, p. 941.

2690²⁸, norma que lleva invariablemente a la perplejidad de los intérpretes sobre si lo que se reparte es la parte indivisa del condómino o su parte en la deuda²⁹.

Nos detendremos sin embargo en unos pocos puntos que nos parecen de gran importancia.

1. El plazo máximo de los acuerdos de indivisión.

Mirado el condominio normal como un estado transitorio, Vélez estableció que los pactos de indivisión no pueden exceder los cinco años (artículo 2715). Esto puede ser exiguo para ciertos emprendimientos que no quieren cobijarse en plazos más prolongados recurriendo a la técnica de la sociedad. Permitir pactar un plazo de indivisión mayor daría una estabilidad que no pondría al condominio en una precariedad tan grande que impida encarar cualquier proyecto de mediana importancia bajo esta figura como hoy ocurre.

Si el plazo máximo de la locación es de diez años (artículo 1505) y si los condóminos deben respetar ese contrato aunque acudan a la partición, parecería congruente que los condóminos pudieran pactar la indivisión por diez años. Esta es la solución del anteproyecto de 1954 (artículo 1582) y la del proyecto de 1998 (artículo 1941).

2. La hipoteca sobre parte indivisa

El artículo 2678 dispone que cada uno de los condóminos puede constituir hipoteca sobre su parte indivisa en un inmueble común, pero el resultado de ella queda subordinado al resultado de la partición, y no tendrá efecto alguno en el caso en que el inmueble toque en lote a otro copropietario.

Por más que estemos de acuerdo plenamente con la doctrina que entiende que tiene definitivos efectos esta hipoteca si es ejecutada antes

²⁸ Artículo 2690.- Cuando entre los condómino hubiere alguno insolvente, su parte en la cosa debe repartirse entre los otros en proporción del interés que tengan en ella, y según el cual hubieren contribuido a satisfacer la parte del crédito que correspondía al insolvente.

²⁹ Vide el análisis de Jorge ALTERINI, en Jorge LLAMBÍAS y Jorge ALTERINI, *Código Civil anotado*, t. IV-B, p. 535.

de la partición³⁰, la norma desalienta la concesión del crédito a quien pretende garantizar el mismo con una parte indivisa³¹.

Debe pues postularse una solución que permita el acceso al crédito hipotecario por parte del condómino de parte indivisa otorgando seguridad al acreedor hipotecario. Así, por ejemplo, como lo hacen las normas del Proyecto de 1998 en su artículo 2105 que dispone lisa y llanamente que el condómino puede hipotecar su alícuota, la que será ejecutable por el acreedor sin esperar el resultado de la partición, que siempre le será inoponible.

3. *La partición nociva*

El artículo 2715 de nuestro Código Civil vigente enuncia, en su último párrafo, un supuesto muy especial de indivisión forzosa que se conoce en doctrina como “partición nociva”³².

Ante la regla general del artículo 2692, que permite al condómino pedir en cualquier momento la división de la cosa común, Vélez erigió como excepción la posibilidad de demorar la partición en caso de nocividad. Dicha norma podría haber constituido un instrumento importante para impedir particiones realizadas con ostensible perjuicio para el resto de los condóminos. Sin embargo su aplicación ha sido mezquina. Se desperdició una oportunidad para hacer una fructífera aplicación de la teoría del abuso de derecho. Luego de la reforma de 1968 cabe advertir, como expresa Kemelmajer de Carlucci “un renacimiento” o “despertar” del último párrafo del artículo 2715³³. Renacimiento, acotamos, muy tímido aún.

Siguiendo una concepción en pro de un derecho más justo y solidario propugnamos una norma al estilo de la acuñada por el proyecto

³⁰ Vide Jorge ALTERINI, en Jorge LLAMBÍAS y Jorge ALTERINI, *Código Civil anotado*, t. IV-B, p. 504.

³¹ Y ello sin entrar a dilucidar las difíciles cuestiones sobre que pasa si se hace la partición antes de la ejecución de la hipoteca, si debe dársele intervención al acreedor hipotecario en la partición, y otras que van tornando el derecho del acreedor hipotecario extremadamente débil.

³² Hemos analizado este tema extensamente en Nelson G.A. COSSARI, “Condominio y partición nociva”, en La Ley 2004 B, p. 1051.

³³ Kemelmajer de Carlucci, Aída, su voto como integrante de la Corte Suprema de Mendoza, en La Ley 1986-B, p. 170.

de 1998, que en su artículo 1944 regula la partición nociva despejando algunas de las cuestiones que habían conspirado para la aplicación de la disposición vigente.

Dice el citado precepto:

“Cuando la partición sea nociva para cualquiera de los condóminos, por circunstancias graves, el tribunal puede disponer su postergación.”

La disposición legal se asemeja bastante al artículo 1111 del Código Civil Italiano³⁴. Pero éste le fija al juez un plazo máximo, cinco años, por el cual puede dilatar la partición, criterio que también siguió el anteproyecto Llabrás en su artículo 158. Preferimos el criterio del proyecto de 1998 que deja en manos del juez mayores facultades en cuanto al tiempo.

La norma deja en claro que basta que la partición sea nociva para uno de los comuneros (“cualquiera de los condóminos” dice el proyecto de 1998) con lo que despeja del camino de su aplicación toda las opiniones que exigían que la nocividad se proyectara sobre todos los condóminos.

El artículo planeado, a diferencia de la legislación italiana, requiere “circunstancias graves”. Por las mismas debe entenderse toda causa seria de suficiente entidad, lo que descarta desde motivos baladíes hasta los perjuicios propios de toda división no querida por alguno de los comuneros. Pero no debe exigirse circunstancias excepcionales, inesperadas, atípicas, ni fuera de lo común para que la regla funcione.

Pensamos que es un acierto que el proyecto se aparte del “cualquier motivo” de la ley vigente, que pese a su amplitud, conspiró en la aplicación del instituto por un temor latente a que cualquier alegación pudiera enervar el derecho de solicitar la división. Quizás fuera preferible utilizar la locución “serios”.

También es correcto que la norma diga expresamente que es el Tribunal el que dispone la postergación de la división. Con ello se pone de manifiesto la fuente judicial de esta indivisión.

En cuanto a la expresión “puede”³⁵, la misma no debe hacer pensar de manera alguna que queda al arbitrio del juez demorar o no la partición.

³⁴ Artículo 1111 Código Civil Italiano: Ciascuno dei partecipanti può sempre domandare lo scioglimento della comunione; l'autorità giudiziaria può stabilire una congrua dilazione, in ogni caso non superiore a cinque anni, se l'immediato scioglimento può pregiudicare gli interessi degli altri.

³⁵ Tomada también del artículo 1111 del Código Civil Italiano.

Por el contrario, a pedido de parte el juez siempre la debe demorar si existen causas graves y la división resulta nociva para alguno de los condóminos. Tal vez habría sido mejor decir “debe”, en lugar de “puede”, a fin de evitar toda duda al respecto.

En suma, postulamos que una futura reforma del Código Civil exprese que “cuando la partición sea nociva para cualquiera de los condóminos, por circunstancias serias, el tribunal debe disponer su postergación.”

D. Propiedad Horizontal

La ley de propiedad ha cumplido más de sesenta años sin reformas de ningún tipo, pero si leemos la ley con ojos nuevos desprovistos de todo el bagaje con que la doctrina y la jurisprudencia la han perfeccionado veremos que la misma ostenta numerosos defectos, errores y carencias que han sido en su mayor parte subsanados acertadamente por las dos fuentes del derecho mencionadas.

Algunas cuestiones parecen resueltas definitivamente, otras siguen abiertas. Tampoco nos disgustaría ver el instituto de la propiedad horizontal dentro del articulado del código desgranándose en artículos incorporados a partir del artículo 2617, o mejor aun regulándola a continuación del condominio mediante el injerto de los artículos que sean necesarios.

La ley de propiedad horizontal requiere una reforma que manteniendo su estructura, a fin de que no se conviertan en inaplicables los más de sesenta años de doctrina y jurisprudencia escritos en torno a ella, consagre las soluciones correctas.

Sin pretender agotar la lista veremos algunos de esos problemas:

1. La personalidad del consorcio

El tema de la personalidad del consorcio es por cierto una cuestión previa e insoslayable que requiere examinarse adecuadamente para tomar posición en otros aspectos del derecho real de propiedad horizontal.

No pueden estudiarse, entre otros, los tópicos de la responsabilidad del consorcio, los alcances de la responsabilidad de los consorcistas, y la eventual legitimación activa o pasiva de aquél mientras no se despeje este primer interrogante.

a. Tesis negativa de la personalidad.

Molinario es uno de los autores que mejor expuso la teoría negativa de la personalidad fundándola en tres razones, que él estima primordiales:

1. Inexistencia de todo texto en la ley que ordene, o de pie, para que sea necesaria la creación de un ente dotado de personalidad jurídica.

2. Inexistencia de todo patrimonio común

3. La naturaleza jurídica de la propiedad horizontal y las relaciones de derecho personal que exige el funcionamiento de ese derecho real³⁶.

Por su parte Laquis y Siperman además de sostener que la ley no ha investido con personería jurídica al consorcio ni existen elementos que configuren la misma basan gran parte de su negativa a admitir la personalidad en la inexistencia de un sujeto de derecho en el condominio³⁷. Asimismo Laquis también fundamenta su postura en una razón que el estima de orden práctico: “carente el ‘consorcio de propietarios’ de patrimonio autónomo, si fuere condenado al pago de obligaciones contractuales o extracontractuales, el acreedor obtendría una condena que no se podría hacer efectiva, en la medida que se considere que el obligado es el ‘consorcio de propietarios’ como persona jurídica distinta de sus integrantes” concluyendo que por tanto las insuficiencias de la ley sólo es posible superarlas estableciendo normativamente la personalidad jurídica del consorcio de propietarios³⁸.

b. Tesis que admite la personalidad del consorcio.

La inmensa mayoría de la doctrina nacional en cambio sostiene que el consorcio es una persona jurídica.

³⁶ Alberto MOLINARIO, “Inexistencia de la personalidad del consorcio creado por la ley nacional 13.512”, en *El Derecho*, t. 120, p. 413.

³⁷ Manuel LAQUIS y Arnaldo SIPERMAN, *La propiedad horizontal en el derecho argentino*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, p. 91.

³⁸ Manuel LAQUIS, “Sobre una sentencia renovadora de los fundamentos negativos de la personalidad jurídica del consorcio de propietarios”, *La Ley* t. 1985-A, p. 534. Explica esta preocupación de los autores citados en desmontar tal argumento -la del embrión de sujeto de derecho en el condominio- que no tiene ninguna recepción en nuestra doctrina, la circunstancia que Racciatti la invoca como uno de los elementos para aceptar la personalidad, pero pese a la extensión que le da este jurista a dicha construcción, la

Highton advierte que esta teoría tiene matices dado que, mientras algunos le asignan al consorcio personalidad restringida, para otros tiene plena personalidad³⁹. Así Cuneo le atribuye personalidad restringida, la que afirma es la postura del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires⁴⁰. Para Gurfinkel de Wendy el consorcio es una persona ideal, distinta de los titulares del derecho real de propiedad horizontal que la integran, que tiene como objeto el mantenimiento, conservación y reparación de las cosas comunes⁴¹.

Por su parte Alterini -con cita de LLambías- aclara acertadamente que se es o no persona sin graduaciones. Lo que se puede tener es más o menos capacidad y que como toda persona jurídica las restricciones impuestas a su capacidad surge de lo establecido por el principio de especialidad del artículo 35 del CC.⁴²

Dentro de las teorías afirmativas Racciatti la deduce de los intereses comunes y de la forma en que se halla organizada la gestión de los mismos⁴³.

Jorge Alterini por su parte dio una vigorosa fundamentación a la aceptación de la personalidad. Determinar la existencia o no de la personalidad equivale a constatar si concurren los atributos de la personalidad: nombre, domicilio, y patrimonio, capacidad, atributos que encuentra en el consorcio⁴⁴.

misma no es el argumento central de su tesis (vide Hernán RACCIATTI, *Propiedad por pisos o por departamentos*, Buenos Aires, Depalma, 1975, p. 171).

³⁹ Elena I. HIGHTON, *Propiedad horizontal y prehorizontalidad*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000, p. 527.

⁴⁰ María Martha CÚNEO, "La personalidad del consorcio en el registro de la propiedad de la provincia de Buenos Aires" su ponencia en el XIII Congreso Nacional de Derecho Registral, Mendoza 2004, Libro de Ponencias, p. 47.

⁴¹ Lilian GURFINKEL DE WENDY, "¿La mora en el pago de las expensas comunes impide accionar contra el consorcio de propietarios?" en J.A. 2005-III-726, *Lexis* N° 0003/011652

⁴² Jorge ALTERINI, "Responsabilidad de los Consorcionistas por las deudas del Consorcio", *El Derecho* t. 56, op. cit., p. 736.

⁴³ RACCIATTI, Hernán, "La naturaleza jurídica del consorcio de propietarios en la ley argentina de propiedad por pisos o departamentos", *La Ley*, t. 71, p. 902; "Naturaleza Jurídica y constitución de la propiedad por pisos o por departamentos en nuestro derecho", en *La Ley*, t. 83:124, *Propiedad...*, op. cit., p. 170.

⁴⁴ ALTERINI, "Responsabilidad...", op. cit., p. 736 y ss..

c. La renovación de las teorías negativas

La situación se mantuvo invariable hasta el conocido fallo “Consortio de Propietarios Marcelo T. de Alvear 1275/77 c. Arminfé, S. A.”⁴⁵.

Del meduloso fallo de Zannoni en la causa citada, que adelantamos no compartimos, merece destacarse la referencia a la comunidad o comunión de derechos. Dice dicho civilista:

“Si, con la doctrina más moderna, captamos la riqueza que encierra la noción jurídica de comunidad de derechos -género del que participan como especies el condominio, la comunidad hereditaria, la sociedad conyugal entendida como régimen de comunidad entre cónyuges sobre los gananciales, etc.- pronto se nos hará evidente que la tesis de la personalidad de esas comunidades atribuyen una subjetividad para resolver técnicamente la unidad del derecho reconocido a pluralidad de titulares frente a terceros. Este es el meollo. Ocurre que a medida que la doctrina ha privilegiado la tesis sobre la personalidad ha debilitado correlativamente el significado que la comunidad de derechos encierra, y es así que en lugar de caracterizar la relación jurídica que permite investir la cotitularidad del derecho sobre un objeto único frente a terceros, ha optado por reputar que ese objeto forma el ‘patrimonio’ de un ‘sujeto’ que es titular de ese derecho”.

Posteriormente la tesis negativa resurgió en el fallo *Consortio de Edificios Vicente López c. Aslan y Ezcurra, S.A.* fallado por la Sala B de la Cámara Nacional Civil⁴⁶.

Esta vacilación jurisprudencial, que se mantuvo durante algún tiempo, llevo a Borda a corregir la enfática aseveración de que la doctrina de la personalidad era derecho recibido⁴⁷ y en la versión de 1992 de su

⁴⁵ Cámara Nacional en lo Civil, Sala A, “Consortio de Propietarios Marcelo T. de Alvear 1275/77 c. Arminfé S. A.”, *La Ley*, 1985-A, 541. Tal tesis fue luego reiterada por el Tribunal en autos “Consortio de Propietarios Edificio Fracción “F”, Manzana 119, Barrio III, Catalina Sud c. Vega, Carlos O. s/acción declarativa y Vega Carlos O. c. Consortio de Propietarios Edificio Fracción “F”, Manzana 119, Barrio III, Catalina Sud, s/daños y perjuicios.”, *La Ley* 1987-A, p. 464.

⁴⁶ Cámara Nacional Civil, Sala B, 18/9/1990, “Consortio de Edificios Vicente López c/ Aslan y Ezcurra, S.A.” en L.L. 1990-E, p. 429. Tal aseveración como ya hemos visto es inexacta.

⁴⁷ Guillermo A. BORDA, *Tratado de derecho civil, Derechos reales*, Buenos Aires, Perrot, 2ª ed. actualizada y ampliada, 1978, t. I, p. 634.

Tratado afirmó que la personalidad ha sido admitida por “la jurisprudencia largamente predominante”⁴⁸.

d. Réplica a la renovación de las teorías negativas

Respetuosamente, el argumento del Dr. Zannoni no nos convence. La comunidad de bienes, figura que fuera del caso del derecho real de condominio, no ha convocado mayormente la atención de la doctrina nacional es en rigor “una manifestación del fenómeno jurídico que posibilita la pertenencia de un bien a varias personas, y que es organizado de diferentes formas, atendido al grado de cohesión entre tales personas, que le atribuye a la hora de ostentar tal titularidad y, consecuentemente, a la de ejercer sus contenidos: cohesión que va desde el grado menor, que es la unión necesaria, pero ocasional, de los titulares para tomar decisiones que afectan el bien compartido, como en el caso de la comunidad por cuotas, hasta el mayor (fuera ya del ámbito de la comunidad), representado por la conjunción de los sujetos hasta el extremo de, a estos fines, desaparecer como tales, convirtiéndose en uno distinto como es el caso de la persona jurídica”⁴⁹.

El párrafo transcrito plantea en forma adecuada la cuestión. Si la abordamos desde el ángulo de la técnica jurídica el jurista debe preguntarse cuál es el ropaje que mejor responde a la realidad subyacente de naturaleza social que importa el consorcio. ¿Debe detenerse en los estadios de la comunidad o se debe permitir avanzar al pleno reconocimiento del mismo como persona jurídica? Para nosotros no existen dudas que debe avanzarse de la técnica de la comunión de derechos, a la de la personalidad. En nuestra opinión en el derecho argentino la cuestión queda oscurecida por cierta perplejidad que causa la singularidad de aunar al dominio exclusivo sobre las unidades funcionales, con el condominio de indivisión forzosa sobre todas las cosas de uso común o indispensables para la seguridad del edificio, así como el terreno, y todo ello con carácter de inseparabilidad, previsto por el artículo 3 última parte ley 13.512.

⁴⁸ Guillermo A. BORDA, *Tratado de derecho civil. Derechos reales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, en Lexis N° 1111/783.

⁴⁹ Bernardo MORENO QUESADA, *Curso de derecho civil, III, Derechos reales y registral inmobiliario*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999, ps. 233 y 234.

Pero los argumentos en pro de la personalidad resultan incontrovertibles, y no se olvide además que el derecho de propiedad horizontal no es una simple yuxtaposición de dominio y condominio sino un derecho real autónomo.

En contraste con el condominio cuyo régimen tiene tendencia a ser esencialmente transitorio, o bien aprehende realidades extremadamente simples, la organización de los copropietarios en el consorcio tiene una estabilidad y complejidad tal que importa que el derecho no pueda dejar de reconocerle personalidad.

Como expresa con claridad Llambías “el consorcio de propiedad horizontal es un resorte indispensable de ese régimen y está llamado a perdurar en tanto subsista la misma propiedad horizontal, lo que justifica su reconocimiento como entidad jurídica”⁵⁰.

Estamos entonces ante un caso en que el derecho está constreñido en justicia a reconocer la personalidad⁵¹. Y si bien los fallos posteriores a los citados no siguieron la teoría negativa debe terminarse con cualquier duda - que genera inseguridad jurídica a los justiciables- mediante la consagración expresa en la ley de la personalidad del consorcio. Nuestros últimos proyectos de reforma integral de la legislación civil (1993: artículo 3115; 1998: artículo 1979 e incluso, aunque más tímidamente, el de 1987: artículo 2617) confirman una dirección que entendemos irreversible. En igual sentido las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil aconsejaron de lege ferenda -sin que ello implicara desconocer la personalidad del consorcio a luz del derecho vigente- que se consagrara legislativamente su personalidad del consorcio en los términos del artículo 33 C. C.; y en las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Registral celebradas en Mendoza en el año 2004 se concluyó de lege data por casi unanimidad⁵² que el consorcio de propietarios de la ley N°

⁵⁰ Jorge LLAMBIAS, *Tratado de derecho civil, Parte general*, 6ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975, t. II, p. 52.

⁵¹ Puede verse, a manera de cierre del debate, el excelente artículo de Jorge Alterini y Gabriela Vázquez, sobre este tema en ALTERINI, Jorge Horacio y VÁZQUEZ, Gabriela A. “Reafirmación de la personalidad del consorcio y su capacidad para adquirir bienes” en L.L. 2007-C, p. 1076

⁵² La única disidencia fue de la Dra. Vinassa en representación de la Dirección del Registro Público de la Provincia de Mendoza la que en solitario sostuvo que el

13.512 de Propiedad Horizontal es persona jurídica privada, con ajuste a lo preceptuado por el artículo 33, segundo párrafo, apartado 2) del Código Civil. Como persona, el consorcio presenta los atributos inherentes a todas ellas: capacidad de derecho, nombre, domicilio y patrimonio.

2. Responsabilidad de los consorcistas por las deudas del consorcio.

No existen dudas en doctrina que los consorcistas responden por las deudas del consorcio respecto a terceros. Si difieren los autores sobre el carácter de dicha responsabilidad -si directa o subsidiaria- y en la proporción de la misma frente a terceros. Es inaudito que pese a lo irresuelto, y trascendente, de la cuestión el legislador nacional no halla aún solucionado legislativamente la cuestión.

Existen dos posiciones de *lege data* y una tercera de *lege ferenda*:

a. Los consorcistas responden en forma subsidiaria por las deudas del consorcio y en partes iguales.

Alterini ha propugnado convincentemente esta teoría. Alega que por la analogía permitida por el artículo 16, del que el propio Código Civil hace gala en el caso de las simples asociaciones en el artículo 46, puede acudir al artículo 1713 relativo a sociedades civiles y por tanto dado que conforme dicha norma “Los acreedores de la sociedad son acreedores, al mismo tiempo, de los socios” los comuneros responden por la deuda de los consorcistas tanto las contractuales como las extracontractuales.

Sigue razonando el autor citado que tal responsabilidad es subsidiaria a la manera de fiadores, no obstante la expresión “al mismo tiempo” del artículo 1713, y que esa interpretación encuentra respaldo en el viejo artículo 443 del Código de Comercio y hoy en el artículo 56⁵³ de la ley de

Consortio no es persona jurídica. y de *lege ferenda* propuso que se admita la personalidad el consorcio y que el patrimonio se encuentre integrado por las unidades que se le asignan al inmueble.

⁵³ Artículo 56 ley 19.550: La sentencia que se pronuncie contra la sociedad tiene fuerza de cosa juzgada contra los socios en relación a su responsabilidad social y puede ser ejecutada contra ellos, previa excusión de los bienes sociales, según corresponda de acuerdo con el tipo de sociedad de que se trate.

sociedades 19.550, la que requiere para ejecutar la deuda contra los socios la previa excusión de los bienes sociales.

En cuanto a la extensión de la responsabilidad por aplicación del artículo 1750⁵⁴ y 1747⁵⁵, los consorcistas responden en forma simplemente mancomunada por partes iguales, sin perjuicio luego de las acciones entre ellos para que cada uno termine contribuyendo con lo que le correspondía en proporción a su parte (artículo 1752)⁵⁶. En definitiva, la responsabilidad de los consorcistas es subsidiaria, simplemente mancomunada entre ellos, por partes iguales, y con derecho a repetir del resto de los comuneros lo que hubieren pactado en exceso.⁵⁷ Es también la posición de Highton⁵⁸ y Racciatti⁵⁹. La deuda luego se reparte entre los consortes en función de la proporción en la que deban contribuir al mantenimiento de las partes comunes⁶⁰. Debe agregarse que el consorcista en la medida de su responsabilidad responde con todos sus bienes.

b. Los comuneros responden en forma directa y en proporción a la porción de la deuda que le corresponde conforme el artículo 8° de la ley 13.512

⁵⁴ Artículo 1750 Código Civil: Cuando las deudas pasivas de la sociedad fuesen cobradas de los bienes particulares de los socios, el pago se dividirá entre ellos por partes iguales, sin que los acreedores tengan derecho a que se les pague de otro modo, ni obligación de recibir el pago de otro modo.

⁵⁵ Artículo 1747 Código Civil: Los socios no están obligados solidariamente por las deudas sociales, si expresamente no lo estipularon así. Las obligaciones contratadas por todos los socios juntos, o por uno de ellos, en virtud de un poder suficiente, hacen a cada uno de los socios responsables por una porción viril, y sólo en esta proporción, aunque sus partes en la sociedad sean desiguales, y aunque en el contrato de sociedad se haya estipulado el pago por cuotas desiguales, y aunque se pruebe que el acreedor conocía tal estipulación.

⁵⁶ Artículo 1752 Código Civil: Si los socios hubiesen pagado las deudas de la sociedad por entero, o por cuotas iguales o desiguales, la división entre ellos se hará en proporción a la parte en la sociedad, o a la parte en que participasen de las ganancias y pérdidas. Lo que alguno hubiese pagado de más será indemnizado por los otros.

⁵⁷ ALTERINI, "Responsabilidad..." p. 742 y ss..

⁵⁸ HIGHTON, *Propiedad...* op. cit., p. 246.

⁵⁹ Hernán RACCIATTI, *Manual de la propiedad horizontal*, Buenos Aires, Depalma, 1998, p. 91.

⁶⁰ Hernán RACCIATTI, *Manual*, op. cit., p. 91.

Marina Mariani de Vidal ha propugnado que la responsabilidad de los consorcistas por las deudas del consorcio es directa. El acreedor puede demandar al consorcio y a los comuneros, o a uno u otro, pero los consorcistas solo responden en la proporción que le corresponde soportar en las deudas comunes de conformidad a lo dispuesto en el artículo 8 de la ley de propiedad horizontal⁶¹, deduciendo tal responsabilidad de lo dispuesto en el artículo citado. Cabe consignarse que en la proporción establecida tampoco hay duda que aquí estamos ante una responsabilidad ilimitada del consorte en el sentido que responde con todos sus bienes por la deuda.

c. La responsabilidad de los consorcistas en los eventos científicos y los proyectos de reforma.

En cuanto a los proyectos de reforma, la Comisión especial designada por la Federación Argentina de Colegios de Abogados para expedirse sobre un anteproyecto de propiedad horizontal sobre el que consultara la Secretaría de Justicia de la Nación, recomendó que se agregara al mismo que la responsabilidad del consorcio y la subsidiaria de sus miembros se rige por el art 1713⁶².

Las XIV Jornadas nacionales de Derecho Civil recomendaron de lege ferenda en cuanto a la responsabilidad “establecer la subsidiariedad de los consorcistas en la extensión de sus respectivas proporciones y hasta el valor de su unidad”.

El proyecto de 1987 dispuso que los propietarios responden subsidiariamente por las deudas del consorcio en la extensión de sus porcentuales (artículo 2617 último párrafo).

El proyecto de 1993 consagra una solución similar: “Los propietarios responden subsidiariamente por las deudas del consorcio en la extensión de sus proporciones” (artículo 3126), pero le agrega en el mismo artículo una significativa limitación “en ningún caso la responsabilidad excederá el valor de su unidad funcional” (artículo 3126 último párrafo), con lo que la

⁶¹ Marina MARIANI DE VIDAL, “Las deudas del Consorcio de Copropietario ¿Sobre qué bienes pueden hacerse efectivas?”, *El Derecho*, t. 45, p. 867.

⁶² La Comisión la integraron los Dres. Jorge Alterini, Dalmiro Alsina Atienza y Guillermo Allende (vide ALTERINI, “Responsabilidad...” op. cit., p. 743).

responsabilidad de los comuneros no es ilimitada sino restringida al valor de su piso o departamento.

Por último, el proyecto de 1998 dispone que los propietarios responden subsidiariamente por las deudas del consorcio en proporción a sus alícuotas (artículo 1989).

Creemos que no hay dudas que la doctrina prefiere de *lege ferenda* el establecer una responsabilidad subsidiaria de los consorcistas y en proporción de sus partes alícuotas respecto al todo. Debe ser materia de un análisis detenido si la misma debe tener un tope dado por el valor de la unidad -al estilo de lo propugnado por las XIV Jornadas Nacionales y el proyecto de 1993- o si debe ser ilimitada.

3. Los órganos de gobierno

Respecto a los órganos del consorcio entendemos que debe regularse más minuciosamente el funcionamiento de la asamblea previendo incluso normas legales que alienten la participación de los consorcistas.

Respecto al administrador, no somos partidarios de que la profesionalización de los mismos llegue a que se excluya la posibilidad de que la misma recaiga sobre un consorcista, cualquiera sea el número de unidades, esta prohibición entendemos que contribuiría negativamente provocando una mayor alienación de los consorcistas en el manejo de los intereses de la comunidad.

Dentro de lo que consideramos necesario proveer a clarificar es el tema acerca de si el administrador tiene facultades para representar en juicio al consorcio. La doctrina no duda que las ostenta en los casos previstos por la ley. Así demandar el cese de las violaciones al artículo 6, a lo que lo autoriza expresamente el artículo 15⁶³. También pareciera que si puede despedir al personal puede estar por el consorcio en los juicios laborales⁶⁴. Y si está facultado para recaudar las expensas iniciar acción

⁶³ BORDA, *Derechos reales*, op. cit., N° 792, Lexis N° 1111/004011, HIGHTON, *Propiedad...*, op. cit., p. 622.

⁶⁴ Marina MARIANI DE VIDAL, *Curso de derechos reales*, 7ª ed., Buenos Aires, Zavallá, 2004, p. 299; HIGHTON, *Propiedad...*, op. cit., p. 622.

judicial por el cobro de las mismas lo contrario dice Highton sería una invitación a no pagar, agregando -esta autora- que debe asimismo reconocérsele facultades judiciales en todo lo referente al patrimonio del consorcio⁶⁵. Sin dudas tiene asimismo las facultades judiciales que le acuerde el reglamento de copropiedad y administración.

En cuanto al resto existe una posición negativa basada en el argumento que la ley (en el artículo 11) sólo lo nombra mandatario ante autoridades administrativas y no judiciales, lo que se vincula asimismo con las vicisitudes de sanción de la ley donde el Poder Ejecutivo consideró que no debía otorgarse facultades judiciales al administrador “por considerarse excesivo conferir poderes a los representantes de los propietarios en materia de litigios judiciales en los que se requieren idoneidad y títulos de los que se puede carecer”.

Borda replica estos fundamentos. Recuerda que el argumento a contrario está desprestigiado, como también el que se basa en los antecedentes parlamentarios. No puede entenderse -afirma- que “una persona jurídica carezca del órgano que la represente en juicio...El problema es especialmente grave en los casos en que el consorcio es demandado, porque en el breve plazo fijado por la ley ritual para la contestación de la demanda, debe reunirse el consorcio, ponerse de acuerdo sobre quién haya de representarlo, y otorgar el poder...Lo normal y lógico es que el administrador del consorcio sea un representante para todo tipo de actuación, sea judicial o extrajudicial, con las limitaciones que el propio consorcio fije”⁶⁶. Por supuesto con el debido patrocinio letrado por lo que aquel argumento de falta de idoneidad no tiene peso alguno.

En igual sentido, Racciatti agrega que la representación del administrador debe considerarse extendida a las autoridades judiciales en lo relacionado con los bienes comunes, dado que tiene a su cargo su cuidado, conservación y administración por disposición legal⁶⁷.

Highton destaca que a falta de previsiones expresas en el reglamento para mayor tranquilidad del administrador y los consorcistas es conve-

⁶⁵ HIGHTON, *Propiedad...* op. cit., p. 623.

⁶⁶ BORDA, *Derechos Reales* op. cit., N° 792, Lexis N° 1111/004011, En igual sentido MARIANI de VIDAL, *Curso (2004)* op. cit., ps. 301/302

⁶⁷ RACCIATTI, *Propiedad...* op. cit., p. 196.

niente que se resuelva en asamblea la presentación en juicio del consorcio y que se faculte al administrador para ello. Asimismo -afirma- en los casos que el consorcio actúe como actor sería necesario asamblea previa que por mayoría absoluta lo faculte, salvo que se afecten los derechos individuales de los consorcistas en cuyo caso estos actúan en forma personal y por unanimidad dan poder al administrador. Entiende que existe tiempo para convocar a una asamblea salvo que deba interrumpirse una prescripción inminente. En cambio, si se actúa como demandado por actos referidos a la administración el representante -con el debido patrocinio letrado- tiene facultades suficientes para comparecer y contestar demanda, dado que no existe tiempo de convocar a asamblea, y si es válido notificar al administrador éste entonces también puede actuar en juicio. Apunta además que si se afectan derechos individuales de los copropietarios debe solicitar integrar con todos ellos el litigio⁶⁸.

Costantino, por su parte, crítica esta última posición doctrinal entendiéndolo que no existe diferencia ontológica entre cuando el consorcio actúa como actor y como demandado, cuando obra el administrador es la misma persona jurídica la que opera y aquel no necesita acreditar instrucciones⁶⁹.

Como se ve, se trata de una cuestión irresuelta. Por tanto corresponde sobremedida a los operadores jurídicos que intervienen en la redacción del reglamento prever las facultades judiciales del administrador del consorcio a fin de evitar el semillero de litigios que se pueden gestar a partir de una cuestión legal y doctrinariamente dudosa.

La ley de propiedad horizontal debe aquí reformarse y aclarar estas cuestiones estableciendo, además, los mecanismos mínimos para que no se comprometa la responsabilidad de los consorcistas innecesariamente.

4. Necesidad de adaptar la propiedad horizontal en los extremos de la dimensión inmobiliaria

Parece que debiera convocar prioritariamente al legislador ocuparse más detalladamente de las situaciones que se encuentran en los dos ex-

⁶⁸ HIGHTON, *Propiedad...* op. cit., ps. 624/625.

⁶⁹ COSTANTINO, Juan Antonio, *Propiedad horizontal*, Juris, Rosario, 2002, ps. 80/81.

tremos de la dimensión inmobiliaria, por un lado los conjuntos habitacionales reducidos, es decir, las pequeñas propiedades horizontales; y por el otro lado las propiedades horizontales complejas, donde las soluciones legales suelen ser inadecuadas por exceso o por defecto.

a. Conjuntos habitacionales reducidos

Dentro de los conjuntos habitacionales reducidos nos encontramos por un lado con aquellos departamentos que la ley 13.512 alude en su artículo 1 “departamentos de un edificio de una sola planta”.

Ello responde a situaciones históricas dado que, como recuerda Molinario, desde la década de 1920 se venían construyendo en Buenos Aires casas de renta, que por lo general era una casa al frente y departamentos al fondo⁷⁰, a las que después se deseó vender por separado afectándolas a la ley de propiedad horizontal. También obedece a las fuentes de derecho comparado en que abrevó la ley 13.512, especialmente la ley uruguaya, por lo que tal como lo afirman Garrido y Andorno, nuestra ley de propiedad horizontal no recoge la limitación de otras legislaciones referidas a edificios de varios pisos, posibilitando de tal manera su aplicación a todo tipo de edificio, incluso los de una planta⁷¹.

Ya en otro trabajo⁷² nos hemos referido a las distintas configuraciones que pueden admitir estos departamentos y como, fundamentalmente por normas de tipo urbanístico, es usual en nuestras ciudades que los distintos departamentos de un edificio de una sola planta, incluso la unidad situada al frente, que cuenta también con acceso directo a la vía pública -las del fondo lo tendrán por un pasaje común- se encuentren sometidas a propiedad horizontal. El fundamento de la adopción de la propiedad horizontal se encuentra mucho más en las disposiciones urbanísticas que en un razonamiento desde el punto de vista de los derechos reales que permitiría elegir la formas jurídicas más adecuadas. Las ordenanzas municipi-

⁷⁰ MOLINARIO, Alberto “Inexistencia de la personalidad del consorcio creado por la ley nacional 13.512”, en *El Derecho*, t. 120 p. 405.

⁷¹ GARRIDO, Roque y ANDORNO, Luis O., *Código Civil Anotado*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía Editor, Libro III, t. II, 1974, p. 671.

⁷² Vide Nelson G.A. COSSARI, “La propiedad horizontal en los dos extremos de la dimensión inmobiliaria” en J.A. 2008-IV-1033.

pales exigen determinadas medidas mínimas y condiciones que estos departamentos no reúnen para poder ser divididos en dominio común. No puede fraccionarse el predio en lotes diversos y jurídicamente independientes. Pero en cambio las mismas unidades tienen los requisitos necesarios para ser divididos en propiedad horizontal de una sola planta, donde el terreno permanecerá sin dividir en condominio de todos los consorcistas, (artículo 2 ley 13.512) y por ello se recurre a la ley de propiedad horizontal.

Aquí el traje le queda manifiestamente grande a la realidad que pretende vestir. En efecto siendo la única parte efectivamente de uso común el pasillo de salida a la vía pública y las paredes divisorias, qué sentido tiene el complicado sistema de asambleas, la necesidad de una administración permanente, y un sistema de liquidación de expensas comunes pensado para otro tipo de edificaciones. Además, generalmente el adquirente originario o el posterior de una de estas unidades se encuentra sorprendido con las severas limitaciones edilicias de la propiedad horizontal en cuanto a elevar nuevos pisos, mudar la forma del frente o los colores de la fachada, cerrar patios, cambiar el destino de las unidades, etc.⁷³; y es que en rigor no contaba con que la unidad que adquiriría se encuentra sometida a ese sistema⁷⁴. Y qué decir además de la responsabilidad de todos los consorcistas por los daños originados por las cosas comunes en su carácter de propietarios de las mismas.

⁷³ Highton se cuestiona si puede aplicarse la propiedad horizontal a los casos de pequeñas casas que ni siquiera tienen contacto entre sí por estar separadas por jardines, y espacios verdes y que dan a un pasaje común y contesta positivamente de que serían susceptibles de ser divididas en propiedad horizontal siempre que el terreno sea común pues la ley no exige un mínimo de bienes comunes HIGHTON, op. cit., p. 82. La mencionada autora opina asimismo que aunque sea controvertido también son comunes “los muros maestros, techos y demás obras resistentes, aunque no se usen y gocen en común, pues son indispensables para la existencia y seguridad de la edificación”.

⁷⁴ Advierte Tranchini sobre “el caso de la ‘pequeña propiedad horizontal’ con una unidad adelante y otra atrás, ambos con salida directa a la vía pública, separadas por superficies descubiertas (que forman parte de casa unidad) y a los que los propietarios denominan ‘casa’ y no departamento, porque no se sienten inmersos en un régimen de propiedad horizontal; no hay reuniones de asamblea, no hay administrados, no se cobran expensas comunes, aunque todo ello, como debe ser, esté previsto en el respectivo reglamento” (Marcela, TRANCHINI, “El objeto de la propiedad horizontal”, en *Estudios de derecho notarial y registral*, La Plata, FEN Editora Notarial, 2005, p. 162, nota 8).

Entonces aquí las normas urbanísticas, pese a la advertencia de Highton sobre que la división horizontal no debe ser una forma para violar las medidas del lote mínimo⁷⁵, no cumplen el fin propuesto. No admiten la división en dominio común, pero a la vez permiten acudir a la forma de la propiedad horizontal en una aplicación práctica del dicho popular de “hecha la ley hecha la trampa” forzando a utilizar una estructura inadecuada. Pareciere que sería más correcto de lege ferenda que en tales casos las disposiciones urbanísticas permitan recurrir a la figura del dominio ordinario quedando solamente el pasillo en condominio de indivisión forzosa. Claro está qué puede haber interés entre los propietarios que entre los lotes se mantengan algunas de las restricciones que conlleva la ley de propiedad horizontal (como que su vecino no levante nuevas construcciones que le priven del sol), y en tal caso el establecimiento de servidumbres puede resultar suficiente para cumplir dicho objetivo edilicio. De más está decir que si así lo acuerdan, por serle conveniente, no debería ponerse obstáculo a que adopten la forma de la propiedad horizontal.

Ante la realidad actual no teniendo más remedio que acudir a la forma de la propiedad horizontal, el inadecuado ropaje puede ser de alguna manera amoldado adoptando ab initio un reglamento de copropiedad y administración que autorice a los distintos propietarios de las unidades a realizar actos materiales que por defecto no podrían realizar en la propiedad horizontal como realizar sobreelevaciones, cerrar patios o terrazas, cambiar la forma externa del frente o incluso reconstruir *ad novo* su unidad. Además, se deberá flexibilizar dentro de los límites legales al máximo el funcionamiento de los órganos del consorcio. Como bien ha dicho nuestro homenajeado Luis Moisset de Espanés, las facultades incluidas en el reglamento atribuidas a los titulares de las unidades funcionales “integrarían su derecho real de ‘propiedad horizontal’, cuyo contenido queda fijado en el reglamento, dentro de los márgenes que la ley admite para este tipo de derecho”⁷⁶.

⁷⁵ HIGHTON, op. cit., p. 82, nota. 6.

⁷⁶ LUIS MOISSET DE ESPANÉS, “El derecho de usar paredes y azoteas de un edificio para publicidad” (Formas que puede adoptar: ¿derechos reales o personales?)” en www.acaderc.org.ar

Pero si estos “departamentos de pasillo” pueden en potencia someterse a otro tipo de régimen jurídico, no ocurre lo mismo con aquellas casas de altos y bajos en que con salidas independientes o por un pasaje común (aunque comúnmente se trata del primer supuesto), existe una unidad privativa en planta baja y otra en planta alta. Aquí no se adapta otra forma adecuada que la de la propiedad horizontal. Para alivianar el régimen nuevamente debe recurrirse del reglamento de copropiedad y administración donde, al momento de su confección, podrá relajarse alguna limitación edilicia con los debidos cuidados, pero sobre todo flexibilizar al máximo el funcionamiento de la asamblea y de la administración, siempre dentro de los límites legales.

Por lo dicho es necesaria una reforma de la ley 13.512 que abrigue a estas pequeñas propiedades. Las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (1993) recomendaron de lege ferenda que “Se debe legislar acerca de un régimen especial para los consorcios de no más de seis unidades funcionales.”

En este sentido debe recordarse que el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de 1993, preveía en el libro tercero, título 14, el capítulo 11 dedicado a los llamados “conjuntos habitacionales reducidos”. Allí el artículo 3150 disponía que: “A los conjuntos habitacionales de menos de seis unidades que se desarrollen en no más de dos plantas, no le son aplicables obligatoriamente en lo pertinente, las disposiciones de los arts. 3115⁷⁷ y 3136 a 3149⁷⁸. En tal caso, la afectación del edificio al régimen de esta ley se establece mediante escritura pública inscrita en el registro inmobiliario, en la cual el titular o titulares del inmueble expresan su voluntad de someterlo al mismo y que debe contener las especificaciones previstas para el reglamento de propiedad y administración los incisos 1 al 10 del artículo 3136⁷⁹. A dichos conjuntos habitacionales le son aplicables supletoriamente las normas del condominio del Título 7 del Libro Tercero compatibles con este régimen”.

⁷⁷ Referente al consorcio.

⁷⁸ Que se refieren al reglamento de propiedad y administración -artículo 3136- asambleas -artículo 3137 a 3142- consejo de propietarios -artículo 3143- administrador -arts. 3144 a 3148- y sub-consorcios -artículo 3149-.

⁷⁹ Se prescinde de aquellos requisitos del reglamento que hacen a la expensas comunes, a las asambleas, al consejo de propietarios y al administrador.

b. Las propiedades horizontales complejas

En el otro extremo del arco inmobiliario contemporáneo tenemos a las propiedades horizontales complejas.

Se ha destacado acertadamente que han aparecido “nuevas realidades inmobiliarias que desbordan los principios de verticalidad y de unidad de edificio... el desarrollo urbanístico de nuestras ciudades ... sobre diseños cada vez más alejados del edificio convencional, incorporando progresivamente nuevos servicios (recreativos, deportivos, culturales, comerciales, etc.) cuya construcción, financiación, y conservación exige estructuras cada vez complejas, a las cuales también ha de dar adecuada respuesta nuestro ordenamiento en su dimensión jurídico privado”⁸⁰.

En una etapa de progresiva complejidad podemos encontrar:

c. Edificios con sectores funcionalmente independientes.

Son aquellos edificios donde pueden distinguirse distintos sectores con características que hacen necesario un tratamiento diferenciado. Costantino los ha caracterizado como “la conjunción en una misma edificación de unidades destinadas a vivienda, cocheras, galerías comerciales, y oficinas todos en sectores operativos independientes”⁸¹.

En este caso no se ha roto la unidad de la edificación, ni su verticalidad, pero la creciente complejidad dentro del mismo reclama que ciertos sectores tengan un tratamiento distinto y cierta autogestión propia

d. Los superconsorcios

Los italianos se han referido al súper condominio es decir traduciendo a nuestra terminología jurídica una superpropiedad horizontal⁸². La

⁸⁰ Alberto DORREGO DE CARLOS, “Los Complejos inmobiliarios en la reforma de la ley de Propiedad Horizontal de 1999”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 655, p. 2304.

⁸¹ Juan Antonio COSTANTINO, *Propiedad horizontal*, Rosario, Juris, 2002, p. 5.

⁸² Corrientemente la propiedad horizontal es llamada en Italia “condominio”. Afirma Bianca que si bien el código habla de condominio “*negli edifici*” en el lenguaje corriente en Italia se designa a la propiedad horizontal sólo como condominio (BIANCA, op. cit., p. 501). Téngase presente que nuestro condominio es denominado en Italia como comunión “*comunione*”.

han definido como un complejo de más de una propiedad horizontal que tienen en común las partes destinadas a su servicio⁸³.

Según la tesis que sería la dominante en la jurisprudencia italiana se constituye sobre estas cosas en común -específicamente cuando estas estuvieran estructural o funcionalmente conexas con los distintos edificios- una nueva propiedad horizontal que se superpone a la anterior.

Costantino por su parte utiliza la locución mega consorcios caracterizándolos como “Las construcciones mediante las cuales se edifican en un mismo suelo torres, material y funcionalmente independientes unas de otras”; destaca que el suelo será el elemento necesaria y esencialmente común. Dice además que las edificaciones separadas sobre un suelo común, funcionan y operan independientemente como consorcios separados, pero que sin una regulación asamblearia o estatutarias alguna, tratándose de una situación de hecho. También afirma que puede resultar que el reglamento de copropiedad admita y prevea cierta autonomía para cada bloque de edificación, disponiéndose la existencia y funcionamiento de administradores, asambleas y consejos de administración para cada torre. Aun así concluye que sin dudas cada uno de ellos actuará sujeto a un órgano de administración y gobierno que representará a la comunidad en forma única e indivisible frente a terceros; o sea responderá a un administrador general y se someterá -en definitiva- a una asamblea general⁸⁴.

Para Elena Highton es posible prever asamblea por sectores y generales. Pero no ocurre lo mismo con la administración del consorcio que ya sea única o colegiada no puede reemplazarse con administraciones independientes si el inmueble es único aunque las torres estén separadas, dado que todas ellas integran un mismo edificio al erigirse sobre un único terreno y “el tratamiento de un solo inmueble... como consorcios de copropietarios separados es jurídicamente inaceptable pues según lo establece el artículo 2 de la ley 13.512, cada propietario será copropietarios sobre el terreno y sobre todas las cosas de uso común del edificio o indispensables para mantener su seguridad... aunque de hecho no las utilicen y a pesar de no usufructuarlas en conjunto... La naturaleza del derecho sobre las cosas, partes o servicios comunes como un condominio con

⁸³ BIANCA, op. cit., p. 527.

⁸⁴ COSTANTINO, op. cit., p. 7 y ss..

indivisión forzosa impide que los propietarios, por su decisión, ni siquiera unánime y salvo la división del terreno, dividan el condominio... la descentralización fáctica y práctica de distintas partes del complejo inmobiliario no será posible en cuanto no lo autoriza la ley 13.512... la persona jurídica consorcio... está formada por todos los copropietarios que pertenecen al inmueble edificado sobre un mismo terreno, que jurídicamente forma una sola cosa... que debe tener una representación común y única... la existencia de sub administraciones y de gastos separados por sectores o sub-consorcios -debidamente elegidas aquellas por los propietarios de los sectores- debe responder a una administración unificada”⁸⁵.

En los dos casos de propiedades horizontales complejas descriptas hasta ahora, lo fundamental es la existencia de sectores independientes que, sin embargo, comparten la misma parcela de terreno y en mayor o en menor medida otros servicios comunes, y forman un solo consorcio cuyos órganos legalmente previstos no parece que puedan legalmente fraccionarse por vía de reglamento, dando en consecuencia lugar a innumerables situaciones de hecho.

El proyecto de 1993 (artículo 3149) y el de 1998 (artículo 2013) establecían normas para estos complejos regulando el funcionamiento de los sub-consorcios. En el supuesto imaginado por el derecho proyectado parece mantenerse la concepción de la unidad del edificio dado que de su redacción no parece que estuviere refiriéndose a diversos cuerpos de edificios. Los textos de ambos proyectos son similares disponiendo el último de los citados lo siguiente: “artículo 2013. Sectores con independencia. En edificios cuya estructura o naturaleza lo haga conveniente, el reglamento de propiedad y administración puede prever la existencia de sectores con independencia económica, funcional o administrativa, en todo aquello que no grave sobre el edificio en general. Cada sector puede tener una subasamblea, cuyo funcionamiento y atribuciones deben regularse especialmente y puede designarse un subadministrador del sector. En caso de conflicto entre los diversos sectores la asamblea resuelve en definitiva. Frente a terceros responde todo el consorcio sin tener en cuenta los diversos sectores que lo integran”.

⁸⁵ HIGHTON, op. cit., ps. 566 y 567.

Las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil por su parte recomendaron de lege ferenda que “es conveniente prever la existencia de sub-consorcios que puedan ser objeto de una administración separada mediante la aplicación de un régimen de sub administración, sin perjuicio de la personalidad jurídica del consorcio. Este sistema supone la existencia de un régimen jurídico que permita la asignación de bienes comunes a sólo algunas de las unidades. Frente a terceros responde únicamente el consorcio, sin tener en cuenta los sub-consorcios.”

Deben pues sancionarse normas, en concordancia con las propuestas, que recepten estas nuevas realidades.

E. Los conjuntos inmobiliarios: La propiedad horizontal tumbada.

Hemos juzgado necesario separar este tema del de la propiedad horizontal aunque como veremos postularemos para los conjuntos inmobiliarios la adaptación de la ley de propiedad horizontal.

Es ocioso recordar la importancia que las urbanizaciones privadas, en especial los denominados clubes de campo y los barrios cerrados, han tomado en las últimas décadas de la realidad social argentina.

Los conjuntos inmobiliarios fueron caracterizados en el V Congreso Internacional de Derecho Registral celebrado en Roma como aquellos que “se caracterizan por la existencia de una pluralidad de inmuebles conectados entre sí, a través de elementos o servicios comunes, o de un régimen de limitaciones y deberes entre los mismos, con vocación de pertenecer a una multiplicidad de titulares, para la consecución de los intereses generales y particulares de los que participen”.

Por su parte, Andorno y Luna los han definido en una concepción amplia que agrupa a clubes de campo, barrios privados, centros comerciales, y otras realidades similares como aquellos “surgidos por iniciativas de particulares, con régimen urbanístico especial, que para satisfacer una función común de vivienda permanente o transitoria, o bien de carácter comercial o industrial, agrupan a una pluralidad de unidades parcelarias independientes afectadas por restricciones o vínculos jurídicos especiales, relacionadas inescindiblemente con partes y servicios comunes que

son administrados por una entidad conformada por los mismos titulares de las unidades parcelarias o ajena a éstos”⁸⁶.

Sapena se refirió expresivamente a ellos afirmando “hemos tumbado la propiedad horizontal”⁸⁷. La frase impacto en la doctrina española explicando los autores que en estos supuestos, es como si hubiéramos acostado el edificio convirtiendo las escaleras y ascensores en caminos; las terrazas y patios de luces en zonas verdes y de esparcimiento; los pisos en parcelas⁸⁸. Es decir una propiedad horizontalmente extendida⁸⁹. Ya no es lo importante la verticalidad de la construcción sino la relación entre las unidades privativas y los elementos comunes⁹⁰.

Como afirman Diez Picazo y Gullón, hoy las parcelas y las edificaciones en lugares alejados de los de las poblaciones son bienes de consumo, cuyo mercado se amplía incesantemente a través de la publicidad⁹¹.

El régimen de la propiedad horizontal es el más adecuado a estas realidades. Existen partes propias y partes comunes formando un todo inescindible. Se satisface el deseo de ser propietario sobre la unidad -en el caso de estos conjuntos inmobiliarios sobre la parcela de tierra-, que es sin duda la intención económica de quien compra una propiedad de este tipo, y de poner las cosas comunes al servicio de las privativas mediante un condominio de indivisión forzosa de naturaleza peculiar. El régimen cuasi societario de administración termina por definir el sistema. En nuestro derecho positivo, sin embargo, el régimen de la propiedad horizontal pareciere no aplicable dado que el terreno es siempre forzosamente común (artículo 2 ley 13.512) y el objeto sobre el que recae el derecho debe ser necesariamente un edificio ya construido (conf. artículo 1 ley 13.512). Por el contrario en los clubes de campo lo deseado es adquirir un lote de

⁸⁶ Luis ANDORNO, Daniel LUNA y Norberto FRICKX, *Clubes de Campo. Countries*, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002, ps. 45/46.

⁸⁷ J. SAPENA TOMÁS, “Problemática jurídica de las urbanizaciones privadas” en *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre de 1967, p. 63 y ss..

⁸⁸ Luis RAGEL SÁNCHEZ, *Comentarios a la ley de propiedad horizontal* dirigida por Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO p. 741.

⁸⁹ Luis DIEZ PICAZO y Antonio GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 1997, vol. III, p. 246.

⁹⁰ DORREGO DE CARLOS, op. cit., p. 2307.

⁹¹ DIEZ PICAZO Y GULLÓN, op. cit., p. 243.

terreno en propiedad individual, con la posibilidad de utilizar los bienes comunes, y no tendría sentido que el mismo estuviera en condominio y tampoco lo tiene que se debiera esperar a su edificación, para que sobre el mismo pueda constituirse el derecho real de propiedad horizontal, dado que generalmente se adquiere el lote para luego realizar la construcción⁹².

Los proyectos de reforma se han decantado, en el caso de optarse por los derechos reales, por la forma de la propiedad horizontal. Así lo hacen el art 2617 del proyecto de código civil de 1987 en su párrafo cuarto, el artículo 3160 del proyecto de código civil de 1993, y el proyecto de 1998 en el artículo 2029 bajo la rúbrica “Conjuntos inmobiliarios” dentro de las llamadas propiedades especiales.

Este último resuelve la cuestión disponiendo que: “Los clubes de campo, parques industriales, barrios o cementerios privados, centros de compras, y entidades similares, pueden sujetarse al régimen de los derechos personales o de la propiedad horizontal. En los conjuntos inmobiliarios sometidos al régimen de propiedad horizontal o que se sujeten a él, sólo son necesariamente comunes las partes del terreno destinadas a vías de acceso y comunicación e instalaciones de uso común. El reglamento de propiedad y administración puede establecer limitaciones edilicias o de otra índole, instituir una administración con el carácter de mandatario irrevocable, y facultar al consorcio para adquirir nuevos inmuebles para integrarlos al conjunto inmobiliario como unidades funcionales, o cosas y partes comunes. En este caso quedan modificados los títulos de todas las unidades, de lo que se debe tomar razón en los respectivos asientos registrales”.

El legislador nacional se encuentra en un retardo más que relevante que podría fácilmente purgar adaptando las soluciones propuestas por los últimos proyectos de reforma.

La complejidad no termina aquí. En general cuando nos referimos a los clubes de campo o barrios cerrados pensamos en unidades unifamiliares. Pero ya comienzan a observarse emprendimientos inmobiliarios que combinan las unidades unifamiliares con clásicos edificios divididos horizontalmente donde uno adquiere departamentos, dentro de edificios y no un

⁹² Remitimos a Nelson COSSARI y Daniel G. LUNA, “Las urbanizaciones privadas y el derecho real de propiedad horizontal”, en E.D. 204, p. 744.

lote de terreno. El propietario de un departamento o piso en estas últimas estaría en relación con una primera comunidad conformada por los otros pisos o departamentos en ese edificio y una más amplia conformada por el resto de unidades a su vez multifamiliares o no que comparten vías de acceso y comunicación e instalaciones de uso común.

La doctrina española se plantea si es posible la existencia de comunidades agrupadas formadas por otras comunidades agrupadas y comunidades agrupadas formadas por comunidades de propietarios (consorcios de propietarios) y titulares individuales de derechos de propiedad⁹³. Y es que la ley 8/1999, del 6 de abril, que reformó la ley 49/1960 de propiedad horizontal, en su artículo 24 referida al régimen de los complejos inmobiliarios, establece que los mismos (que deben estar integrados por dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí cuyo destino principal sea la vivienda o locales, participando los titulares de estos que se encuentran divididos horizontalmente con carácter inherente a dicho derecho, en una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios) pueden constituirse en una sola comunidad de propietarios quedando sometidos al régimen común de la ley o constituirse en una agrupación de comunidades de propietarios mediante un título constitutivo de la nueva comunidad agrupado que debe ser otorgado por el propietario único del complejo o por los presidentes de todas las comunidades llamadas a integrar aquélla, previamente autorizadas por acuerdo mayoritario de sus respectivas juntas de propietarios.

Como puede observarse nuevos problemas aparecen en el horizonte del jurista y reclaman constantemente su atención. Quizás en este último caso se deba observar minuciosamente como se va gestando esta nueva forma negocial para darle oportunamente una tipicidad adecuada que sin ahogar la iniciativa privada le dé seguridad jurídica a los titulares.

F. Tiempo Compartido

Se ha sostenido doctrinariamente que en el tiempo compartido se comercializa una nueva unidad real que queda delimitada en forma do-

⁹³ Así lo hace por ejemplo Dorrego de Carlos, op. cit., p. 2333, contestando afirmativamente a ambas cuestiones.

ble: espacial (determinado departamento o alojamiento) y temporal (el período que se asigna convencionalmente a cada adquirente para el uso de la unidad)⁹⁴. Algunos autores hablan expresivamente de propiedad cuadrimensional⁹⁵. Pero muchas veces su configuración no es en forma de derechos reales sino como derechos personales y frecuentemente ni la unidad espacial ni la temporal son fijas, sino que las primeras están sujetas a la designación que el emprendedor haga cada vez que se le solicita dentro de determinadas características y la unidad de tiempo puede ser del tipo “flotante”. A fin de completar su atractivo también se contemplan, sistemáticamente, en estos contratos importantes servicios complementarios.

Esta figura está marcada por una fuerte intervención empresarial que es la que incluso inventa la institución la cual no nace espontáneamente. Responde al diseño de un negocio cuyo objeto es optimizar las ganancias aprovechando necesidades concretas y reales - las menos- y ficticias -las más- propias de la sociedad de consumo, para lo cual utiliza refinadas técnicas psicológicas de venta a presión. Por ello el derecho comunitario en Europa se ocupó fundamentalmente de la protección del consumidor y así la Unión Europea dictó la Directiva Comunitaria 94/47/CEE del 26 de octubre de 1994.

Este derecho puede adoptar múltiples formas ya como derecho personal ya como derecho real⁹⁶.

En nuestro ámbito jurídico en las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil se sostuvieron en el seno de la Comisión 4 dos posiciones: Para el despacho A en substancia se debía -de lege ferenda- configurarse un nuevo derecho real autónomo el que se tipificaría como un derecho real sobre cosa propia. Por el contrario el despacho B (que obtuvo mayoría de adhesiones conforme al artículo 24 del reglamento de las Jornadas Nacionales) partiendo de la inconveniencia de la creación arbitraria de nue-

⁹⁴ Manuel PEÑA BERNALDO de QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, 3ªed. Madrid, Ed. Centro de Estudios Registrales, 1999, t. I, p. 570.

⁹⁵ Juan Antonio LEYVA DE LEYVA, “La propiedad cuadrimensional. Un estudio sobre la multipropiedad”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número, Nº 566, p. 29.

⁹⁶ Puede verse un listado de ellas en Bernardo MORENO QUESADA, *Curso de derecho civil*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999, t. III, p. 396.

vos derechos reales, entendió que “la atribución de usos y goces sucesivos y alternados por períodos determinados genera una situación de comunidad que, en nuestro régimen legal, queda subsumida en el derecho real de condominio”. Recordó asimismo que “en tal sentido expresa nuestro Codificador, que nace una comunidad con el ‘contrato por el que dos vecinos comprasen en común un terreno para proporcionarse un lugar de paseo, o una máquina para explotarla privativamente cada uno a su turno’ (nota al artículo 1648 del C.C.) y que “en el estado actual del fenómeno a regular, la prudencia aconseja la sanción de una norma legal que lo incluya entre los supuestos de condominio con indivisión forzosa.” Se alegaba además en pro de esta solución que “en modo alguno se justifica introducir un nuevo derecho real cuando las situaciones jurídicas que se pretende regular no están suficientemente arraigadas en el país ni en el extranjero” y “cuando ni siquiera existe suficiente consenso acerca de la caracterización de los elementos y del contenido del mismo”, afirmando también que “los aspectos funcionales de esta modalidad negocial, extraños a la estructura del derecho real, encuentran su marco adecuado en el régimen de protección al consumidor”

Tanto el proyecto de 1993 en su artículo 3160, como el proyecto de 1998 en el artículo 2030 se decantaron, para el caso de adoptarse el régimen de los derechos reales, por la figura del condominio con indivisión forzosa.

Otros países han recurrido a derechos reales sobre cosa ajena. En el derecho español se creó por ley 42/1998 el nuevo derecho real de aprovechamiento por turno, si bien no se descarta que pueda configurarse como derecho personal. Ya antes Portugal había sancionado el llamando *direito real de habitação periódica* por decreto ley N° 275/93.

En nuestro país la ley 26.356 de sistemas turísticos de tiempo compartido se ocupa tanto de la protección del consumidor -a quien llama usuario- como también intenta definir las características del derecho que recibe el adquirente incluso con abstracción de la concreta figura que se adopte. El contrato de tiempo compartido puede ser de esta manera la causa fuente tanto de derechos personales como de derechos reales de distinta naturaleza. Cualquiera sean los derechos que engendre los mismos quedan teñidos por las específicas normas de la ley 26.356⁹⁷.

⁹⁷ Que el derecho que se adquiere puede ser de naturaleza personal o real se ve ratificado por distintas disposiciones a lo largo del articulado de la ley 26.356. Así en el

En nuestro derecho, la alternativa entre derecho real y derecho personal en cuanto al usuario parece ilusoria. Incluso algunas disposiciones estándar de la ley no se compadecen con la naturaleza propia de los derechos reales⁹⁸ y los derechos reales hoy existentes son inadecuados a la figura del tiempo compartido⁹⁹. Mientras que, tanto el proyecto de 1993 como el de 1998 daban la posibilidad de acudir al derecho real de condominio, ello no es posible en el régimen actual dado que estaría siempre pendiente la posibilidad del ejercicio de la acción de partición. Si se quisiera realmente viabilizar que el tiempo compartido se configure como derecho real habría que acudir a la solución de los proyectos citados o una análoga a la de la ley colombiana N° 300 de 1996 que luego de permitir en el artículo 96 optar entre derechos reales y personales, en su artículo

artículo 1 “con independencia de la naturaleza de los derechos que se constituyan o transmitan”; el artículo 10 inciso b) 1° que sobre el contenido de la escritura de afectación manda establece que debe contener “la naturaleza o tipo de derecho a transmitirse o constituirse a favor de los futuros usuarios y, en caso que corresponda, plazo de duración”; el artículo 10 b) 5° cuando establece que la escritura debe contener “el procedimiento para la transmisión de los derechos a los futuros usuarios, sin perjuicio de la aplicación de las normas que sean propias de su naturaleza o tipo”; el artículo 13 que al tratar de la modificación de la escritura dice que “podrá realizarse por los usuarios o con su intervención, sólo cuando así correspondiese a la naturaleza o tipo de derechos que se les hubiesen conferido por el régimen jurídico al que se encuentren sometidos los bienes, en cuyo caso el procedimiento para la modificación se regirá por las normas pertinentes”. Concordantemente el contrato -dice el artículo 15 en su primera parte- debe además incluir “lo que corresponda a la naturaleza y tipo de derecho que se constituya”.

⁹⁸ Vgr. artículos 15 inc. q) (artículo 15: Contenido del contrato. El contrato de tiempo compartido debe contener, bajo pena de nulidad y sin perjuicio de lo que corresponda a la naturaleza y tipo de derecho que se constituya o se transmita, como mínimo los siguientes datos, referencias y cláusulas:... q) Compromiso del emprendedor de brindar una prestación equivalente o una compensación adecuada, si ello no fuera posible, en el caso de que el usuario se viera impedido del uso y goce de las prestaciones vacacionales contratadas, por causas que le sean atribuibles a aquél) y 20 inc. d) (artículo 20: Deberes de los usuarios. Son deberes de los usuarios:... d) Abonar en tiempo y forma las cuotas por gastos del STTC y del fondo de reserva, así como todo gasto que pueda serle imputado particularmente. Para ejercer sus derechos el usuario deberá tener las cuentas al día), de la ley 26.356.

⁹⁹ Remitimos por todos a Gabriela Alejandra VÁZQUEZ, “Las propiedades especiales en el proyecto de Código Civil”, en Sebastián PICASSO - Javier WAJNTRAUB - Juan Martín ALTERINI, (coordinadores), *Instituciones de derecho privado moderno. El Proyecto de Código Civil de 1998*, Buenos Aires, 2001.

lo 97 adapta los derechos reales tipificados en el Código estableciendo: “Cuando quiera que para la instrumentación del sistema de tiempo compartido se acuda al derecho real de dominio o propiedad no procederá la acción de división de la cosa común prevista en el artículo 2334 del código civil” y que “con el objeto de desarrollar el sistema de tiempo compartido turístico se permitirá la constitución de usufructos alternativos o sucesivos y de otra parte, el usufructo constituido para estos fines será transmisible por causa de muerte.” Como se ve, puede optarse entre derechos personales o derechos reales y dentro de estos entre un derecho sobre cosa propia -el condominio- o un derecho sobre cosa ajena el usufructo.

En nuestro derecho, pese a lo declamado por la ley de tiempo compartido, se hace totalmente inconveniente recurrir a los derechos reales; máxime que aún tratándose de derecho personal el derecho del usuario goza de una fuerte oponibilidad. En efecto, inscripto el título constitutivo del sistema turístico de tiempo compartido en el Registro de la Propiedad según dispone el artículo 12 inciso b ello se traduce en “la oponibilidad de los derechos adquiridos por los usuarios, al acreedor hipotecario que consintiere la constitución del STTC y al que la conociere al tiempo de constituirse el gravamen, como así también a los sucesivos titulares de dominio o de otros derechos de cualquier naturaleza sobre los bienes afectados al STTC”; y en “la intangibilidad de los derechos adquiridos por los usuarios, que no podrán ser alterados o disminuidos por sucesores particulares o universales, ni por terceros acreedores del propietario o del emprendedor, ni siquiera en caso de concurso o quiebra” (art. 12 inciso c).

Existe pues una oponibilidad erga omnes del derecho constituido aun cuando sea personal, pero de ninguna manera se trata de un derecho real dado que no se da la relación directa con la cosa. Para gozar de su derecho el usuario necesita de la actuación e intermediación del emprendedor¹⁰⁰.

De alguna manera la ley -conscientemente o no- ha receptado la opinión de la Kemelmajer de Carlucci quien ha sostenido que la mayoría

¹⁰⁰ De acuerdo con que no se trata de un derecho real salvo que se así se lo constituya adaptando algunos de los tipos ya previstos en el Código Civil y leyes complementarias: Marcela H. TRANCHINI, “Sistemas turísticos de tiempo compartido. Ley 26.356”, en L.L. 2008-C, p. 1171; Fabián M. LOIZA, “Primeras reflexiones sobre la reciente ley de tiempo compartido” en *Micro Juris* - DOC-3409-AR | MJD3409. Contra., Liliana E. ABREUT DE BEGHER, “El derecho de tiempo compartido inmobiliario con destino turístico: un nuevo derecho real” en *El Derecho*, del 23/4/08, N° 11.992.

de las denominadas nuevas formas de propiedad debe ser regulada o bien como derechos reales in faciendo o bien como derechos crediticios con efectos erga omnes ¹⁰¹.

En suma -y sin perjuicio de las críticas que en otra lugar hemos hecho a esta ley 26.356- ¹⁰² basta destacar ahora que la misma se queda a mitad de camino al proponer una opción ilusoria que torna al sistema incoherente dado que se postula la posibilidad de adoptar la forma de derecho real sin que ello en rigor sea conveniente y probablemente tampoco posible.

Desde otro ángulo, si por hipótesis se constituye a favor del usuario de tiempo compartido un derecho real éste se inscribiría -para ser oponible a terceros interesados- en el Registro de la Propiedad (artículo 2505); pero si se transmite un derecho personal pese a sus importantes efectos en cuanto a terceros, la ley solo prevé su inscripción en el artículo 19 que, al hablar de los deberes del emprendedor en el inciso b), le manda “habilitar un Registro de Transacciones, que supervisará la Autoridad de Aplicación, en el que asentará, dentro de los DIEZ (10) días de celebrado el contrato, los datos personales de los usuarios y su domicilio, períodos de uso, el o los establecimientos a que corresponden, tipo, capacidad y categoría de las unidades vacacionales. También deberá registrar en él los cambios de titularidad” ¹⁰³.

Nos parece que la oponibilidad erga omnes que tiene el derecho del usuario -comparable con la de un derecho real aun en los casos que no lo sea- amerita que se imponga obligatoriamente su inscripción en el Registro de la Propiedad de la jurisdicción correspondiente -aunque se trate de un derecho personal- para su oponibilidad a terceros interesados. Ello brindaría mayores seguridades en el tráfico jurídico. Si bien no es querible el continuo ingreso de los derechos personales al Registro de la Propiedad estamos ante un caso en que, por las características del derecho que se constituye, su inscripción es deseable. No advertimos

¹⁰¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, en *Tendencias actuales y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano*, Lima, Perú, Ed. Cultural Cuzco, 1999, p. 554.

¹⁰² Hemos tratado este tema en Nelson G.A. COSSARI, “Tiempo compartido. Impacto de la ley 26.356 sobre el sistema de Derechos Reales”, en L.L. 2008-F, p. 1266.

¹⁰³ Obligación que también rige si se constituye un derecho real.

que existan motivos trascendentes para que los derechos personales de tiempo compartido no se inscriban en el Registro de la Propiedad dado que en lo referente a su oponibilidad son semejantes a los derechos reales, siendo aplicables muchos de los argumentos que avalan la conveniencia de la inscripción de estos ¹⁰⁴.

VI. A manera de cierre

Quedan multitud de puntos a que referirse: cuestiones sobre el usufructo que merecen ser aclaradas; la incorporación -a la manera del proyecto de 1998- de una parte general para las garantías reales que convoque a los principios comunes a todas ellas; la necesaria reforma de la ley de prenda de registro que debe ponerse en plena sintonía con los principios que rigen los derechos reales y que hoy no tenemos dudas que constituye una institución de derecho civil al haberse liberado la restricción acerca de quiénes pueden ser titulares de este derecho por lo que debería incorporarse al Código Civil como una hipoteca; la necesidad de conferir privilegio al acreedor anticresista para el caso de ejecución del bien sometido a anticresis, etc4 ¹⁰⁵.

Digamos entonces, solamente y para concluir, que los derechos reales requieren un legislador serio, atento y prolijo, para intervenir cuando es preciso ya sea reformando los derechos existentes, ya dando cabida a nuevas realidades. Una doctrina que sin apartarse de los principios básicos del *numerus clausus* y de la tipicidad sea lo suficientemente sabia para una interpretación progresiva de las normas que den cobijo a las nuevas situaciones, y una judicatura que en todas sus instancias esté a la

¹⁰⁴ Desde otro ángulo recordemos -además- que el artículo 12 de la ley 19.724 de prehorizontalidad impone la inscripción en el Registro de los contratos que se celebren, y que algunas jurisdicciones -como la santafesina- admiten la inscripción del boleto de compraventa.

¹⁰⁵ Nuestras apreciaciones sobre ese tema pueden verse entre otros trabajos en "El Derecho Real de Superficie: Balance de la legislación argentina a la luz de los Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil" en *Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil t. III*, p. 1807 y ss.

altura científica que cabe esperar en un país con la rica tradición jurídica de la Argentina, todo ello en la búsqueda de un derecho más solidario, más justo, en definitiva más humano.

DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL POSEEDOR DE INMUEBLES

GABRIEL B. VENTURA

Sumario: I. Introducción. II. La posesión como ejercicio efectivo de un derecho. III. La posesión de estado. IV. La posesión de créditos. V. Nuestro concepto de posesión en sentido amplio. VI. Dominio y posesión. Normas reflejas. VII. Obligaciones del poseedor. A. Obligación de comportarse como lo haría el propietario. B. La obligación de respetar las servidumbres pasivas y las hipotecas. C. Obligación de pagar los tributos. VIII. Derechos del poseedor. A. Derechos que tendría el *dominus*. B. Derecho a las servidumbres activas. C. Usar y gozar la cosa poseída

I. Introducción

La protección que recibe la posesión en el plano jurídico, coloca a esta relación real en una situación que, en ocasiones, parece superar jerárquicamente al mismo derecho de dominio. El lego queda absorto cuando su abogado, frente a un conflicto posesorio, le explica que para obtener el recupero del bien ante una intrusión por un tercero totalmente ajeno a su propiedad, deberá iniciar una acción judicial, sea posesoria o petitoria. Para él debería haber bastado con formular la pertinente denuncia penal para que las autoridades le hagan reintegrar el bien sustraído. El tema posesorio, la aparente “tutela al bandidaje”¹, en los términos de Ihering, no resulta de fácil comprensión para quien no ha indagado sobre los mo-

¹ Rudolf V. IHERING, *Teoría de la posesión. El fundamento de la protección posesoria*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1892, p. 1. “(...) la protección de la posesión implica además la protección de los bandidos y ladrones (...)”.

tivos del legislador para tutelar una situación puramente fáctica que carece de un sustento basado en el derecho de propiedad. Quizás sea por esta aparente contradicción con la lógica, que la doctrina se ha pasado batallando acerca del fundamento de dicha protección.

No podríamos, aunque lo consideramos de lo más interesante, desarrollar aquí, en este breve ensayo, todos los fundamentos doctrinarios que se han sostenido para hallar una explicación científico jurídica a la protección posesoria. Sí, en cambio, deseamos hacer especial hincapié en esa teoría que advierte que la posesión resulta tutelada por el derecho por tratarse de una propiedad probable. Hay en la posesión una verdadera presunción de propiedad, puesto que lo más común es que quien posea sea el dueño de la cosa cuya posesión ostenta. Ese sería uno de los fundamentos que justificarían la protección a la posesión más antiguos que se han brindado, y es el primero que aparece en Savigny ².

Ihering, en cambio, reniega de esa tesis; pero luego, al brindar su propia teoría, determina que el verdadero fundamento de la tutela posesoria radica en la necesidad de facilitar la protección a la propiedad, ya que la posesión resulta ser un complemento necesario de la misma. Las acciones concedidas al poseedor no serían sino un aditamento más de la protección que la ley debe brindar al dominio, puesto que “la posesión de las cosas es la exterioridad de la propiedad” ³.

En nuestra opinión coincidimos con quienes advierten que la propia postura de Ihering, no contradice en nada al fundamento de la propiedad probable. Al contrario, si hemos de considerar la necesidad de tutelar la posesión como medio de brindar una protección más sencilla e inmediata al dominio, evitando que el titular deba probar el derecho base de la relación real, que es uno de los fundamentos sostenidos por Ihering, sin dudas ello se deberá al preconcepto de considerar que lo más probable es que

² Federico C. de SAVIGNY, *Traité de la posesión en droit romain*, París, Ed. Joubert Libraire, 1842, p. 3, N° 1.

³ Rudolf V. IHERING, *Teoría ... ob. cit.*, p. 190.

quien se halle en posesión sea también el propietario de la cosa ⁴. En definitiva estimamos que ambas posturas son coincidentes ⁵.

No podemos negar, por otra parte, que la idea de considerar la posesión como la probable propiedad (o propiedad posible), resulta de lo más ilustrativa, no sólo para hallar un sólido fundamento a su tutela jurídica, sino también para la adopción de una adecuada técnica legislativa al regular sus efectos. Este último punto, sobre todo, será de aplicación en el presente estudio, puesto que justamente entre los efectos de la posesión se encuentran las obligaciones y derechos que ella genera al sujeto que la ostenta.

Decían los romanos que las leyes estatuyen de lo que comúnmente ocurre (*“lex statuid d’eo quod plerumque fit”*) y no podríamos negar, haciendo un análisis fenomenológico de la realidad circundante, que lo que comúnmente ocurre es que quien posea sea también el propietario del objeto de esa relación real. Este proloquio confirma la necesidad de brindar una primera defensa al *dominus* tutelando *prima facie* su posesión.

II. La posesión como ejercicio efectivo de un derecho

Si la posesión debe ser concebida, como lo hemos expresado más arriba, como exteriorización de un derecho, y éste constituye el fin último de su tutela, resultaría más que obvio que los derechos y obligaciones que esta relación real genere, sean exactamente los mismos que generaría el dominio o el derecho real que sirva de base a la misma, con la única diferencia respecto de la prueba en caso de conflicto. Hasta podríamos decir que cada vez que el legislador alude a los derechos y obligaciones

⁴ Zenón MARTÍNEZ, *La posesión*, Santa Fe, Ed. de la Universidad Nacional del Litoral, 1939, p. 70 y ss.; Néstor J. MUSTO, *Derechos reales*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1981, t. I, ps. 379, 380. En contra, Héctor LAFAILLE, *Tratado de derechos reales*, Buenos Aires, Ediar, 1943, t. I, N° 327, ps. 271 y 272.

⁵ Ver sobre el punto de los fundamentos, amén de IHERING, ob. cit.; Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Clases de derechos reales*, Córdoba, Advocatus, 1998, ps. 150-151; Néstor J. MUSTO, *Derechos reales*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1981, t. I, ps. 372 a 385; Julio C. BENEDETTI, *La posesión*, Buenos Aires, Astrea, 1978, ps. 1 a 40.

del propietario, debería en realidad expresarlos atribuyéndoselos al poseedor; puesto que es sobre éste sobre quien, en realidad, recaerán los citados derechos y obligaciones. En definitiva, el *dominus*, por ejemplo, no tiene la obligación de respetar las restricciones y límites para con los vecinos, previstos en el título 6 del libro tercero del Código Civil, arts. 2611 y ss., sino y sólo por su calidad también de poseedor. La prueba de ello es que el propio art. 2418 del C.C. atribuye dicha obligación al poseedor, sin exigirle el dominio del bien. Por ello también nos atreveríamos a decir que el citado título 6, a cambio de expresar “De las restricciones y límites del dominio”, más bien debería decir: “De las restricciones y límites de la posesión”. Ello para ser coherente con el art. 2418 referido, y con la naturaleza misma de la posesión.

No podemos negar, sin embargo, que la existencia de la posesión abstraída del dominio, resulta ser, en principio, un efecto no querido por el legislador, pero necesario para el equilibrio de la tutela a la propiedad. Decimos “en principio” porque tampoco sería concebible ni coherente que el legislador no quisiera que alguien posea sin un derecho que le conceda la facultad de hacerlo, cuando luego determina en el art. 4015 y 4016 C.C. un modo de adquirir como la usucapión, que permite al ocupante apropiarse de lo poseído luego de cierto lapso. Resultaría absurdo que alguien hubiere procedido contrariando el derecho, si luego de un tiempo, las normas le conceden el premio de erigirlo en *dominus*.

III. La posesión de estado

En realidad la expresión “posesión” ha sido injustamente apropiada por quienes analizamos el tema desde la perspectiva de los derechos reales, ya que a decir verdad se trata de una institución mucho más amplia. Comprenderlo así ayuda sobremanera a una correcta interpretación de esta institución. Por ello nos gusta apelar a los conceptos de Vélez cuando se refiere a la posesión en otras circunstancias que no sean el ejercicio de un derecho real.

En efecto el concepto aparece también en el Código de Vélez al regularse la “posesión de estado”. En la bellísima nota del Codificador al viejo art. 325 del C.C., hoy derogado por ley 23264, expresa: “Cuando un hombre ha sostenido y mantenido a la madre, cuando ha sostenido y man-

tenido al hijo de ella, tratándolo como suyo, cuando lo ha presentado como tal a su familia y a la sociedad, y en calidad de padre ha provisto a su educación, cuando ante cien personas y en diversos actos ha confesado ser el padre de él, no puede decirse que no ha reconocido al hijo de una manera tan probada, como si lo hubiera hecho por una confesión judicial. La posesión de estado vale más que el título. El título, la escritura pública, el asiento parroquial, la confesión judicial, son cosas de un momento, un reconocimiento instantáneo; mas la posesión de estado, los hechos que la constituyen, son un reconocimiento continuo, perseverante, de muchos y variados actos, de todos los días de todos los instantes. La posesión de estado es así por su naturaleza, una prueba más perentoria que la escritura pública, que los actos auténticos, es la evidencia misma; es la prueba viva y animada; la prueba que se ve, que se toca, que marcha, que habla; la prueba en carne y hueso...”.

Cada vez que nos referimos a esta didáctica nota de Vélez Sarsfield y su concreta redacción llena de metáforas y alegorías de gran valor literario, no podemos dejar de reprochar las expresiones de uno de sus biógrafos, Enrique Martínez Paz, quien al referirse al estilo de Vélez, injustamente a nuestro entender, expresa que “El código argentino no se distingue como modelo de construcción ‘gramatical’; es sabido que su autor afectaba una profunda despreocupación literaria”⁶.

IV. La posesión de créditos

Tal como ocurre con la posesión de estado, esta institución vuelve a aparecer en materia de créditos, en el art. 732 que expresa que “El pago hecho al que está en posesión del crédito es válido, aunque el poseedor sea después vencido en juicio sobre la propiedad de la deuda”. Aclara luego el legislador que “estar en posesión del crédito” no es ser el poseedor de un acto escrito que lo pruebe, sino “gozar pacíficamente de la calidad de acreedor”.

⁶ Enrique MARTÍNEZ PAZ, Dalmacio Vélez Sarsfield y el Código Civil Argentino, Córdoba, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, p. 343.

Debemos destacar de estos conceptos vertidos por el Codificador, la expresa alusión a los hechos, aquellos que publicitan o hacen público un estado determinado de cosas. Igualmente nos parecen acertadas las palabras “gozar pacíficamente” usadas en la nota por Vélez, que aparecerá también excluyendo la violencia del concepto de posesión “ad usucapionem”. Sin dudas, en la gran mayoría de los casos, como ya habíamos expresado, ese poseedor ostentará también el derecho a poseer; pero ello no es requisito para que la institución, en cada caso, genere las consecuencias queridas por el sistema: sus prerrogativas y defensas.

Por ello Hernández Gil, explica que la posesión puede presentarse básicamente en dos situaciones: como integrante de la propiedad, el “complemento necesario” del dominio, en palabras de Ihering, o bien como simple posesión “sin más”; es decir abstracción hecha de si es consecuencia de la propiedad sobre el objeto poseído o no lo es ⁷. Remarquemos que el propio Vélez a partir de los artículos 2355 y ss del Código, previendo esta alternativa, clasifica la posesión en legítima, que no sería sino la que se sustenta en el derecho real que brinda la prerrogativa de poseer; e ilegítima, la que no tiene sustento en un derecho válidamente constituido.

V. Nuestro concepto de posesión en sentido amplio

Es así como nos atrevemos a ensayar un concepto de la figura de la posesión que abarque todos los aspectos, no sólo el de la típica posesión en materia de derechos reales, tan minuciosamente elaborada y regulada en el Código a partir del art. 2351.

Diremos así que *posesión es la situación en la que se encuentra un sujeto que se comporta ejerciendo una facultad determinada, con independencia de si tiene o no el derecho de hacerlo.*

Adviértase que en nuestro concepto, aparece la situación fáctica como esencial para tipificar la institución, más allá de las discusiones doctrinarias que sobre la naturaleza de la posesión como relación real se

⁷ ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, *La función social de la posesión*, Madrid, Alianza Editorial, 1969, p. 8.

hayan producido. También surge, como esencial de la figura, la independencia para asegurar la existencia de la posesión, del derecho “a poseer”, en sentido amplio (el “ius possidendi”); por ejemplo, la posesión de estado existe con independencia de si el hijo que se comporta como tal, y así es tratado por quien se dice su padre, tiene o no el vínculo biológico y por ende el derecho a ser considerado hijo.

Vamos ahora a lo que más nos interesa en este esquema; es decir a la posesión relacionada con los derechos reales.

Si queremos aplicar el concepto de posesión, vertido párrafos más arriba, a la regulada en el art. 2351 y sus siguientes del Código, deberemos expresar que posesión es la situación en la que se encuentra un sujeto que ocupa una cosa y ejerce sobre ella, en los hechos, todas las prerrogativas que un derecho real concede a su titular, con independencia de si dicho sujeto, es o no el titular del derecho real de que se trate.

Creemos que este concepto facilitará la asimilación de los efectos que atribuimos a la posesión en cuanto a los derechos y obligaciones que se generan para el poseedor. Al mismo tiempo se advertirá la necesidad de efectuar algunas aclaraciones; por ejemplo el art. 2419 C.C., determina que el poseedor de inmuebles tendrá como obligación inherente a dicha relación real, “las servidumbres pasivas, la hipoteca...”, cuando en realidad estas obligaciones sólo existirán para el poseedor legítimo, y no para el simple poseedor que no basa su relación real en un derecho que le de sustento también jurídico. En efecto, las dichas obligaciones habrían nacido de un título que justamente el poseedor (llamémoslo “abstracto”) desconoce en el plano puramente fáctico ⁸. En definitiva, en el ejemplo apuntado, el legislador habría podido insertar esta norma en las obligaciones que genera el dominio, no la posesión; puesto que sólo la posesión que se sustenta en este derecho (o cualquier derecho real que se ejerza por la posesión), es decir el poseedor legítimo, deberá respetar dicho mandato.

⁸ Gabriel B. VENTURA, “La hipoteca opuesta al acreedor hipotecario”, en LL. Córdoba, 1988 - 613.

VI. Dominio y posesión. Normas reflejas

Así veremos aparecer las que hemos dado en llamar “normas reflejas”. Tal como la posesión resulta ser el reflejo fáctico del dominio o de cualquier otro derecho real que le sirva de base, de igual manera el legislador debió repetir, si se nos permite la expresión, la regulación estructural del dominio al reglamentar la posesión. Pero advertimos, tal como adelantáramos brevemente párrafos más arriba, que tuvo fundamentalmente en cuenta la posesión legítima de quien adquiere por modo bilateral (arg. del art. 2419), omitiendo para más, los más importantes derechos que confiere la posesión a su “titular”: nada menos que las facultades de uso, goce y disposición.

A pesar del proloquio “*nihil comune habet prorprietas cum possessione*” (nada tiene de común la propiedad con la posesión) receptado, sólo a los fines de la prueba, en el art. 2472 C.C., no podemos negar que la posesión tiene tanto de propiedad que hasta contiene normas similares, que por eso las hemos llamado “normas reflejas”. Es más, los derechos que la posesión genera, integran el activo patrimonial de los sujetos; por lo que resulta técnicamente correcto atribuirle, aunque más no sea por extensión, esa naturaleza.

Así, la perpetuidad típica del dominio, que se explica por el hecho de que el propietario no deja de serlo porque no haga ejercicio de él, según lo pregonado en el art. 2510 C.C., aparece reflejada en el ámbito posesorio en el art. 2445 C.C. que expresa que “La posesión se retiene y se conserva por la sola voluntad de continuar en ella, aunque el poseedor no tenga la cosa por sí o por otro. La voluntad de conservar la posesión se juzga que continúa mientras no se haya manifestado una voluntad contraria”.

El carácter exclusivo del dominio, art. 2508 C.C. que determina que dos dominios no pueden coexistir sobre la misma cosa, a no ser que sean sobre una parte idealmente concebida, surge igualmente en materia posesoria del art. 2401: “Dos posesiones iguales y de la misma naturaleza no pueden concurrir sobre la misma cosa”. Esta norma debe complementarse con la del art. 2407 que receptaría el “reflejo” de la porción alícuota a la que aludía el 2508 en materia de dominio. En efecto dice el 2407: “Para tomar la posesión de parte de una cosa indivisible, es necesario que esa parte haya sido idealmente determinada”⁹.

⁹ No queda del todo claro si resulta aplicable o no, por analogía, la presunción de igualdad de partes cuando no surja claramente del título la porción de cada uno de los

Los modos de adquirir la posesión (art. 2373 y ss.) son los mismos, salvo excepciones, que se aplican para adquirir el dominio (art. 2524 C.C.); los ataques y las correspondientes acciones defensivas son de un mismo tenor para la posesión (art. 2468 y ss.) que para la propiedad (art. 2756 y ss.)¹⁰.

VII. Obligaciones del poseedor

En el Capítulo 3 del título 2, bajo el rubro “De las obligaciones y derechos inherentes a la posesión”, en los artículos que van del 2416 al 2421 del Código, se desarrolla parcialmente el tema que aquí analizamos.

En primer lugar, de manera muy general, se define la obligación inherente a la posesión, expresando en el art. 2416 que “Son obligaciones inherentes a la posesión, las concernientes a los bienes, y que no gravan a una o más personas determinadas, sino indeterminadamente al poseedor de una cosa determinada”.

El parecido del contenido del artículo transcrito, con el concepto de obligaciones “*propter rem*” es sorprendente; tanto que la doctrina ha debido esforzarse por diferenciarlas¹¹. El sujeto que posea esa cosa, tendrá pues las obligaciones emergentes de estas normas y con independencia de si ostenta o no el “*ius possidendi*”.

coposeedores, establecida en el art. 2708 para el condominio. Destaquemos que la norma sólo se refiere al cómputo de los votos, no a la atribución sustancial de la porción. Ya la aplicación de dicha norma para atribuir la porción dominial, ha sido cuestionada en materia registral por Raúl GARCÍA CONI, *Procedimiento inscriptorio*, La Plata, Fundación Editora Notarial, 1981, ps. 65 y 66. Por otra parte, en materia posesoria no necesariamente contaríamos con un título. Remitimos para profundizar el problema a nuestro *Ley 17.801 Registro de la Propiedad Inmueble, Comentada y Anotada*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, p. 210.

¹⁰ Gabriel B. VENTURA, *La cesión de derechos posesorios*, Córdoba, Abeledo-Perrot, 2008, p. 841.

¹¹ Recomendamos para profundizar este punto y en contra de la idea de considerar obligación *propter rem* la fundada en la norma del art. 2416 y ss. del Código; Héctor LAFAILLE, *Tratado de los derechos reales*, Buenos Aires, Ediar, 1943, t. I, N° 24, ps. 28 y 29; Edmundo GATTI, *Derechos reales, Teoría general*, Buenos Aires, Lajouane, 2006, p. 115, quien explica que no deben confundirse las obligaciones reales con las obligaciones

A. *Obligación de comportarse como lo haría el propietario*

Quizás la forma más práctica de regular el tema de las obligaciones y derechos del poseedor de inmuebles, tan sólo por ser poseedor, hubiese sido exigirle el comportamiento que debe tener todo propietario, y extraer de esa relación real todas las prerrogativas que corresponden al *dominus*. Ello como expresión sincera del “*animus domini*”. Estimamos que de haberse procedido así, el capítulo no habría quedado incompleto ni se hubieran plasmado deberes que sólo tienen los poseedores legítimos, como en el ejemplo que habíamos dado en relación al art. 2419 y la obligación de respetar las servidumbres e hipotecas.

Así, diremos que al poseedor le caben todas las obligaciones referidas a las restricciones al dominio. Pero tres normas, las de los arts. 2612, 2613 y 2614, no corresponderían aplicarse al simple poseedor no propietario; ya que tanto la prohibición de pactar la no enajenabilidad, o la de no imponerles censos y rentas, sólo puede ser concebida respecto del poseedor que, además, ostente título de derecho real. Sólo en dicho título pudo haberse intentado imponer estos pactos que las normas prohíben.

Sin dudas lo previsto genéricamente en el art. 2611 C.C., las restricciones del derecho administrativo, como la altura de los edificios, las líneas de edificación, el emplazamiento de ciertos emprendimientos sólo en zonas determinadas, etc. que manejan los municipios con su poder de policía, serán de plena aplicación para el simple poseedor. Sería absurdo que un poseedor, por no ser también *dominus* pretendiera abstraerse de las mismas. Dicha actitud contradiría abiertamente su supuesto *animus domini*.

A partir del art. 2615, están previstas una serie de obligaciones emergentes de la posesión que, sin dudas, gravan también al simple poseedor aun ilegítimo.

Por imperio del art. 2615 pues, el poseedor deberá abstenerse de hacer excavaciones y fosos que puedan comprometer la seguridad de los

inherentes a la posesión aunque existe entre unas y otras una relación de especie a género “(...) Toda obligación *propter rem* es, en nuestra opinión, inherente a la posesión”. También Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Curso de Obligaciones*, 2º ed., Córdoba, Advocatus, 1994, ps. 32 a 35; Roxana CÁNFORA, *Obligaciones reales*, Rosario, Juris, 1996, p. 25 y ss.

edificios vecinos. Obviamente la falta de un título dominial no enerva la exigencia de la norma; ella sólo requiere posesión.

Igualmente el simple poseedor, aun sin título, deberá mantener los edificios evitando que la caída de los materiales que de ellos pudieran desprenderse no pueda causar daño a los vecinos y transeúntes. Quien temiera dichos daños podría iniciar en contra del simple poseedor la acción prevista por el art. 2499 *in fine*, acción de obra vieja o ruinosa, con independencia de ser o no propietario de la cosa; pues la legitimación de dicha acción, tanto activa como pasiva, no está reservada al dueño (como reza el art. 1132 C.C., que regulaba antes el supuesto) sino al simple poseedor. Al dueño sólo le incumbe en tanto también ostente posesión.

En cuanto al art. 2618 C.C. que resulta ser el de mayor aplicación en la vida práctica entre los vecinos, no podemos dudar que el simple poseedor no podrá molestar con humo, calores, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones, etc. que excedan la normal tolerancia. La legitimación tanto activa, como pasiva, apunta también al poseedor aunque no tenga el dominio del bien.

Podríamos seguir poniendo más y más ejemplos; pero creemos que bastará con reafirmar, tal como lo habíamos adelantado, que el simple poseedor, aun ilegítimo, haciendo gala de su *animus domini*, deberá comportarse como lo haría el propietario.

B. La obligación de respetar las servidumbres pasivas y las hipotecas

Ya nos hemos referido brevemente al art. 2419 del Código; y hemos destacado también su errado concepto. En efecto, amén de que los enumerados no son obligaciones, sino derechos reales, debe destacarse que el deber de respetar las servidumbres pasivas, sólo persigue al poseedor legítimo que ha adquirido la posesión por tradición, según lo preceptuado en los arts. 2377 y 2601 a 2603 del Código Civil. Mientras que si se trata de un poseedor que no ostenta también título al dominio, resulta absurdo y contradictorio que respete las servidumbres y las hipotecas, a la par que desconozca el dominio de quien las constituyó. Por otra parte, si de respetar el efecto típico de la servidumbre se trataba, bastaba ya con el principio de inherencia previsto en el art. 3006 del Código que determina que “Las servidumbres reales consideradas activa y pasivamente son inhe-

rentes al fundo dominante y al fundo sirviente, y siguen con ellos a cualquier poder que pasen...”. Es la consecuencia natural de la reipersecución característica de todo derecho real.

¿Para qué el legislador reiteró aquí que el propietario debe respetar una servidumbre pasiva, si eso es lo natural por su inherencia y característico “*ius persecuendi*”? Creemos que esta norma más bien debería estar entre los deberes del *dominus*, pues resulta desatinada frente al poseedor ilegítimo.

Lo expresado no significa que, en los hechos, el poseedor no pueda comportarse respetando una servidumbre aparente y continua (arts. 2975 y 2976 C.C.). Bien podría ocurrir que el ocupante ejerza su posesión, aun ilegítima, sin desconocer al titular activo del gravamen, tolerando pacíficamente su ejercicio y cumpliendo con las normas que regulan las obligaciones del titular pasivo de una servidumbre (art. 3036 y ss. C.C.). En tales casos, operada la usucapión y por aplicación del proloquio, “*tantum possessum quantum prescribuntur*” (prescribo tanto como poseo), obviamente la servidumbre no se habrá extinguido porque el ususcapiante la dejó viva al permitir al uso por el titular activo.

Otro tanto ocurrirá con las hipotecas constituidas por el titular dominial que antes ocupaba la cosa. Al poseedor “abstracto”, sin dominio sobre el bien, no hará mella dicho gravamen. Mas el propietario, como poseedor legítimo, sí deberá respetar lo estatuido en la ley como derechos del acreedor hipotecario, y tolerar también la acción pertinente en caso de ejecución. Igualmente si se transfiere el inmueble con la hipoteca ya constituida. En tal caso, tanto transmitente como adquirente debieron respetar lo estatuido en el Código para operar la transferencia de inmuebles hipotecados¹². Tal como dijimos respecto de las servidumbres, la norma aquí estaría demás.

C. Obligación de pagar los tributos

La importancia que adjudicamos a la norma del art. 2419 del Código, es vital. Previamente corresponde destacar que la enumeración no sería

¹²Gabriel B. VENTURA, “Transferencia de Inmuebles Hipotecados”, J.A. Número Especial, “Estudios de Derechos Reales”, 2008-IV-p. 54.

taxativa, pues, tal como hemos dicho reiteradas veces en esta exposición, aun el simple poseedor no propietario debe comportarse como si fuera el *dominus*. Por ello creemos que una interpretación correcta de este dispositivo, obliga a considerar incluidos entre las “cargas” aludidas, el pago de los tributos de cualquier índole que recaigan sobre la cosa¹³. Hasta lo hemos sugerido como supuesto fundamental a tener en cuenta para una estrategia saneatoria de títulos¹⁴, ya que suele ser la dificultad del Estado para recaudar las gabelas, lo que desincentiva el saneamiento.

En efecto, junto a destacada doctrina, diremos que al poseedor se le puede exigir directamente el pago del impuesto en aplicación de las llamadas “obligaciones inherentes a la posesión” y a lo prescripto por el art. 2419 del Código Civil que estamos analizando¹⁵. Es más, si el simple poseedor no paga, puede recurrirse al apremio y exigirse por vía judicial el pago en juicio hasta llegar a venderse el derecho generado por la posesión (los llamados “derechos posesorios”) en pública subasta¹⁶.

¹³ En realidad con lo de “cargas” la norma se estaría refiriendo a los cargos o modalidades con los que suelen ser acompañados los actos jurídicos de adquisición, ver Luis A. PEÑA GUZMÁN, *Derechos reales*, Buenos Aires, TEA, 1973., T. I, p. 392.

¹⁴ Gabriel B. VENTURA, “El saneamiento de títulos y registro de poseedores en Córdoba. (Ley 9150)”, en La Ley, Córdoba, p. 391.

¹⁵ Raymundo M. SALVAT, *Tratado de D. Civil Argentino – Derechos Reales*, Buenos Aires, TEA, 1961 (Anotado por Manuel J. Argañaras) t. I, p. 243, manifiesta que deben considerarse incluidos en el supuesto las contribuciones territoriales y otras semejantes. Héctor LAFAILLE, *Tratado de los derechos reales*, ob. cit., Buenos Aires, 1943, t. I, ps. 28 y 29, sostiene que “En el orden fiscal, suelen crearse contribuciones que pesan sobre los dueños o poseedores y que son típicamente *cargas reales*, derivadas de ciertas circunstancias que exteriorizan la riqueza y que el Estado toma en cuenta para hacer incidir el impuesto. Otras veces son *retribuciones de mejoras*, fundadas en la regla del enriquecimiento sin causa (afirmados, caminos, obras públicas, etc.) cuando no *tasas*, para satisfacer servicios útiles a los inmuebles (limpieza, barrido y alumbrado; obras sanitarias, etc.). A esta altura de nuestra exposición será fácil advertir que no es necesario valerse de una nueva figura jurídica para explicar tal responsabilidad”. Luis A.; PEÑA GUZMÁN, *Derechos Reales*, ob. cit., t. I, ps. 392 y 393, dice: “[...] se entiende que la enumeración del artículo no es taxativa sino meramente enunciativa ya que a los casos mencionados en el texto pueden agregarse [...] el deber de pagar los impuestos que gravaren directamente la cosa. En estas circunstancias, las distintas obligaciones enumeradas por la ley recaen sobre el poseedor exclusivamente en su carácter de tal, sin consideración a su persona y así lo ha resuelto la jurisprudencia”.

¹⁶ En nuestras clases hemos sentado la siguiente regla para determinar la posibilidad de subastar: Todo lo que integra el patrimonio puede transferirse; todo lo que puede

VIII. Derechos del poseedor

De igual manera que para las obligaciones inherentes a la posesión, el Código determina de forma genérica lo que debe entenderse por derecho inherente a la posesión. Dice: “Son derechos inherentes a la posesión, sean reales o personales, los que no competen a una o más personas determinadas, sino indeterminadamente al poseedor de una cosa determinada”. Por el solo hecho de ser poseedor tendrá los derechos supuestamente enumerados en este capítulo 3. Sin embargo veremos una gran ausencia que quizás constituya lo más reprochable al legislador en esta regulación: el derecho al uso, goce y disposición. Estas prerrogativas hasta gozan de protección legal aun frente al poseedor no propietario.

A. Derechos que tendría el dominus

Reiterando el principio al cual ya nos habíamos referido, al poseedor le corresponderán todos los derechos que le corresponden al *dominus*, pues aunque no los tuviere jurídicamente hablando, los debe ejercer como complemento efectivo del *animus domini*. Recordemos que el poseedor, aun sin título, el poseedor ilegítimo, debe actuar como si fuera el *dominus*, para no contradecir el aspecto anímico que prevé el art. 2351 como elemento de la posesión. Sin embargo, aquellas prerrogativas que surjan del título, como veremos en el punto siguiente, no serán atribución del simple poseedor no propietario.

transferirse puede embargarse; todo lo que puede embargarse puede subastarse. Obviamente, como toda regla tiene sus importantes excepciones; pero la posesión no está entre ellas. La posesión, o mejor dicho los derechos que de ella han surgido (posibilidad de explotación y hacer suyos los frutos; posibilidad de adquisición del dominio por el transcurso del tiempo; posibilidad de ser defendido frente al ataque de otro, etc.) integran el patrimonio, pueden transferirse (a través de las llamadas cesiones de derechos posesorios), pueden embargarse y, en consecuencia, pueden también subastarse. Ver sobre este punto nuestro Gabriel B. VENTURA, *Tracto abreviado registral*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, p. 279; Gabriel B. VENTURA, *La cesión de derechos posesorios*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, p. 843; Gabriel B. VENTURA, *El saneamiento de títulos...* ob. cit., p. 398.

B. Derecho a las servidumbres activas

Sobre la base de lo que acabamos de expresar es que dudamos de la efectiva realización de la norma del 2421 que establece como derecho inherente las servidumbres activas. En efecto, tanto las servidumbres pasivas, como las activas, dependerán del título constitutivo y sólo el poseedor legítimo podrá considerarla de su patrimonio o le serán a él oponibles, según los casos. Si el simple poseedor pretende usar una servidumbre activa constituida a favor del inmueble cuya posesión ostenta, ese ejercicio constituirá una extensión de su posesión ilegítima y, como tal, seguirá su misma suerte. Sólo podrá adquirirla por usucapión mediante el uso continuo. Para más recordemos que sólo las servidumbres aparentes y continuas son susceptibles de ser adquiridas por usucapión; en razón de lo cual le estarían vedadas a los fines de la adquisición por el uso, las que no lo fueren, según lo preceptuado en el art. 3017 del Código Civil.

Concluimos que no deberían figurar como derecho inherente las servidumbres activas, tal como resulta del art. 2421. En cambio, sí debería estar aquí, y no aparece de manera expresa dentro del capítulo, ni en ninguna otra parte del Código, el derecho a usar y gozar de la cosa poseída.

C. Usar y gozar de la cosa poseída

En efecto, si bien estas facultades de uso y goce resultan casi obvias del elemento anímico de la posesión, el “*animus domini*”, haberlo remarcado de manera expresa en este capítulo hubiera dado coherencia al sistema. Hay norma que refleja respecto de las restricciones y límites del dominio; pero brillan por su ausencia, en norma que refleja para el poseedor, los arts. 2513 y 2514 del Código que regulan el uso, goce y disposición del bien poseído.

De haberse procedido así, creemos que también hubiera quedado más claro el ejercicio concreto de la posesión, y resuelto también el verdadero objeto del contrato de cesión de derechos posesorios que tanto confunde a doctrina y jurisprudencia ¹⁷. El derecho al uso y goce que

¹⁷ Gabriel B. VENTURA, “La Cesión de Derechos Posesorios”, Ob. cit. Allí analizamos algunos fallos, por lo que remitimos a ese trabajo para profundizar el tema.

confiere la posesión pues, no proviene de la cesión, sino sólo de la tradición, ya que es ésta y no aquella la que coloca al poseedor en contacto con la cosa.

Remarcamos que al producirse un contrato de cesión de derechos posesorios, lo que en ella el cedente transfiere no es la posesión que, como todo hecho, se adquiere y se pierde en el mundo de los fenómenos; es decir mediante la sola entrega efectiva de la cosa (art. 2377 C.C.). La cesión sólo aporta al cesionario, la prueba del tiempo y la posibilidad de unir su posesión a la de su antecedente, según lo establecido en los arts. 2474 y 4005 del Código Civil, a los fines de ejercer las facultades defensivas (art. 2469 y ss C.C.) y de la usucapión (art. 4005 C.C.). La posesión en sí, sólo queda transferida mediante la tradición. Aludimos a la norma del art. 2377 del Código Civil que conceptúa la tradición como modo de adquirir la posesión que, como sabemos, sólo si está acompañada de título suficiente transmitirá también el dominio (arg. de los arts. 2601 a 2603 C.C.).

DE LAS “*ESPECIES*” DE PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA EN MATERIA INMOBILIARIA

GABRIEL ANÍBAL FUSTER

Sumario: I. Introducción. II. La cuestión metodológica. III. La regulación positiva de la prescripción en el Código Civil. IV. La doctrina clásica. V. Nuestra postura. VI. La prescripción adquisitiva en materia de avulsión. a. Los artículos 2583, 2584 y 4039 del Código Civil a la luz de la doctrina clásica. b. El concepto de “*acto posesorio*”. VII. Conclusiones.

I. Introducción

La prescripción es un instituto jurídico que está rodeado de una serie de prejuicios, que como un velo se tienden sobre ella y sobre los que es menester detenerse a indagar si les asiste asidero o no.

Así, en materia de prescripción encontramos diversos postulados¹ que suelen emplearse como premisas para su análisis y en virtud de los cuales se arriba a conclusiones determinadas.

Sobre el particular entendemos que es necesario un estudio más profundo de estos postulados a fin de precisar si las conclusiones a las que arribamos son verdaderas o falsas.

En este breve ensayo intentaremos reflexionar sobre una de las tantas facetas de esa figura jurídica y que se refiere a la afirmación de que existen sólo dos clases de prescripción adquisitiva en materia inmobiliaria, tratando de establecer si esto es acertado o equivocado.

¹ Empleamos la palabra “postulado” con el significado que le atribuye la Real Academia Española de la Lengua, que lo ha definido diciendo: “(Del part. de *postular*). m.

II. La cuestión metodológica

Al arremeter la elaboración del Código Civil argentino el insigne Don Dalmacio Vélez Sársfield encontró diversos obstáculos, uno de los cuales, -y quizá el más importante- fue el del método a seguir.

Así lo reconoce expresamente diciendo: “El método que debía observar en la composición de la obra ha sido para mí *lo más dificultoso y me ha exigido los mayores estudios...*” (la bastardilla nos pertenece)².

Nobleza obliga a admitir que los intérpretes del derecho tendemos a ser renuentes al estudio y consideración de las cuestiones metodológicas, a las que solemos -incluso- menospreciar.

Esta actitud es equivocada pues implica no haber apreciado en su justa dimensión la verdadera importancia que la metodología -sin llegar a la sobrevaloración que le asignan algunos de los cultores de esta última- tiene tanto en el campo científico en general, como en particular en el ámbito de la ciencia jurídica y del Derecho.

Sin embargo, un jurista del siglo XIX como fue Vélez Sársfield no incurrió en este yerro, sino que -muy por el contrario- supo apreciar la importancia del método para encarar su obra codificadora, lo que resulta demostrativo de su sabiduría y vasta cultura. Y éste fue el de la distinción entre los derechos reales y personales.

Así lo han reconocido autores de fuste como el ilustre Moisset de Espanés quien ha dicho: “El método adoptado por Vélez no es absolutamente novedoso, pues se inspiró en las enseñanzas del “sabio jurisconsulto brasileño Freitas”: tiene, sin embargo, un mérito innegable, es la primera codificación civil que de manera deliberada y consciente adopta como principio clasificador para ordenar las estructuras del Código, *la distin-*

Proposición cuya verdad se admite sin pruebas y que es necesaria para servir de base en ulteriores razonamientos.” (ver “*Diccionario de la Lengua Española – Real Academia Española*” – h/z, 22ª ed., 2001, Espasa Calpe S.A., Reimpresión especial para Grupo Editorial Planeta S.A.I.C., Buenos Aires, marzo de 2006, p. 1813).

² Ver Dalmacio VÉLEZ SÁRSFIELD en “*Oficio de remisión del Proyecto del Libro Primero del Código Civil Argentino*”, en nota de fecha veintiuno del mes de junio del año mil ochocientos sesenta y cinco (21/06/1865) dirigida al Doctor Eduardo Costa, otrora Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública de la Nación.

ción entre los derechos personales y los derechos reales, apartándose del Código Napoleón...” (la bastardilla nos pertenece)³.

En pocas palabras podemos decir que, cual regla general, se sostiene que la prescripción extintiva corresponde a los derechos personales, mientras que la prescripción adquisitiva a los derechos reales, pero -no obstante lo expuesto- Vélez Sársfield no trató la prescripción extintiva al hablar de los derechos personales, ni tampoco regló la prescripción adquisitiva al tratar los derechos reales.

Muy por el contrario, en general -salvo algunas normas aisladas y específicas- las regló de manera conjunta y en un solo apartado de su obra, tal como lo desarrollaremos seguidamente

III. La regulación positiva de la prescripción en el Código Civil

Es menester recordar que la prescripción adquisitiva es un modo de adquisición de los derechos reales legalmente instituido por el artículo 2524, inciso 7, del Código de Vélez y regulado en el capítulo tercero 4, del título 1⁵, de la sección tercera⁶, del libro cuarto⁷ del referido cuerpo normativo.

En efecto, es precisamente en el artículo 3948 del Código Civil en el que Don Dalmacio Vélez Sársfield ha volcado la definición preceptual o legislativa⁸ del instituto de que se trata.

³ Ver Luis MOISSET DE ESPANÉS en *codificación civil y derecho comparado*, Buenos Aires, Zavallía Editor, Víctor P. de Zavallía, 1994, ps. 305/306.

⁴ Bajo el acápite: “*De la prescripción para adquirir*”.

⁵ Cuyo título reza: “*De la prescripción de las cosas y de las acciones en general*”.

⁶ Bajo el acápite: “*De la adquisición y pérdida de los derechos reales y personales por el transcurso del tiempo*”.

⁷ Titulado: “*De los derechos reales y personales. Disposiciones comunes*”.

⁸ Suele decirse en doctrina (Pizarro / Vallespinos) que nuestro codificador es contrario a la admisión de definiciones en un cuerpo normativo codificado, lo cual es cierto, pero dicho comentario se hace la mayoría de las veces sin aclarar que sí admite las definiciones “*legislativas*” o “*preceptuales*”. Más precisamente, señala: “En todo caso es extraña a la ley, a menos que sea legislativa, es decir, que tenga por objeto restringir la

Dicha definición ha sido criticada por la doctrina especializada (Musto^{9/} Peña Guzmán¹⁰ -entre otros-) señalando que la prescripción no es un derecho sino un modo de adquirirlo.

En efecto, la crítica es atinada a la luz del texto con que comienza el referido dispositivo normativo que dispone: “La prescripción para adquirir, es un derecho...”.

Como el buen lector podrá advertir la prescripción es un instituto jurídico que ha sido reglado por Vélez Sársfield en un apartado único de su obra codificadora.

IV. La doctrina clásica

La doctrina clásica (Salvat¹¹, Highton¹², Musto¹³, Peña Guzmán¹⁴, Giannone de Buffetti¹⁵, Segovia¹⁶, Borda¹⁷, Mariani de Vidal¹⁸) tiene

significación del término de que se sirva, a las ideas que reúnan exactamente todas las condiciones establecidas en la ley.” (la bastardilla nos pertenece) (ver nota al artículo 495 del Código Civil).

⁹ “La redacción de la norma (se refiere al artículo 3948 del Código Civil) es defectuosa pues la prescripción no es un derecho, sino un modo de adquirirlo...” (lo consignado entre paréntesis nos pertenece) (ver Néstor Jorge MUSTO en *Derechos reales*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni SCC Editores, 1989, t. II, p. 227).

¹⁰ “Si bien el artículo dice que la prescripción es un derecho, en realidad debe entenderse que con dicha expresión ha querido decir que es un modo o un medio de adquirir determinados derechos reales...” (ver Luis Alberto PEÑA GUZMÁN en *Derecho Civil. Derechos Reales*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1973, t. II, p. 201).

¹¹ “*Nuestro Código civil consagra y reglamenta dos clases de prescripción adquisitiva*: 1° la prescripción de diez a veinte años, que exige el justo título y la buena fe (art. 3999); 2° la prescripción de treinta años, que no exige esos requisitos (art. 4015 y 4016).” (la bastardilla nos pertenece) (ver Raymundo M. SALVAT en *Tratado de derecho civil argentino*, Derechos Reales, Buenos Aires, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, t. I, 1927).

¹² En este sentido tiene dicho: “*Hay dos clases de usucapción inmobiliaria: breve, corta u ordinaria, y larga o extraordinaria*. Ambas tiene requisitos comunes, referidos a la posesión y el tiempo; la usucapción breve tiene, además, ciertos requisitos propios o específicos que, de existir, permiten justamente abreviar el plazo para adquirir la cosa frente a todos, y que son el justo título y la buena fe.” (la bastardilla nos pertenece) (ver

dicho que en materia de prescripción adquisitiva inmobiliaria existen dos clases o tipos diferenciados a tenor del texto de nuestro Código Civil, a saber: a) la *prescripción adquisitiva ordinaria* (llamada asimismo “decenal” o corta), y b) la *prescripción adquisitiva extraordinaria* (también denominada “veinteañal” o larga).

La pregunta que emerge es la siguiente: ¿existe otra especie de prescripción adquisitiva en materia inmobiliaria?; o -reformulando la pregunta- en otros términos: ¿las dos especies de prescripción adquisitiva referidas son las únicas existentes en materia inmobiliaria?

Cierto es que en relación a los bienes inmuebles se advierte la presencia de dos clases de prescripción adquisitiva: la extraordinaria o

Elena I. HIGHTON en “*Dominio y usucapión*”, Segunda parte, Hammurabi, José Luis Depalma Editor, p. 157).

¹³ “Como acabamos de expresar, la usucapión puede recaer sobre cosas inmuebles o sobre cosas muebles. Respecto de las primeras distinguimos dos clases de prescripción: La ordinaria o corta y la extraordinaria o larga.” (sic) (ver Néstor Jorge MUSTO, ob. cit., p. 224).

¹⁴ “670. I. Prescripción adquisitiva aplicable a las cosas inmuebles. *La adquisición del dominio por prescripción ha sido contemplada por el Código bajo dos formas* en las que juegan un rol preponderante el justo título y la buena fe, ya que la existencia o ausencia de ellos hace que el término necesario sea de diez años o se extienda a veinte años. Estudiaremos por tanto la prescripción decenal, como la veinteañal, pero antes nos ocuparemos del alcance de estos tipos de prescripción” (la bastardilla nos pertenece) (ver Luis Alberto PEÑA GUZMÁN, ob. cit., p. 236).

¹⁵ En idéntico sentido: “Dos son las formas de prescribir adquisitivamente: la breve u ordinaria y la larga o extraordinaria” (ver Liliana Beatriz GIANNONE DE BUFFETTI y Miguel ÁNGEL SEGOVIA en “Titulaciones dominiales insuficientes. La cesión de derechos hereditarios”, Revista Notarial Nº 32/33, 2/1976, 1/1977, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, Número especial dedicado al II Congreso Nacional de Derecho Registral, Córdoba, 1978, p. 313).

¹⁶ Idem.

¹⁷ En idéntico sentido: “A.- Prescripción de inmuebles. 372. LAS DOS CLASES DE PRESCRIPCIÓN.- El Código legisla dos clases de prescripción: a) la de quien ejerce la posesión por justo título y a buena fe, que adquiere el derecho de propiedad por prescripción a los 10 años (art. 3999); b) la de quien no tiene justo título o buena fe, que adquiere la propiedad por posesión de veinte años (art. 4015).” (ver Guillermo A. BORDA en *Tratado de derecho civil. Derechos reales*, Buenos Aires, Perrot, 1975, t. I, p. 316).

¹⁸ “Dentro de la prescripción adquisitiva pueden señalarse dos clases: la corta y la larga...” (ver Marina MARIANI DE VIDAL en *Curso de derechos reales*, Buenos Aires, Zavallá Editor, 1997, t. 3, p. 288).

“veinteañal”¹⁹ y la ordinaria o “decenal”, *pero no son las únicas especies*²⁰ *existentes*.

A modo de adelanto debemos señalar que -a nuestro entender- sí se verifican otros supuestos de prescripción adquisitiva en lo que a bienes raíces se refiere, y que respecto de la última pregunta la respuesta negativa se impone sin miramientos y de manera categórica, tal como hemos de fundarlo en el apartado inmediato siguiente.

V. Nuestra postura

Es de nuestra inteligencia que sostener que sólo existen dos tipos o clases de prescripción adquisitiva en materia inmobiliaria deviene en una afirmación dogmática que soslaya dispositivos normativos concretos y específicos del Código de Vélez.

Es decir, se convierte en una postura insostenible e indefendible a la luz -inclusive- del positivismo más ortodoxo.

En efecto, el propio Código Civil argentino contempla un supuesto distinto de prescripción adquisitiva inmobiliaria allá por el artículo 2584 al tratar del instituto jurídico de la avulsión, precepto éste que debe ser debidamente concordado con el artículo 4039 del mismo cuerpo normativo incluido por nuestro codificador en materia de prescripción.

El primero de los dispositivos transcritos nos dice: “*Desde que las cosas desligadas por avulsión se adhieren naturalmente al terreno ribereño en que fueron a parar, su antiguo dueño no tendrá derecho para reivindicarlas.*” (la bastardilla nos pertenece).

¹⁹ En su redacción originaria esta especie de prescripción adquisitiva inmobiliaria se producía al término de treinta años por lo que era denominada “treinteañal”. En efecto, el artículo 4015 (original) del Código Civil -en su parte pertinente- preveía: “Prescríbese también la propiedad de cosas inmuebles y los demás derechos reales, *por la posesión continua de treinta años*, con ánimo de tener la cosa para sí...” (la bastardilla nos pertenece).

²⁰ Es dable destacar que empleamos la palabra “especie” en el marco de la definición aristotélica por género y especie (o género próximo y diferencia específica), entendiendo a la “prescripción adquisitiva inmobiliaria” como género y a la “prescripción adquisitiva inmobiliaria ordinaria” y a la “prescripción adquisitiva inmobiliaria extraordinaria” como “especies”.

A su tiempo, el segundo de los artículos referidos expresa: “*Se prescribe por seis meses, la acción de los propietarios ribereños para reivindicar los árboles y porciones de terrenos, arrancados por la corriente de los ríos*” (la bastardilla nos pertenece).

De la interpretación sistemática y armónica de ambos dispositivos surge clara y evidente *la consagración normativa de una especie distinta de prescripción adquisitiva en materia inmobiliaria*.

En virtud de la misma, quien posee una porción de terreno arrancado por la corriente del río de un fundo superior que ha venido a acrecer a otro inferior termina adquiriendo por usucapión o prescripción adquisitiva el dominio del mismo, luego de transcurrido el plazo de seis meses, o incluso antes en el caso que se produzca la adherencia natural de la fracción objeto de avulsión.

Así lo ha reconocido calificada doctrina de nuestro medio (Segovia), que a su tiempo ha dicho: “El artículo debió decir que la cosa pasa á ser propiedad del dueño del terreno á que ella se adhiere...” (sic)²¹.

VI. La prescripción adquisitiva en materia de avulsión ²²

a. Los artículos 2583, 2584 y 4039 del Código Civil a la luz de la doctrina clásica

Ahora bien, ¿cómo interpreta estos dispositivos, en especial el artículo 2584 del Código Civil, la doctrina clásica?

²¹ Ver Lisandro SEGOVIA en *El Código Civil de la República Argentina*, Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Coni, Editor, 1881, Tomo Segundo, p. 101, nota a pie de página N° 121, segundo párrafo.

²² El instituto jurídico de la avulsión es de neto cuño romanista, tal como se acredita con las siguientes expresiones del jurisconsulto Gayo quien ha dicho: “*Itaque si flumen partem aliquam ex tuo praedium resciderit et ad meum praedium pertulerit, haec pars tua manet.*” (Gayo, Instituta, II, 71) (así pues si el río desgaja de tu predio una parte y la añade al mío, esta parte sigue siendo tuya); “*Plane si longiore tempore fundo vicini haeserit, argoresque, quas secum traxerit, in eum fundum radices agerint, ex eo tempore videntur vicini fundo acquisitae esse.*” (Gayo, Instituta, 2, 1, 21) (Pero si por

Pues lo que hace es señalar que el propietario del terreno que sufre la pérdida de una porción del mismo no lo reivindica sino que sólo: "...conserva su dominio para el solo efecto de llevársela"²³.

Asimismo agrega: "Con ellos se quiere decir que no es propietario del pedazo de tierra... No puede en consecuencia seguir usándolo, gozándolo y poseyéndolo, invadiendo así el fundo del vecino donde se encuentra el objeto..."²⁴.

Es decir, que para la postura tradicional el "propietario *perdidoso*"²⁵ -por llamarlo de alguna manera²⁶- no es un verdadero dueño sino sólo para recuperar o "llevarse" la cosa y -en consecuencia- la acción tendiente a ello es mal llamada reivindicatoria, toda vez que en realidad lo que tiene es un mero efecto reipersecutorio distinto del propio de la referida acción petitoria típica.

Si bien esto último no lo dice de manera expresa, ello resulta una consecuencia lógica de concebir una "aparente" nueva especie de dominio: la que permite sólo "llevar" o recuperar la cosa.

A nuestro entender se equivoca la posición en crisis toda vez que hace un distinguo que no cabe ni en el supuesto bajo análisis, ni en general respecto de cualquier propietario reivindicante.

En efecto, dice la doctrina clásica que el propietario del terreno que sufre la pérdida de una porción del mismo: "No puede en consecuencia seguir usándolo, gozándolo y poseyéndolo, invadiendo así el fundo del vecino donde se encuentra el objeto..."²⁷.

más largo tiempo se hubiere arrastrado hubieren echado raíces en este fundo, desde ese momento se estima que han sido adquiridos por el fundo del vecino). Estos párrafos son citados por Luis Alberto PEÑA GUZMÁN, ob. cit., p. 161, nota a pie de página N° 128.

²³ Ciertamente es que la expresión surge del texto literal del precepto analizado (artículo 2583 *in fine*) que reza: "... el dueño de ella conserva su dominio para el solo efecto de llevársela.", lo que no por ello deja de ser desafortunado.

²⁴ Ver Elena I. HIGHTON en *Dominio y usucapión, Segunda parte*, Buenos Aires, Hammurabi, José Luis Depalma Editor, p. 67.

²⁵ Es decir, el dueño del terreno del que se ha desprendido por efecto de una fuerza súbita de un río o un arroyo una porción del mismo.

²⁶ Es menester destacar que a los fines metodológicos del presente trabajo hemos de llamarlo en lo sucesivo: "propietario *perdidoso*".

²⁷ Ver Elena I. Highton, ob. cit., p. 67.

Si el dueño del inmueble ha perdido una parte del mismo se verifica un supuesto de desposesión -óbice para su uso y goce- que lo habilita a reivindicar.

Por el contrario, si usara y gozase -poseyéndolo- la porción del bien raíz invadiendo el fundo vecino no sólo que no sería víctima de desposesión -y en consecuencia no se darían ya las condiciones necesarias para el ejercicio de la acción reivindicatoria- sino que él mismo estaría lesionando la posesión del vecino, habilitándolo a éste a esgrimir las defensas posesorias pertinentes.

Recordemos que la regla metodológica empleada comúnmente por la doctrina (Puig Brutau ²⁸, Musto ²⁹, Ventura ³⁰) a fin de precisar el ámbito de aplicación de la acción reivindicatoria reza que la misma es la que compete al *propietario desposeído contra el poseedor que no es propietario*.

Va de suyo entonces que el dueño reivindicante en todos los casos lo que pretende es recuperar la posesión de la cosa -de la que se ha visto privado- a fin de poder usarla, gozar de ella y disponer de la misma conforme a derecho.

Si pudiese hacer esto último entonces no hay desposesión posible, entendida ésta como la "... lesión que se configura cuando alguien contra la voluntad del poseedor de un inmueble ejerce actos posesorios de los que resultase la exclusión absoluta del poseedor"³¹.

²⁸ En este sentido la doctrina ha dicho: "... es la acción que puede ejercitar el propietario, que no posee contra el poseedor que... no puede alegar un título jurídico que justifique su posesión..." (ver José PUIG BRUTAU en *Fundamentos de derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1978, t. II, vol. I, p. 176).

²⁹ "Se suele decir, con una expresión sencilla y fácil de recordar, que la acción reivindicatoria es la que tiene el propietario que no posee frente al poseedor que no es propietario." (ver Néstor Jorge Musto en *Derechos reales*, Ciudad de Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2000, p. 509).

³⁰ "La acción reivindicatoria va a promoverse cuando haya una desposesión del propietario." (ver Gabriel B. VENTURA y otros en *Cuestiones esenciales en derechos reales*, Buenos Aires, LexisNexis-Abeledo Perrot, 2002, p. 145).

³¹ Ver nuestro trabajo "De la usurpación y la protección jurídica de la posesión y la tenencia" (en co-autoría con Gabriel B. VENTURA), Revista LexisNexis Córdoba N° 9, septiembre 2007, p. 727.

Pero si -inexplicablemente³²- pudiese usar, gozar y disponer de la cosa pese a haber sido desposeído, ¿para qué necesitaría reivindicar?

Recordemos que para poder usar y gozar de la cosa conforme a derecho se requiere -como presupuesto ineludible- la posesión de la cosa; es decir, la detentación material (*corpus*) de la misma con intención de poseer (*animus domini*), conforme lo dispuesto por el artículo 2351 del Código Civil.

Por lo tanto, en el supuesto bajo análisis es necesario que el propietario recupere la posesión de la cosa a fin de poder usar, gozar y disponer de ella y a tales fines es que el ordenamiento jurídico positivo prevé la acción reivindicatoria.

Asimismo, es necesario destacar que la postura clásica incurre en una contradicción al señalar que con motivo de la adherencia natural el artículo 2584 consagra que la misma: “(...) ...produce la accesión o incorporación al terreno donde fue depositada, *por este hecho se adquiere el dominio por parte de su titular, con la consecuente pérdida para quien fuera su dueño. (...)*” (la bastardilla nos pertenece)³³.

Es decir, si para la doctrina tradicional el “propietario *perdidoso*” sólo es dueño para “llevarse” la cosa o recuperarla, el nuevo dueño³⁴ ¿qué clase de dominio adquiere?

Acaso, ¿sólo es dueño para “conservar” la cosa de que se trata sin poder usar y gozar de ella?³⁵

¡Nada más disparatado y alejado de la realidad!

³² Destáquese que decimos inexplicablemente pues no sería lógicamente posible (Principio lógico de no contradicción) que a alguien se lo excluya absolutamente de la posesión y -no obstante ello- pueda usar, gozar y disponer de ella, actividades éstas que suponen necesariamente el ejercicio de la relación real posesoria.

³³ Ver Elena I. HIGHTON, ob. cit., p. 67.

³⁴ Es decir, aquél a cuyo terreno viene a incorporarse la porción desprendida por la fuerza súbita de agua de que se trata.

³⁵ Ello deviene en una consecuencia lógica toda vez que: “*Nemo dat quod non habet*” (*Nadie da lo que no tiene*), principio consagrado en diversos dispositivos normativos de nuestro Código Civil, tales como el artículo 3270, el artículo 2603, la nota al artículo 2109, el artículo 1177 (a *contrario sensu*), el artículo 1329 (a *contrario sensu*), el artículo 2677, el artículo 3606, el artículo 3607, el artículo 3752 -entre otros-.

Ello supondría la consagración de una nueva especie de dominio, más precisamente de un dominio “minusválido”³⁶, toda vez que se vería mutilado en las facultades susceptibles de ejercicio, en menoscabo del principio de *numerus clausus* propio de los derechos reales.

Muy por el contrario, el nuevo dueño lo es con toda la plenitud del mismo, es decir, con el *ius utendi*, el *ius fruendi* y el *ius abutendi* consustanciales al derecho de dominio.

Lo dicho deja en evidencia que los distinguos formulados por la doctrina clásica acerca del dominio que conserva el “propietario *perdidoso*”³⁷ hasta tanto se opere la prescripción del nuevo dueño y la naturaleza de la acción reivindicatoria³⁸ contemplada en materia de avulsión³⁹, son absolutamente inconducentes y desajustados a derecho.

En resumen, es menester advertir que aceptar lo afirmado por la doctrina clásica implicaría sostener que el artículo analizado instituye una especie distinta de dominio y -en consecuencia- de acción reivindicatoria⁴⁰, lo que devendría en un verdadero desatino jurídico.

b. El concepto de “acto posesorio”

Si como tiene dicho la doctrina más calificada (Moisset de Espanés⁴¹, Ventura⁴²) por acto posesorio entendemos todo acto de

³⁶ Destáquese el calificativo empleado (minusválido) toda vez que el supuesto analizado no encuadraría ni si quiera en la previsión normativa del dominio imperfecto contenida en el artículo 2661 -y normas subsiguientes y concordantes- del Código Civil; más precisamente en el título séptimo bajo el acápite “*Del dominio imperfecto*”, del Libro Tercero titulado: “*De los derechos reales*”.

³⁷ Como un dueño que sólo tiene derecho a “llevarse” (es decir, recuperar) la cosa.

³⁸ Como una acción con “meros efectos reipersecutorios” distinta de la acción reivindicatoria típica.

³⁹ Más precisamente, en los artículos 2583, 2584 y 4039 del Código Civil.

⁴⁰ En los términos instituidos por el artículo 2758 del Código Civil.

⁴¹ “... actos posesorios son aquellos que comportan ejercicio efectivo del señorío sobre la cosa y presuponen un contacto inmediato del sujeto con el objeto...” (ver Luis MOISSET DE ESPANÉS en *Prescripción*, 2ª ed., Córdoba, Advocatus, 2006, p. 472).

⁴² El acto posesorio es un “...hecho voluntario que produce una modificación física sobre la cosa supuestamente poseída y que permite llegar al convencimiento de

modificación física de la cosa realizado con intención de poseer, nos preguntamos: ¿cómo se configura un acto posesorio en el supuesto de avulsión aquí analizado?

Resulta claro que el propietario del fundo no necesita ejercer ninguno de los actos posesorios que enumera el artículo 2384 del Código Civil ⁴³ a los fines de adquirir el dominio, ya que la norma le otorga el mismo por la sola extinción de la acción reivindicatoria.

Ahora bien, ¿ello supone que en materia de prescripción adquisitiva en la avulsión el concepto de acto posesorio sufre una modificación?

¡Nada más alejado de la realidad!

El concepto de acto posesorio que se induce del artículo 2384 del Código de Vélez se mantiene incólume.

Aún cuando el dueño del terreno no ejerza ni haya ejercido ningún acto de mutación física de la cosa con intención de poseer la ley le adjudica el dominio del bien.

Entonces, ¿cómo puede prescribir adquisitivamente si adolece de uno de los presupuestos esenciales cual es *la posesión*? ⁴⁴.

En realidad, sí posee mas no por la realización de actos posesorios sino por la aplicación de la regla que prevé que quien posee lo principal posee lo accesorio, contenida en el artículo 2403 del Código Civil.

haber estado en contacto con ella con ánimo de dueño” (ver Gabriel B. VENTURA en “Conceptualización de los ‘Actos Posesorios’”, Nota a fallo en Revista Notarial Córdoba N° 61, ps. 96/97).

⁴³ Reza el referido dispositivo normativo: “Son actos posesorios de cosas inmuebles: su cultura, percepción de frutos, su deslinde, la construcción o reparación que en ellas se haga, y en general, su ocupación, de cualquier modo que se tenga, bastando hacerla en alguna de sus partes”.

⁴⁴ Es menester destacar que -no obstante lo expuesto- no desconocemos el texto de la nota al artículo 2374 del Código Civil que reza: “La posibilidad física de tomar la cosa o de disponer de ella, dice Savigny, puede existir sin el contacto; pues el que puede a cada momento poner su mano sobre una cosa que está delante de él, es sin duda tan dueño de ella como el que la ha tomado. Esta posibilidad física es el hecho esencial de toda adquisición de la posesión. *La ley Romana dice, que el contacto personal no es necesario para la adquisición, y que basta la sola vista de una cosa presente. Non est enim corpore et tactu necesse adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu. (L. 1, 21, Dig. De adquir. poss.)*.” (la bastardilla nos pertenece).

Algunos autores (Highton) creen ver en el supuesto previsto por el artículo 2584 del Código Civil un caso de prescripción liberatoria y no adquisitiva y así lo expresan diciendo: “*Consideramos que se trata de una prescripción extintiva*; si se tratara de una usucapición sería necesaria la toma de posesión efectiva por parte del usucapiente y con animus apropiado de no reconocer un señorío superior al suyo, lo que generalmente no ocurrirá en el caso;” (la bastardilla nos pertenece) ⁴⁵.

Pero desgraciadamente se quedan a medio camino ya que no explican por qué nuestro codificador habla de acción reivindicatoria pese a estar regulando un supuesto de prescripción liberatoria (o “extintiva” -en sus textuales palabras-) y no adquisitiva, lo que intentaremos responder en un futuro trabajo.

VII. Conclusiones

1) La prescripción es un instituto jurídico que está rodeado de una serie de prejuicios, algunos de los cuales se yerguen como postulados a partir de los cuales se analiza esta figura y se arriba a conclusiones determinadas, las que entendemos muchas veces equivocadas, razón por la cual consideramos que a estas alturas se impone una labor “desmitificadora” de la figura que nos convoca por parte de la ciencia jurídica.

2) Es de nuestra inteligencia que sostener que sólo existen dos tipos o clases de prescripción adquisitiva en materia inmobiliaria deviene en una afirmación dogmática que soslaya dispositivos normativos concretos y específicos del Código de Vélez.

3) El propio Código Civil argentino contempla un supuesto distinto de prescripción adquisitiva inmobiliaria allá por el artículo 2584 al tratar del instituto jurídico de la avulsión, precepto éste que debe ser debidamente concordado con el artículo 4039 del mismo cuerpo normativo incluido por nuestro codificador en materia de prescripción.

⁴⁵ Ver Elena I. HIGHTON, ob. cit., p. 67, nota a pie de página N° 435.

*Al gran Maestro y Jurista Dr. Luis Moisset de
Espanés quien supo guiar a sus alumnos y discípu-
los por el recto camino del estudio y ejercicio del
Derecho.*

MANIFESTACIONES ACTUALES DEL DERECHO DE SERVIDUMBRE ¿VENTAJA REAL?

ALICIA PUERTA DE CHACÓN

Sumario: I. Cuestión terminológica. II. Nuevas formas de servidumbres. III. Ventaja real. IV. Ventaja personal. V. Tipicidad de la servidumbre según la ventaja. VI. Ventaja empresarial. VII. Ventaja recíproca o consorcial. VIII. Ventaja ambiental. Servidumbres ecológicas. IX. Reflexión final.

I. Cuestión terminológica

La palabra “servidumbre” en el significado común tiene una connotación fuertemente peyorativa porque denota la idea de esclavitud, de servicio personal o vasallaje que importa la sujeción de una persona al poder de otra coartando su libertad personal.

Por esta razón el Código napoleónico, en reacción contra el derecho feudal, al regular el derecho real de servidumbre se abstuvo de utilizar el calificativo “personal”, ni siquiera para designar o reconocer el derecho real de servidumbre que se constituye sobre un inmueble ajeno a favor de una persona determinada.

En la órbita de los derechos reales la expresión “servidumbre” tiene un sentido eminentemente objetivo porque no refiere a la obligación personal sino a la utilidad o el servicio que se puede obtener de un inmueble

ajeno. No hay obligación que corresponda a los derechos reales (arts. 497 y 3010 C.C.).

El artículo 2503 del Código civil argentino enumera entre los derechos reales a las servidumbres activas. El calificativo de “activa” pone el acento en la ventaja que se obtiene del inmueble sirviente, nota sustantiva de todo derecho real.

El artículo 2970 da la siguiente definición: “*Servidumbre es el derecho real, perpetuo o temporario sobre un inmueble ajeno, en virtud del cual se puede usar de él, o ejercer ciertos derechos de disposición, o bien impedir que el propietario ejerza algunos de sus derechos de propiedad*”. La servidumbre puede consistir en un dejar hacer (*in patiendo*) al titular de la servidumbre, llamada “positiva” porque otorga una determinada utilidad del fondo sirviente; o bien, en un “no hacer” o una abstención del titular del fondo sirviente (*non faciendo*), esta servidumbre se denomina “negativa” porque reduce las facultades del titular o poseedor del fondo sirviente. Lo que está vedado es que la servidumbre consista en un hacer del titular del fondo sirviente (*in faciendo*). Se trata de la regla imperante en el derecho romano “*servitus in faciendo consistere nequit*”, salvo el supuesto excepcional de la servidumbre *oneris ferendi*.

Para el fondo sirviente la servidumbre constituye una carga real, por esta razón el dominio de su titular se califica de “imperfecto” en tanto se afecta la plenitud y también la exclusividad de su derecho (arts. 2507 y 2661).

La servidumbre es la desmembración del dominio de alcances más limitados, sus contornos jurídicos provienen del antiguo derecho romano. En un principio fueron las necesidades de los fundos las que le dieron origen (el riego, el tránsito, la provisión de agua, etc.) ampliándose luego el espectro de las ventajas que se pueden extraer de los inmuebles ajenos.

El Código Civil argentino admite que el inmueble sirviente preste una ventaja “real”, que tiene por destinatario el inmueble dominante; y también admite la ventaja “personal”, en favor una persona determinada (arts. 2971 y 2972); es más, cualquiera puede ser la ventaja, aún de mero recreo o placer (art. 3010).

La atipicidad con que ha sido concebido el derecho real de servidumbre ha ensanchado notablemente su campo de aplicación, adecuándolo a los requerimientos actuales del tráfico jurídico inmobiliario. Su utilización se potencia en países como el nuestro que receptan en la materia de los

derechos reales el sistema del *numerus clausus* que impide a los particulares la creación convencional de otros derechos reales distintos a los consagrados por la ley y la modificación de los existentes (arts. 2502 y 2503 del C.C.).

II. Nuevas formas de servidumbres

En las últimas décadas la aplicación de las servidumbres ha adquirido un desarrollo inusitado. El crecimiento de las ciudades, las nuevas técnicas constructivas, el desarrollo de las tecnologías y de las actividades económicas, etc., muestran en el ámbito del derecho patrimonial diferentes formatos de servidumbres que contienen los más variados servicios: puentes aéreos; utilización de instalaciones deportivas; vistas de parques, de canchas de golf, etc.; transporte de funiculares; ocupación de espacios con cartería de publicidad, de antenas de diversa índole, etc.-

Las nuevas formas “co-participativas” de la propiedad inmobiliaria (clubes de campo o countries, barrios privados, clubes náuticos, pueblos de chacras, de viñas, centros de compras, cementerios parques y otras manifestaciones similares), que en el derecho nacional carecen de regulación legal específica ¹ impulsan a los operadores jurídicos al estudio de las servidumbres con la finalidad de emplearlas como nexo jurídico entre las unidades privativas que conforman estos complejos inmobiliarios con los servicios e instalaciones de uso común que prestan conforme su destinación. Estas servidumbres que son recíprocas e interdependientes canalizan jurídicamente el interés grupal o consorcial de los propietarios de los inmuebles que revisten simultáneamente la condición de sirvientes y dominantes entre sí.

Además se observa en el derecho extranjero la adopción de la servidumbre como instrumento jurídico para el desarrollo de la actividad empresarial. La ventaja que se obtiene del inmueble sirviente trasciende el

¹ La problemática de las “*Formas coparticipativas de propiedad: tendencias actuales*” fue materia de estudio por la Comisión V de las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Ciudad de Córdoba, 24 y 25 de setiembre de 2009.

inmueble dominante porque el ejercicio de la servidumbre se da en beneficio directo de una actividad industrial o comercial.

En la órbita del derecho público, las servidumbres administrativas con sus connotaciones peculiares, constituyen una herramienta fundamental para la prestación de los servicios públicos esenciales (redes e instalaciones para la provisión de gas, agua, energía eléctrica, hidrocarburos, etc.-).

Las denominadas servidumbres ecológicas que se constituyen por los particulares, sin que quepa encuadrarlas como servidumbres administrativas, hoy también satisfacen necesidades públicas, porque trasponen el mero interés individual en la búsqueda de la preservación del medio ambiente.

Este abanico de posibilidades de implementación de las servidumbres ha determinado que hoy se hable de la solidaridad inmobiliaria e interfundaria como fundamento específico del derecho de servidumbre.

Con esta amplitud de enfoque, y sin el sentido despectivo que otrora tuvo la expresión servidumbre, la doctrina contemporánea urge la renovación de su régimen legal, requiriendo gran creatividad a los operadores jurídicos para adaptarlas a los nuevos problemas del desarrollo socioeconómico ².

III. Ventaja real

El artículo 2971 del Código establece la siguiente definición: “*Servidumbre real es el derecho establecido al poseedor de una heredad, sobre otra heredad ajena para utilidad de la primera*”.

La servidumbre real requiere la existencia de dos inmuebles pertenecientes a distintos propietarios: el inmueble “sirviente” que presta la utilidad y el inmueble “dominante” que la recibe. Desde el punto de vista económico se produce la valorización del fundo dominante y la minusvalía del fundo sirviente.

²María Dolores PALACIOS GONZÁLEZ, *Las servidumbres industriales y de empresa*, Madrid, Montecorvo, 1999. En prólogo de Joaquín Arce y Flores-Valdés, p. 17.

La ventaja es “real” porque grava un fundo en beneficio de otro fundo, independientemente de quien es su titular. Ambos inmuebles deben ser contiguos o vecinos de manera tal que su ubicación permita el ejercicio de la servidumbre (art. 3005) y la servidumbre puede gravar la totalidad del inmueble sirviente o una parte material de él, en su superficie, profundidad o altura (art. 2998).

El principio de inherencia de la servidumbre opera en ambos fundos, el dominante y el sirviente, porque la servidumbre se transmite activa y pasivamente con el dominio de ellos respectivamente (art. 3006). También la ventaja real determina la indivisibilidad de la servidumbre real como derecho y como carga (art. 3007). En cuanto a su duración, en principio es perpetua, porque satisface necesidades permanentes del inmueble dominante, salvo pacto en contrario (art. 3009).

La utilidad que presta el fundo sirviente puede constituir una necesidad del fundo dominante, como acontece con las servidumbres forzosas que establece el Código (de paso, de vista, de acueducto y de recibir aguas previstas). Respecto de la servidumbre de fuente convencional basta que consista en una mera comodidad que se debe plasmar en el título.

La ley deja librado a la voluntad particular establecer el contenido de la servidumbre; si ella no procura alguna ventaja a aquel a cuyo favor se establece, es de ningún valor (art. 3000). La misma sanción acarrea la constitución de una servidumbre que procura una ventaja ilícita (por ej. derivar aguas contaminadas; servir de vertedero de residuos industriales).

El propietario de la heredad sirviente debe, si la servidumbre es negativa, abstenerse de actos de disposición o de goce, que puedan impedir el uso de ella; y si es afirmativa está obligado a sufrir de parte del propietario de la heredad dominante, todo lo que la servidumbre le autorice a hacer (art. 3036). Lo que está vedado por la ley es alterar la estructura de la servidumbre como derecho real. El contenido de la servidumbre no puede consistir en una obligación de hacer, aunque sea temporaria y para utilidad de un inmueble; la servidumbre así constituida vale como simple obligación para el deudor (art. 3010). La norma prevé la posibilidad de conferir los efectos de derecho personal a la servidumbre constituida en violación a la ley conforme la regla que sienta el artículo 2502.

En cuanto a la conducta abstencionista del titular del fundo sirviente debe referir a un atributo propio de su derecho de dominio (no edificar a más de determinada altura, respetar un estilo arquitectónico, no abrir ven-

tan, etc.) y no al ejercicio de otras facultades como las vinculadas a su libertad personal (por ej. no cantar, no tener animales, ejercer determinada profesión o industria, etc.).

Tampoco la abstención puede desnaturalizar el derecho de propiedad que tiene el titular del fondo sirviente. El TS español ha resuelto que una servidumbre de “no edificar” genérica afecta la buena fe negocial³.

Otra dificultad plantean las servidumbres “en exceso” cuya utilidad es tan amplia que agota el contenido del derecho de dominio del titular del inmueble sirviente. Esta situación se presenta con frecuencia en los clubes de campo o *countries* en que el inmueble afectado (calles, instalaciones deportivas, recreativas, etc.) tiene como único destino la utilidad que presta.

La ventaja real puede ser actual o futura (art. 3001). Estas últimas se plantean en la fase preparatoria de un proyecto constructivo y se establecen en beneficio de inmuebles o edificios futuros, el desarrollista únicamente se interesará por la adquisición del inmueble que cumplirá la función dominante si el inmueble contiguo presta la utilidad que necesariamente se ha previsto en el proyecto.

La aplicación de esta servidumbre se da con frecuencia en los edificios de propiedad horizontal, cuando el reglamento contempla servidumbres que afectan unidades privativas que todavía no se han enajenado (por ej., una servidumbre de tránsito por el sector de las cocheras privativas). También en otros desarrollos inmobiliarios más complejos, por ejemplo la planificación de un barrio privado que requiere accesos por el inmueble contiguo, la utilización de las instalaciones que en él se encuentran, etc.; y los reglamentos de urbanísticos o de construcción que constituyen servidumbres recíprocas entre las parcelas privativas para mantener la homogeneidad arquitectónica del conjunto.

La dificultad que presenta la ventaja futura no es la del edificio que se va a construir porque el terreno existe y hay fondo sino la del fondo que todavía no se adquiere. En el derecho italiano esta situación está prevista en el artículo 1029 del Código Civil que dispone: “Es admitida la constitución de una servidumbre para asegurar a un fondo una ventaja futura. Es admitida también a favor o a cargo de un edificio a construir o

³María Dolores PALACIOS GONZÁLEZ, ob. cit., p. 73.

de un fundo a adquirir, pero, en este caso, la constitución no tiene efecto sino desde el día en que el edificio es construido o el fundo es adquirido”.

Existe consenso de la doctrina nacional que se trata de servidumbres constituidas bajo condición suspensiva (art. 2988) y no de una mera promesa de constituir servidumbre. No obstante cabe distinguir tres hipótesis: 1) el inmueble que será dominante todavía no ha sido adquirido por quien constituye la servidumbre pasiva; 2) el inmueble existe pero no está construido y la servidumbre beneficia al edificio; y 3) existen ambos inmuebles, dominante y sirviente, pero la utilidad del inmueble sirviente todavía no existe.

1. El primer supuesto contempla el caso de un inmueble cuya propiedad se va a adquirir, se trata de la previsión de un hecho futuro porque el fundo que será dominante todavía pertenece a otra persona que carece de voluntad para aceptar esta servidumbre. En esta hipótesis la servidumbre se sujeta a una condición suspensiva cuyos efectos operan cuando se adquiere el inmueble. La servidumbre sobre el predio sirviente tiene eficacia real desde su constitución y publicitada en el registro en debida forma (art. 2505 C.C.) es oponible a los terceros.

2. En el segundo caso ambos inmuebles existen pero la ventaja es a favor de un edificio inexistente. Para los ordenamientos que admiten el derecho de superficie (italiano, español, etc.) este caso es más dificultoso porque el inmueble edificado todavía no existe como unidad inmobiliaria independiente del terreno. Este escollo no se presenta en el derecho nacional que prohíbe la superficie edificada; en este caso el terreno en el que asentará la construcción existe, y aunque la servidumbre no se puede ejercitar porque la construcción no ha sido realizada, es factible su constitución sobre el inmueble sirviente y a favor del dominante. Si se trata de un edificio a construir en propiedad horizontal, por el principio de inherencia la servidumbre constituida a favor del inmueble dominante (terreno) se trasladará a cada una de las unidades funcionales una vez que existan física y jurídicamente. La situación registral es menos complicada que en el caso anterior porque la servidumbre se inscribe en la matrícula del inmueble en que se asentará la obra, sin perjuicio que luego se traslade a las respectiva sub-matrículas que correspondan a las unidades funcionales.

3. La tercera hipótesis no plantea mayores dificultades porque los inmuebles existen y la existencia de la servidumbre no esta condicionada, solo su ejercicio depende de que ocurra el acontecimiento futuro e incierto previsto en el título (por ej. que aparezca el agua de pozo que será extraída).

IV. Ventaja personal

La servidumbre personal confiere la utilidad del inmueble sirviente de manera directa a una persona determinada. Al respecto el artículo 2972 expresa: “*Servidumbre personal es la que se constituye en utilidad de alguna persona determinada, sin dependencia de la posesión de un inmueble, y que acaba con ella*”.

En cuanto al régimen legal de esta servidumbre el artículo 3004 dispone: “*Cuando el derecho concedido no es más que una facultad personal al individuo, se extingue por la muerte de ese individuo; y sólo dura veinte años si el titular fuere persona jurídica. Es prohibida toda estipulación en contrario*”.

La existencia de este tipo de servidumbre se encuentra sujeta a la vida de la persona titular del derecho, no se transmite por actos entre vivos ni por causa de muerte; si la persona es de existencia ideal, se extingue al cabo de los veinte años contados desde su constitución, del mismo modo que está previsto para el usufructo, el uso y la habitación.

Autores extranjeros destacan que la ventaja personal puede ser en provecho de una o más personas, o de una comunidad ⁴. La doctrina nacional discute acaloradamente acerca de si esta servidumbre requiere o no la existencia del fundo “dominante” aunque la utilidad se establezca únicamente en beneficio de la persona de su titular y no de su fundo.

La servidumbre personal sin fundo dominante también se denomina servidumbre “irregular” y respecto de su admisión en el derecho nacional existen dos posturas autorales absolutamente contrapuestas:

1. La tesis *amplia o permisiva* las admite con los siguientes fundamentos ⁵:

⁴ Carlos LASARTE, *Principios de Derecho civil IV. Propiedad y Derechos Reales de Goce*, Madrid, Marcial Pons, 2002, ps. 323 a 328 y 355.

⁵ Héctor LAFAILLE, *Derecho civil, Tratado de los derechos reales*, Buenos Aires, Ediar, 1944, t. IV, vol. 2, ps. 359 y 402; Raymundo M. SALVAT, - Manuel J. ARGANARAZ, *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*, Buenos Aires, TEA, 1959, N° 1484, t. III, p. 245 y ss.; Guillermo A. BORDA, *Tratado de derecho de derecho civil, Derechos reales*, 5ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2008, t. II, p. 4, N° 819. MARIANI DE VIDAL, Marina, *Curso de derechos reales*, Buenos Aires, Zavalía, 1993. p. 354.

- la letra expresa del artículo 2972 reza: “sin dependencia de la posesión de fundo alguno”, en virtud de ello no es necesario que el titular de la servidumbre sea propietario de un inmueble contiguo o vecino al predio sirviente;

- los artículos 2970 a 2972 permiten aseverar que la expresión servidumbre es el “género” y las servidumbres reales y personales son diversas “especies”;

- existen dos clases de servidumbres personales: una con fundo dominante y otra sin fundo dominante. El usufructo, el uso y la habitación integran esta última categoría como reconoció el derecho romano justinianeo. La circunstancia de que el método del Código regule estos derechos de manera independiente, al igual que el Código Civil francés, obedece a circunstancias históricas, concretamente al temor de que la expresión servidumbre personal pudiera referir a la servidumbre de la gleba. En cambio el artículo 2972 que las admite expresamente tiene como fuente al Esboço de Freitas.

2. *Tesis restrictiva*: también con fuerte apoyo de la doctrina ⁶ afirma que las servidumbres personales previstas en el Código exigen un fundo dominante y un fundo sirviente, pero la utilidad beneficia en forma directa y exclusiva al titular del fundo dominante, acaba con él y no se transmite a los terceros; por ejemplo, si es una servidumbre de paso, únicamente beneficia al propietario del fundo contiguo y se extingue con él, sin que rija el principio de inherencia en caso de transmisión.

Este criterio interpretativo también cuenta con sólidos argumentos:

- el usufructo, el uso y la habitación no son servidumbres personales, el método del Código demuestra que son derechos reales autónomos porque los regula en los Títulos X y XI del Libro 3º mientras que las servidumbres están normadas en los Títulos XII y XIII; el artículo 2503 tam-

⁶ Guillermo L. ALLENDE, *Tratado de las servidumbres*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p. 26 y ss. Conf. Beatriz AREÁN, *Curso de derechos reales*, 6ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2005, t. 2, p. 760 ss. y en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Alberto Bueres: Dirección, Elena Highton: Coordinación, vol. 5-C, art. 2972, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 38; Ricardo J. PAPAÑO, Claudio M. KIPER, Gregorio A. DILLON y Jorge. R. CAUSSE, *Derechos reales*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2004, t. 2, p. 4.

poco los enumera como servidumbres sino como derechos independientes. Además el usufructo y el uso recaen sobre cosas muebles, no así las servidumbres que siempre tienen por objeto los inmuebles. Los primeros son derechos vitalicios o temporarios mientras que las segundas pueden ser temporarias o perpetuas;

- diversas disposiciones del código contemplan a las servidumbres prediales en las que la utilidad solo es a favor de la persona titular del fundo dominante (v.gr. arts. 3003, 3004, 3031, 3055, 3078, 3083, 3093, 3104, etc.);

- el codificador incurrió en error y contradicción al tomar las fuentes del Digesto y del art. 4732 del Esboço de Freitas. El precepto de Freitas dice “sin inherencia a inmueble alguno que posean” mientras que Vélez tradujo incorrectamente esa expresión en el artículo 2972 al expresar “sin dependencia de la posesión de inmueble”;

- la glosa de los artículos 2971 y 2972 cita la opinión de los juristas franceses relativa a la exigencia del inmueble sirviente y dominante para la existencia de la servidumbre.

3. *Derecho extranjero*. Estas divergencias se suscitan también en otros ordenamientos. El Código Civil español las admite expresamente en el artículo 531 que dispone: “También pueden establecerse servidumbres en provecho de una o más personas, o de una comunidad, a quienes no pertenezca la finca gravada”. Antiguos precedentes jurisprudenciales las reconocen en situaciones muy curiosas, así una sentencia del TS de España, de fecha 30/11/1908, configuró como servidumbre personal el derecho de ocupar el balcón y las ventanas del piso primero de una casa, que se reservó el vendedor al momento de la transmisión, con la finalidad de presenciar los festejos de la entrada de los reyes y demás que se celebraran en dicha plaza. Este pronunciamiento dio lugar a la llamada “doctrina del balcón” que admitió esta servidumbre sobre el palco o la butaca del teatro; el derecho de caza; de siembra en una porción de finca; la instalación de anuncios luminosos, etc.- La doctrina española hace hincapié de que en la práctica estos derechos se configuran como derechos personales, si bien algunos ordenamientos legales los admiten como servidumbres personales expresamente (por ej. el austríaco; el sajón) ⁷.

⁷ Carlos LASARTE, *Principios de Derecho civil IV. Propiedad y Derechos Reales de Goce*, ob. cit., p. 356. El autor propone recurrir a la figura del arrendamiento en estos

Por el contrario, el artículo 686 del Código Civil francés las rechaza de plano en los siguientes términos: “Está permitido a los propietarios establecer sobre sus propiedades, o a favor de ellas, las servidumbres que consideren oportunas a condición de que los servicios establecidos no se impongan a la persona ni a favor de la persona sino sólo a un predio y para un predio y siempre que estos servicios no sean contrarios al orden público”.

4. *Conclusiones.* La polémica se centra en las razones que pueden o no justificar el reconocimiento de estas servidumbres. De un lado, se sostiene que estos derechos conspiran contra la libertad y el tráfico de la propiedad inmobiliaria que exige evitar la multiplicidad de cargas sobre el inmueble en favor de una diversidad de sujetos; en cambio, desde otro ángulo, se defiende el reconocimiento de un uso limitado de acuerdo con la evolución de la propiedad al hacer posible, de acuerdo con las modernas exigencias sociales, que sean varios los sujetos que disfruten a la vez de la propiedad inmueble ⁸.

No se desconoce la intención del codificador de no embarazar la propiedad inmobiliaria con múltiples derechos reales sobre un mismo inmueble (notas a los artículos 2502, 2503, 2614 y 2617 en su redacción originaria) pero las cargas reales que ha condenado el codificador son aquellas que son perpetuas y que producen una desmembración total del dominio, no así las que tienen un contenido limitado y son temporarias. Si los derechos reales de usufructo y de uso son de mayor contenido y están expresamente reconocidos, no se advierte, más allá del puro dogmatismo, el porqué no es factible jurídicamente que una persona determinada pueda obtener una utilidad específica menor de un inmueble ajeno, sin dependencia de la posesión de fundo alguno y que acabe con ella.

El maestro Moisset de Espanés ha vertido medulosas reflexiones respecto del derecho de usar azoteas y paredes de un edificio para publicidad ⁹. Esta situación se presenta con alguna frecuencia cuando la em-

supuestos en el entendimiento de que las servidumbres personales responden a economías poco dinámicas y desarrolladas.

⁸ María Dolores PALACIOS GONZÁLEZ, *Las servidumbres industriales y de empresa*, p. 55.

⁹ Luis MOISSET DE ESPANÉS, “Derecho de usar azoteas y paredes de un edificio para publicidad. Formas que puede adoptar: ¿derechos reales o derechos personales?”, en *Rev. Derecho y Cambio Social*, La Molina, Lima-Perú, N° 16, año VI, 2009.

presa constructora de un edificio en propiedad horizontal se reserva este derecho en el reglamento de copropiedad, a fin de obtener con ello otros beneficios económicos de la construcción luego de la enajenación de las unidades funcionales. La dificultad se genera cuando las cláusulas del reglamento no son claras respecto del derecho reservado o lo desnaturalizan. No existe duda que este derecho se puede configurar como un derecho personal, en cuyo caso rige la limitación temporal del plazo máximo de diez años previsto para la locación (art. 1505). Sin embargo es posible que el derecho personal no cumpla con las expectativas de la empresa constructora, en tanto carece de los atributos y de la oponibilidad *erga omnes* que gozan los derechos reales. El insigne maestro indica que la configuración como derecho real depende a favor de quien se constituya el uso, si es favor de la persona se trataría de un “derecho real de uso limitado” (art. 2948) que tendrá carácter vitalicio, es decir que no podrá transmitirse a los herederos; en el caso de que el beneficiario fuese una persona jurídica el plazo máximo de duración será de 20 años. En cambio si el uso privativo se otorga a favor de una de las unidades funcionales, esas facultades, así incluidas en el reglamento, formarían parte del conjunto de derechos de que gozaría el titular de esa unidad, es decir integrarían su *derecho real* de “propiedad horizontal”, cuyo contenido queda fijado en el reglamento, dentro de los márgenes que la ley admite para este tipo de derecho. En tal caso, mientras no hubiese una estipulación que estableciese límites temporales, su derecho sería perpetuo, pues quedaría incorporado al dominio de la unidad.

En definitiva el derecho que se constituya depende de las previsiones contenidas en el título. Es factible que se establezca que los propietarios de las unidades no quedan privados como el nudo propietario del uso completo de la cosa sino que ellos también pueden utilizar la azotea con la limitación de tolerar la existencia de la cartelería publicitaria; o bien, de antenas. En esta hipótesis si el derecho se reserva solo en beneficio de la empresa, sin dependencia de la posesión de inmueble alguno, entiendo que tampoco cabe descartar la existencia de la servidumbre personal porque esta situación responde a la tipicidad de este derecho de contenido más limitado que no implica la ocupación total de ese sector del inmueble. En definitiva, se lo denomine “usufructo o uso limitado” o “servidumbre personal” su viabilidad es posible en el marco normativo del Código Civil argentino.

V. Tipicidad de la servidumbre según la ventaja

El artículo 3003 del Código expresa: “*Si el acto constitutivo de la servidumbre procura una utilidad real a la heredad, se presume que el derecho concedido es una servidumbre real; pero al contrario, si la concesión del derecho no parece proporcionar sino un placer o comodidad personal al individuo, se considera como establecido en favor de la persona, y sólo será real cuando haya una enunciación expresa de ser tal*”.

Este precepto señala la importancia de las expresiones empleadas en el título de constitución de la servidumbre a los efectos de cumplir con la tipicidad legal. No cabe confundir la servidumbre real con la servidumbre personal, tampoco a ésta con un derecho personal.

Las imprecisiones del título pueden tener una consecuencia fatal porque toda duda sobre la existencia de una servidumbre, sea personal o real, o sobre su extensión, o sobre el modo de ejercerla se interpreta a favor del propietario del fundo sirviente y de la libertad del fundo (art. 3011).

El dominio se presume pleno o perfecto mientras no se pruebe lo contrario y el que alegue que tiene sobre un inmueble un derecho real debe probarlo (art. 2523). La jurisprudencia exhibe numerosos casos en los que ni siquiera se reconoce la existencia de un derecho personal sino que la utilización del predio ajeno constituye un acto de mera tolerancia o de buena vecindad.

En consecuencia la constitución de una servidumbre real exige la expresa designación de ser tal y la determinación de la ventaja real para el inmueble dominante. Si se pacta un derecho real de servidumbre sin que la ventaja tenga por destinatario un inmueble sino un beneficio personal, la servidumbre será personal. Si nada se explicita respecto del derecho de servidumbre valdrá como mero derecho personal, si como tal pudiere valer.

VI. Ventaja empresarial

Una particularidad respecto del tipo de ventaja ofrece la denominada *servidumbre industrial* o *con destino industrial* receptada por las legislaciones modernas. Esta servidumbre tiene por finalidad servir al destino industrial del fundo dominante.

Corresponde tipificar a esta servidumbre como real en la medida que requiere la existencia del fundo “sirviente” que presta la utilidad y del fundo “dominante” que lleva a cabo la explotación comercial o industrial. La servidumbre será perpetua mientras subsista la actividad del fundo dominante.

Los autores la distinguen de las servidumbres urbanas y de las rurales, también de las personales porque la utilidad directa es para el destino del fundo y no para la persona (por ej. la extracción de materia prima, como madera, piedra, etc.)¹⁰. Palacio González explica que esta servidumbres tiene reparos cuando atentan contra la libre competencia; por ejemplo, la prohibición de instalar un comercio o una industria que haga competencia.

El reciente Código Civil de Paraguay la recepta en el artículo 2189 y exige que la ventaja sea inherente al destino industrial del fundo. El art. 273 del Código Civil boliviano la regula como una servidumbre de constitución forzosa.

Algunas legislaciones como la italiana contemplan a la servidumbre de paso de funiculares o teleféricos como una servidumbre de esta categoría si es el transporte complementario de una explotación minera, forestal, mercantil, etc

VII. Ventaja recíproca o consorcial

Las servidumbres que se aplican en la configuración jurídica de los clubes de campo, clubes náuticos, barrios cerrados, centros de compras, parques industriales, cementerios parques, pueblos de chacras, pueblos de viñas, etc., tienen una connotación particular por la ventaja grupal o consorcial que procuran a través de la reciprocidad.

Estas nuevas manifestaciones inmobiliarias permiten acceder a la propiedad a través de la coparticipación “con otros” generalmente reduciendo costos y compartiendo los mismos intereses. Estos intereses pue-

¹⁰María Dolores PALACIOS GONZÁLEZ, ob. cit., ps. 61 y 79.

den ser de variada índole, por ejemplo: residenciales, recreativos, vacacionales, sociales, deportivos, comerciales, industriales, rurales, etc.¹¹.

El mayor escollo que se presenta al desarrollador de estos emprendimientos es, de una parte, la falta de una regulación específica de los conjuntos inmobiliarios en el orden nacional y, de otra, la insuficiencia del régimen legal de los derechos reales existentes en nuestra legislación para contenerlos.

En el caso de los clubes de campo y de los barrios privados algunas provincias, avanzando en competencias que no les corresponden, han pretendido buscar una solución legal¹². La provincia de Buenos Aires en un

¹¹ Alicia PUERTA DE CHACÓN, en “El shopping center ¿una comunidad de intereses?”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Volumen Propiedad Horizontal, en edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002.

¹² Elena, HIGHTON, LUIS ALVAREZ JULIÁ, y Susana, LAMBOIS, *Nuevas formas de dominio*, 2ª ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993; Conf. de Campo (Countries), en Ciclo de Conferencias organizado en el marco de las Mini Jornadas de Derechos Reales, U.N.C., Facultad de Derecho, 1998; Jorge Raúl CAUSSE, *Urbanizaciones privadas: Barrios Privados. Régimen legal en la Provincia de Buenos Aires*, Ad Hoc, 1998; ANDORNO, Luis, LUNA Daniel y FRICKX, Norberto, *Clubes de Campo, “Countries”*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2005; ACQUARONE, María T., “Los clubes de campo. Utilización de la sociedad anónima para su estructuración”, en *Negocios Societarios, Libro en homenaje a Max Mauricio Sandler*, Ad-Hoc.; María T., “Los Countries y las Sociedades”, en *Las nuevas urbanizaciones y aspectos del tiempo compartido*, Buenos Aires, Abaco; Gabriel REINA TARTIÈRE, *Las denominadas nuevas formas de dominio, Revisión conceptual y perspectivas de futuro*, El Derecho. Colección Académica; Ariel Angel DASSO, “Club de Campo, su naturaleza jurídica”, Revista L.L. 1990-C, p. 370; Marcelo DE HOZ, “Multipropiedad - Clubes de Campo. El numero clausus de los derechos reales y las nuevas formas de manifestación del derecho de propiedad”, Revista del Notariado Colegio de Abogados de Buenos Aires, t. 813, p. 747, 1992; Liliana GRIMBERG, “Los clubes de campo como urbanización privada especial en la Argentina”, Revista Notarial N° 852, p. 1507; Rodolfo OLIVE y otros, “Expresiones Jurídicas de los clubes de campo”, Revista del Notariado N° 759, p. 86; Edgardo SCOTTI, “Complejos urbanísticos o urbanizaciones especiales”, Rev. El Derecho t. 119, p. 743; Alicia STRATTA, “Las urbanizaciones especiales” (Su organización y régimen dominial), Revista El Derecho, t. 122, p. 911; TRANCHINI, “Club de Campo, Afectación al Régimen de la ley 13.512”, Revista Notarial, Colegio de Escribanos de la Pcia. de Buenos Aires, N° 916, p. 833; Irene PUJOL DE ZIZZIAS - Martha LINARES DE URRUTIGOITY, Barrios privados y otros conjuntos inmobiliarios en Mendoza. “¿Son útiles las soluciones de Buenos Aires en Mendoza?”; Irene PUJOL DE ZIZZIAS - Martha LINARES DE URRUTIGOITY, L.L.Gran Cuyo 2008 (mayo), 313; L.L.Gran Cuyo 2008 (junio), 422.

principio optó por la aplicación del régimen de la propiedad horizontal (Decreto N° 2489/63 de la Provincia de Buenos Aires). Sin embargo esta normativa resulta de aplicación forzada porque ha sido prevista para edificios construidos en un terreno común dividido en unidades funcionales que pertenecen a distintos propietarios (pisos, departamento, cocheras, locales) y los polígonos a construir en el club de campo no son unidades privativas. Otra alternativa prevista por la ley 8912/77 de la Provincia de Buenos Aires y el decreto 9404/86 ha propuesto para su encuadre jurídico la adopción del derecho real de servidumbre.

La aplicación de variadas servidumbres aparecen como una alternativa interesante para vincular los sectores privativos con los que prestan los servicios comunes del conjunto (por ejemplo, en los clubes de campo, las viviendas con los sectores recreativos, deportivos y áreas de usos comunes; en los centros comerciales, los locales comerciales con los sectores de accesos, cocheras, depósitos, instalaciones de servicios comunes; en los conjuntos vitivinícolas, las parcelas de viñedos con la bodega, el pozo de agua, las tuberías, las acequias, etc.).

En cuanto a la implementación de las servidumbres recíprocas, cada parcela reviste el carácter de dominante y sirviente a la vez; así la abstención del propietario de no edificar a más de determinada altura, respetar el estilo arquitectónico, emplear determinados materiales, cultivar determinadas cepas, etc., conforman un “reglamento urbanístico” que es parte integrante del título de dominio de cada una de las parcelas.

Las servidumbres recíprocas pueden ser generales para todas las unidades o específicas para algunas de ellas, unas servidumbres pueden ser independientes y otras interdependientes, si nada se especifica al respecto la extinción de una no acarrea necesariamente la de otra.

Generalmente son servidumbres futuras porque se constituyen por el propietario único que planifica el complejo con la finalidad de establecer el estatuto jurídico uniforme y permanente con la eficacia real que confiere el derecho real.

Una nota que patentiza estos conjuntos inmobiliarios, cualquiera sea su destino, es la fuerte presencia del elemento personal para el efectivo goce derecho real de dominio sobre la parcela o unidad. Se advierte que la prestación de los servicios comunes (custodia, recreación, administración, etc.) y el mantenimiento de las áreas de uso común (acceso, calles, parques, instalaciones deportivas, etc.) no sólo ha sido la causa determi-

nante de la adquisición sino que además, esas actividades son fundamentales para que el conjunto cumpla la destinación que le dio origen.

Se observa, entonces, que la nota sustancial de *inmediatez* con la cosa que constituye la piedra angular de la distinción entre los derechos reales y los derechos personales se conmueve frente a los dogmas del dualismo tradicional¹³. Sin embargo el legislador argentino fue claro en desterrar del contenido de la servidumbre cualquier prestación personal y disponer que están regidas por el principio *servitus in faciendo consistere nequit*; es decir, el derecho sólo puede consistir en un *pati o non facere* (dejar hacer o no hacer), pero nunca en un hacer por parte del propietario del fundo sirviente (artículo 2970 y nota al artículo 2971), salvo que se estipule como una mera obligación de hacer (3010). Por esta razón en estos complejos, generalmente, se acude a las formas societarias o a las asociaciones conformadas por los mismos propietarios para delegar en ella las actividades necesarias que permitan la consecución de los intereses comunes¹⁴.

VIII. Ventaja ambiental. Servidumbres ecológicas.

El desarrollo tecnológico, las actividades industriales y la manipulación de recursos naturales, entre otras causas, coloca a la sociedad de consumo frente a la problemática de la contaminación y la depredación del medio ambiente con el grave daño que se infiere a la subsistencia de las condiciones de vida dignas en el planeta.

¹³ Alicia PUERTA DE CHACÓN, *Código Civil y Leyes Complementarias Comentado, Anotado y Concordado*, (Dir. Zannoni - Coord. Kemelmajer), Buenos Aires, Astrea, 2006, t. 10, comentario del Título IV del Libro Tercero, p. 621 y ss.

¹⁴ Emilio PÉREZ PÉREZ, *El consorcio real en el derecho positivo español*, Madrid, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, 1986, p. 129 y ss.. En la doctrina española algunos autores califican a esta situación de “comunidad” como una relación jurídico real de reparto. Es así, que con respecto a los conjuntos inmobiliarios o urbanizaciones privadas, se señala que el objeto de reparto no son sólo los elementos comunes en sentido material, sino el aumento de valor que recibe el bien a consecuencia del sistema de servicios comunes establecido y del cumplimiento, por todos los titulares, del “estatuto de limitaciones y cargas”. Ver Germán DE CASTRO VÍTORES, *La obligación real en el derecho de bienes*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2000, p. 465.

Algunas medidas preventivas y de protección enderezadas a la tutela ambiental han sido encaradas por organismos internacionales y los gobiernos, principalmente, a instancias de organizaciones no gubernamentales. Una manifestación de esta preocupación a nivel internacional y nacional es la creación de las reservas faunística, forestales, acuíferas, minerales, paisajísticas, etc. para la conservación y mejoramiento de la biodiversidad.

En algunos países, especialmente en América Latina (Costa Rica, México, Guatemala, Ecuador, Paraguay, etc.) se observa a partir de los años 90 el fenómeno de propietarios de tierras privadas que se han hecho eco de esta problemática y han creado áreas protegidas dentro de sus inmuebles como contribución personal a la tutela del medio ambiente y también de valorización de sus tierras.

De este modo aparecen en el ámbito privado, específicamente en la órbita de los derechos reales, las servidumbres eco-sistémicas o ambientales por las cuales el inmueble sirviente proporciona la permanencia de sus atributos ecológicos en beneficio del inmueble dominante, con distintas finalidades, entre otras, la preservación del paisaje, de fuentes o de cursos de agua comunes; el mantenimiento de micro-ecosistemas compartidos; la prevención de procesos de desertificación; el mantenimiento de hábitats de especies diversas; etcétera ¹⁵.

Las servidumbres ecológicas generalmente se constituyen como servidumbres reales que requieren de la existencia de dos fundos: una, que tiene su uso planificado (fundo sirviente), y, otra, que se va a beneficiar de la servidumbre ecológica (fundo dominante); el titular del dominante debe

¹⁵ Carlos CHACÓN y Andrea MEZA, en *Servidumbres ecológicas*, con cita de Fernando COTO. "Servidumbres personales de interés comunitario", en *Revista Judicial*, año XI, N° 41, junio 1987; Agustín ATMETLLA, "Servidumbres ecológicas", en *Ivstitia*, N° 68, agosto 1992; Carlos M. RODRÍGUEZ, "La servidumbre ecológica", en *La República*, 18/9/92: 19A.2; Carlos CHACÓN, 1993, *Las servidumbres ecológicas en Costa Rica*, Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica; Carlos CHACÓN y Rolando CASTRO, 1995. *Conservación de Tierras Privadas en América Central*. Cedarena. San José; ATMETLLA, Agustín. 1995. *Manual de instrumentos jurídicos privados para la protección de los recursos naturales*. Editorial Heliconia. San José. Agustín ATMETLLA y Silvia CHAVES, 1997. *Manual de servidumbres ecológicas (principalmente para abogados y notarios)*. Cedarena-Combos, San José, Costa Rica.

vigilar que se cumpla con el uso pactado en el título. Esta servidumbre puede operar de manera recíproca si la utilidad y la carga alcanzan a los fundos involucrados. Son servidumbres de fuente convencional y a perpetuidad con el fin de asegurar que el inmueble será utilizado indefinidamente en forma sostenible y las áreas ecológicamente más importantes serán conservadas y brindarán siempre los mismos servicios ambientales actuales: aire limpio, agua, evitación de erosión del suelo, mantenimiento de la vida silvestre, etcétera. Los autores sostienen que la mejor forma de constituir una servidumbre ecológica es con el apoyo y asesoría de una organización especializada que esté dedicada a la conservación a perpetuidad de los recursos naturales y que dicha organización sea de hecho la dueña del fundo dominante.

Sin embargo la doctrina extranjera considera que el aprovechamiento de todo el potencial de aplicación de la servidumbre ecológica se ve limitado en los países que no admiten las servidumbres personales, es el caso del Código Civil de Costa Rica cuyo artículo 370 dispone que: “las servidumbres no pueden imponerse en favor ni a cargo de una persona, sino solamente en favor de un fundo o a cargo de él”. En cambio los países que receptan este tipo de servidumbre admiten su constitución no a favor de un fundo dominante sino directamente a favor de una organización ambientalista privada calificada ¹⁶.

Un caso ilustrativo de servidumbre ecológica en nuestro país es la que se constituyó en la zona de Las Lagunas de Epulauquen en el noroeste de la Provincia de Neuquén, a pocos kilómetros de la frontera con Chile. Los terrenos seleccionados para la realización de este proyecto fueron, por un lado, una propiedad de 50 hectáreas situada dentro de la Reserva Provincial Turístico-Forestal “Las Lagunas de Epulauquen” (La “Reserva”), única propiedad privada dentro de la reserva, donde se encuentra parte del último relicto norte de bosque andino-patagónico (fundo dominante). Por el otro, una propiedad de 144 hectáreas lindera a la Reserva, formada por una extensión totalmente plana de bañados o humedales surcados por un curso de agua que nace y muere en la propiedad, y uno de los principales afluentes de la cuenca del Río Neuquén (Río Nahueve)

¹⁶ Ver cita anterior.

(fundo sirviente). El precio pagado por ella consistió en una suma de dinero más el compromiso de elaboración e implementación de un plan de manejo cada diez años, a cargo del fundo dominante. El Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia la inscribió como “servidumbre real ambiental a perpetuidad”¹⁷.

Si bien la servidumbre ecológica no aparece explícitamente designada en el Código Civil, es factible su constitución por título en el marco legal genérico de las servidumbres atípicas (art. 3000). La ventaja que procura esta servidumbre dio lugar a una interesante controversia acerca de su existencia como servidumbre real, que debió ser resuelta por un tribunal arbitral argentino.

La situación conflictiva se suscitó porque a los dos meses de constituida la servidumbre de la zona de Las Lagunas de Epulauquen, el propietario del fundo sirviente vendió la propiedad a un tercero y notificó la venta al titular del fundo dominante; al mes siguiente el fundo dominante fue transferido a una Fundación ambientalista. El nuevo dueño del fundo sirviente desconoció el carácter real de la servidumbre y expresó que su propiedad había soportado una servidumbre personal la que con la transmisión del dominio a la Fundación se había extinguido.

El contrato de constitución de servidumbre contenía una “cláusula compromisoria” que acordaba la forma en que se debían resolver los eventuales conflictos; en este caso las partes de común acuerdo acudieron directamente al Tribunal¹⁸. La cuestión a resolver consistió en determinar si se había constituido una servidumbre real o una servidumbre personal; y en consecuencia, la continuidad o la extinción de la servidumbre.

El propietario del fundo sirviente demandó la extinción de la servidumbre ambiental; argumentó que la servidumbre era personal porque se

¹⁷ Ver el estudio de esta servidumbre realizado por Agnès Sibileau y Ezequiel Francisco Santagada, Protección a Perpetuidad de Tierras Privadas en la Patagonia Argentina Estudio de Caso - Las Lagunas de Epulauquen - Provincia de Neuquén, Buenos Aires, enero de 2003. Fuente: Fundación Neuquén. www.prodiversitas.bioetica.org/des50.htm.

¹⁸ El Tribunal Arbitral fue integrado por los juristas Drs. Lidia María Rosa Garrido Cordobera, Ana Raquel Nuta y Eduardo Antonio Pigretti. Ver el laudo arbitral completo en www.garridocordobera.com.ar/pagina_nueva_28.htm.

constituyó con criterio subjetivo para aprovechamiento del primer dueño y que con la transmisión del dominio por parte del propietario anterior a la Fundación la servidumbre se había extinguido (art. 2972); que al Estado corresponde la competencia privativa y excluyente en la tutela del ambiente (art. 41 C.N.) y no a los particulares; y que el reconocimiento del carácter real de esta servidumbre y la perpetuidad importaba una intromisión de los particulares en la esfera del Poder Público; además objetó la oponibilidad y exigencia del plan de manejo de la servidumbre porque no había sido publicitado en el registro.

La Fundación contestó la demanda con base en informes jurídicos de reconocidas organizaciones ambientalistas que aportó como prueba, sus argumentos se basaron en los siguientes puntos: a) la legitimidad de los individuos para defender la integridad del medio ambiente; b) las ventajas objetivas que el fundo sirviente le proporciona al dominante (mantenimiento sin contaminación de los cursos de agua compartidos, calidad del aire, mantenimiento de los ciclos biológicos naturales, la prevención de procesos de contaminación y/o desertificación de los suelos, etc.-); c) el contrato de constitución no era arbitrario; d) el carácter perpetuo de la servidumbre encuentra su fundamento en dos principios rectores del derecho ambiental: la equidad intergeneracional (sustentabilidad de los recursos naturales) y el principio preventivo (y su variante, el principio precautorio); e) que el plan de manejo del sitio sólo reglamenta la implementación de las restricciones y constituye una forma de pago periódico.

El Tribunal emitió el laudo arbitral sin hacer lugar a la demanda de extinción de la servidumbre. En los fundamentos admitió la denominación de servidumbre ambiental y la reconoció en virtud de la atipicidad prevista por el artículo 3000 del Código Civil argentino. En cuanto a la calificación de si era una servidumbre real o una servidumbre personal, interpretó que la utilidad o ventaja que otorgaba la servidumbre no beneficiaba a una persona en particular. El meduloso dictamen de los prestigiosos árbitros respecto de la cuestión estatista sostuvo que en la protección del medio ambiente confluyen armónicamente las normas y los instrumentos jurídicos del derecho privado y del derecho público; y respecto del derecho de servidumbre dejó sentando que la ventaja del fundo dominante no solo alcanzaba el interés privado sino algo más importante como es el “interés público” y que el propietario del fundo dominante tiene la facultad de exigir al titular del fundo sirviente el cumplimiento de las inacciones

(obligaciones de no hacer o respetar) dado que el aprovechamiento inherente a la servidumbre interesa a toda la colectividad o sociedad.

IX. Reflexión final

No se desconoce que el derecho administrativo se ocupa de la regulación de las servidumbres establecidas sobre un inmueble ajeno por razones de utilidad pública¹⁹.

Cualquier necesidad o utilidad pública puede formar el contenido de tales servidumbres que se encuentran normadas por leyes nacionales (ley 17.319, servidumbre de hidrocarburos; ley 19.552 servidumbre de electroducto; ley 24.076, servidumbre de gasoducto) y numerosas leyes provinciales. Entre los caracteres peculiares de estas servidumbres forzosas no es menester la existencia del fundo dominante porque la ventaja trasciende al bienestar general.

Esta amplitud de perspectiva del derecho de servidumbre en la órbita del derecho público también se manifiesta en el casuismo de las servidumbres actuales del derecho privado, el ejemplo paradigmático es la servidumbre ecológica. Pero más allá de este supuesto especial, también se detecta que la ventaja que suministra la servidumbre, aunque sea real, traspasa el inmueble favorecido satisfaciendo un interés personal, grupal o colectivo.

Con esta plasticidad se debe acomodar el derecho de servidumbre a las exigencias de las nuevas realidades inmobiliarias a fin de obtener el mejor aprovechamiento de los bienes. La seguridad jurídica se alcanza con la especificidad en el título constitutivo de la servidumbre de la ventaja real, personal, grupal o social que proveerá el inmueble afectado y su proyección registral.

¹⁹ Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, p. 74; Manuel, M. DIEZ, *Derecho administrativo*, t. IV, p. 190.

ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DE LA INDEMNIZACIÓN EXPROPIATORIA

LILIANA N. VILLAFANE

Sumario: Palabras previas. Introducción. Indemnización expropiatoria y consolidación de deuda pública. Indemnización expropiatoria y actualización monetaria. Conclusiones.

Palabras previas

Agradezco la oportunidad brindada para participar en el homenaje al Profesor Doctor Luis Moisset de Espanés, quién ha dedicado su vida a transmitir conocimientos que contribuyeron a la formación integral de las personas que lo conocemos.

El Dr. Luis Moisset de Espanés genera en mí un sentimiento de admiración, respeto y agradecimiento.

Admiración por su hombría de bien, honestidad y rectitud en todos los ámbitos de la vida.

Respeto intelectual por el Maestro, que se caracterizó por orientar y guiar respetuosamente al discípulo sin afectar la libertad de su pensamiento.

Agradecimiento por sus sabios consejos, apoyo, comprensión y el acompañamiento que desinteresadamente me ha brindado desde que lo conocí y más aún cuando me ha honrado al considerarme “su hija espiritual”, a lo que retribuyo con todo mi afecto y el de mi familia.

Contribuiré al homenaje con el trabajo titulado: “Algunas consideraciones acerca de la indemnización expropiatoria”, sobre cuya temática existen hoy diversos criterios interpretativos, pero que el Dr. Luis Moisset

de Spanés ya expresaba hace más de treinta años con claridad su pensamiento sobre la cuestión que hoy se presenta como un conflicto.

Introducción

La expropiación constituye una limitación a la propiedad privada, mediante la cual, mediando declaración legal de utilidad pública, un bien es transferido al sujeto expropiante previo pago de una indemnización justa e integral.

Uno de los elementos del instituto expropiatorio lo constituye la indemnización. La afectación al derecho de propiedad, por razones o causas de utilidad pública, ha motivado a los constituyentes y legisladores para establecer pautas que regulen el ejercicio de esta atribución por parte del sujeto expropiante.

Baste un recorrido al ordenamiento jurídico vigente para demostrar tal aseveración:

El art. 17 de la Constitución Nacional consagra que: *“La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada”*

El Pacto de San José de Costa Rica, en su art. 21 inc. 2, determina *“que ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.”*

El art. 2511 Código Civil, expresa: *“Nadie puede ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública, previa la desposesión y una justa indemnización. Se entiende por justa indemnización en este caso, no sólo el pago del valor real de la cosa, sino también el perjuicio directo que le venga de la privación de su propiedad”*

El Codificador, Dalmacio Vélez Sársfield, en su nota expresa: *“La indemnización debe consistir exclusivamente en una suma de dinero: debe ser previa a la desposesión, y no puede subordinarse a una eventualidad. Tampoco la indemnización podrá compensarse con el mayor valor que tome la parte no expropiada de la finca”.*

La ley 21.499, en el Título IV, regula acerca del alcance y contenido de la Indemnización. En efecto, el art. 10 establece que *“comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. No se pagará lucro cesante. Integrarán la indemnización, el importe que correspondiere por depreciación de la moneda y el de los respectivos intereses.”*

La Ley de Expropiación de la Provincia de Córdoba -Nº 6394- en el Título V contiene un régimen jurídico similar al expuesto precedentemente.

Sin embargo, a pesar de la claridad de las normas, la indemnización expropiatoria genera singulares interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales

En este simple y breve trabajo, haré referencia al tratamiento jurisprudencial recibido por la indemnización expropiatoria frente a las leyes de consolidación de deuda pública y a las que impiden la actualización monetaria de las sumas adeudadas por ese concepto.

Indemnización expropiatoria y consolidación de deuda pública

Cumplidos los trámites de rigor, y a los fines de salvaguardar la garantía constitucional, el expropiante debe previamente indemnizar al sujeto expropiado.

En nuestro país, desde hace bastante tiempo, se ha tornado habitual el dictado de normas de “emergencia” que disponen -entre otras cuestiones- la consolidación de la deuda pública estableciéndose un régimen especial para que el Estado deudor cumplimente con sus obligaciones.

Algunos procedimientos expropiatorios, quedaron temporalmente comprendidos dentro del régimen normativo de “excepción”, lo que motivó la iniciación de acciones judiciales con el propósito de hacer prevalecer el imperativo constitucional frente a esta legislación de emergencia.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, tuvo oportunidad de expedirse acerca de esta cuestión en los autos caratulados: “Servicio Nacional de Parques Nacionales c/ Franzini Carlos -Expropiación”, con fecha 5 de abril de 1995.

En este proceso, en el año 1988 la sentencia de segunda instancia condenó al pago de la indemnización expropiatoria, y en 1990 quedó firme la liquidación. Antes del cobro, y en el marco de un régimen de emergencia del sector público, el Congreso sancionó la Ley de Consolidación de la Deuda Estatal N° 23.982.

El máximo tribunal debió resolver si es constitucional que una indemnización expropiatoria se abone conforme al régimen de consolidación de la deuda pública consagrada en la ley 23.982 y no en forma previa y en dinero en efectivo, como se desprende del marco normativo citado.

Si se admite la inclusión en el nuevo marco legal que se generó a partir del dictado de la ley 23.982, el resarcimiento se percibiría conforme a un orden de prelación que podía prolongarse hasta dieciséis años o bien a través de la suscripción de bonos de consolidación, cuya cotización depende de la versatilidad propia del mercado de valores.

La Corte resolvió que la indemnización en la expropiación debe ser pronta y que *“la reparación patrimonial constitucionalmente prevista en el art. 17 no puede considerarse contenida en la Ley 23.982 de la deuda pública, declarando la invalidez del régimen legal que no contemplaba excluir de la consolidación los créditos por expropiaciones...”*.

En igual sentido se pronunció la Cámara Nacional, Sala B, en la causa “Nicolosi, Antonio c/ Municipalidad Ciudad de Buenos Aires- Expropiación Inversa” (26/3/1996):

“La aplicación del régimen de consolidación a la expropiación es inconstitucional, sin que la circunstancia de que el inmueble continúe en poder del actor, modifique la solución a dar a la controversia. Si el inmueble no fuera ya de interés, en los términos del art. 17 de la C.N. lo que corresponde es proceder a su desafectación. En tanto ello no ocurra, no cabe sino acudir al trámite de la expropiación inversa, lo que conduce necesariamente a mantener la declaración de inconstitucionalidad de la ley 23.982...La incorporación de los tratados, enumerados en el art. 75 inc 22 de la C.N., no influye sobre el régimen expropiatorio previsto por el texto constitucional, pues tal incorporación no deroga artículo alguno de la primera parte de la Constitución, entre los que se encuentra, precisamente, el art. 17. Tampoco existe contradicción entre este precepto y el art. 21 del Pacto de San José de Costa Rica, que si bien establece, en su ap. 1, que el derecho de toda persona al uso y goce de sus bienes puede ser subordinado por la ley al interés social, en su ap. 2 dispone que en caso de

expropiación o apropio por parte del Estado de un bien particular, éste debe ser previamente indemnizado, reenviando, finalmente, al derecho nacional de los países suscribientes”

En la provincia de Córdoba, el Tribunal Superior de Justicia en pleno, en la causa: *“Dirección Provincial de Hidráulica c/ Marcelo García - Expropiación - Recurso de inconstitucionalidad”* (Sentencia N° 91 del 20/8/2002), se expidió acerca de las disposiciones contenidas en la ley 8250, que había adherido al régimen de consolidación de deuda de la ley 23.982.

La ley 8250 había excluido de la consolidación de deudas a las indemnizaciones por expropiaciones declaradas judicialmente por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, sin perjuicio de asignar un lugar prioritario a aquellos resarcimientos sin sentencia firme a la fecha de sanción de la ley.

La legislación cordobesa contemplaba un tratamiento distinto para las indemnizaciones expropiatorias, según existiera o no una sentencia firme.

El Tribunal Superior afirmó que no es posible sostener que una indemnización a pagar en bonos y en un plazo de dieciséis años cumple con la normativa constitucional de indemnizar previamente.

También descalificó la distinción que formula la norma según que a la fecha de sanción de la ley el crédito esté o no reconocido por sentencia firme, ya que ello vulnera la garantía de igualdad que el art. 16 de la Constitución Nacional.

El máximo tribunal de la provincia de Córdoba consideró que la expropiación que no cumpla con los requisitos del art. 17 de C.N. es equiparable a una confiscación de bienes.

“El recaudo de previa indemnización tiene expresa consagración constitucional, y constituye una condición para la legitimidad del acto expropiatorio. Por ello, la doctrina más autorizada coincide en que una expropiación sin indemnización o sin una adecuada indemnización no es otra cosa que una confiscación, y de ahí su antijuridicidad”.

“Consecuentemente se encuentra vedada su alteración por normas infra constitucionales (aún las de emergencia), siendo inadmisibles su limitación, restricción o modificación por cualquiera de los tres Poderes estatales. Los principios esenciales a que debe ajustarse la expropiación no dependen de una ley formal sino de la propia Constitución, de manera que

todo lo atinente al régimen jurídico de las indemnizaciones expropiatorias se rige por la Constitución Nacional”.

“La ley 8250 dispone que las deudas consolidadas serán abonadas mediante títulos que se emitirán a dieciséis años de plazo. Por tanto, no hay modo de entender que dicha normativa puede adecuarse a la exigencia de “previa indemnización”.

“Las obligaciones derivadas de la expropiación por causa de utilidad pública están no sólo fuera del campo de la Ley de Consolidación, sino que están fuera de las competencias asignadas al Poder Legislativo y Ejecutivo, y se rigen directamente por las normas constitucionales pertinente”.

Los pronunciamientos, que a manera de ejemplo se han citado precedentemente, emanados de diversos tribunales son coincidentes en afirmar que la indemnización expropiatoria no debe ser alcanzada por las llamadas leyes de consolidación de deuda pública.

La limitación al derecho de propiedad a través de la expropiación está contemplada en la Constitución Nacional, y las leyes que la reglamenten no pueden afectar de modo alguno los requisitos establecidos en ella. El pago de la indemnización debe “ser previa y no puede subordinarse a ninguna eventualidad”¹.

Indemnización expropiatoria y actualización monetaria

El art. 10 de la ley 21.499 establece que los importes correspondientes por depreciación de la moneda y los intereses integran la indemnización. Asimismo, el art. 20, aplicable al supuesto de proceso expropiatorio, determina que la sentencia fijará la indemnización teniendo en cuenta “el valor del bien al tiempo de la desposesión”, y a continuación brinda las pautas a cumplir para establecer “la depreciación monetaria”.

Esta cuestión adquiere importancia porque hace al carácter “integral” de la indemnización expropiatoria. Entendiéndose por tal que “*el resarcimiento debe involucrar y considerar diversos rubros: la de-*

¹ D. VÉLEZ SÁRSFIELD, Nota al art. 2511 del Código Civil

*preciación monetaria, los intereses, la exención de impuestos; todos los valores que integren la consistencia jurídica de lo que se expropie...”*².

El Prof. Miguel Marienhoff al comentar esta norma afirma: “*Actualmente, de acuerdo a la nueva ley de expropiación, no es necesario solicitar expresamente el pago de la depreciación de la moneda y de los intereses: basta pedir el pago de la “indemnización”, en la cual van comprendidos todos los rubros pertinentes, entre ellos la depreciación de la moneda y los intereses, que, “ministerio legis”, integran la indemnización. Pero la declaración de que la depreciación de la moneda y los intereses integran la indemnización, tiene otra fundamental trascendencia: esos rubros han dejado de ser simples accesorios y se han convertido en algo principal, porque por mandato legal integran la indemnización”*³.

Esta cuestión tiene gran relevancia en el instituto expropiatorio ya que según la legislación el valor objetivo del bien se establece al “tiempo de la desposesión” y suelen transcurrir excesivos períodos hasta la efectivizarse el pago.

¿Es factible el cumplimiento de la exigencia de una indemnización justa e integral sin aplicar índices o algún mecanismo de actualización monetaria?

El criterio del Máximo Tribunal de la Nación ha sido plasmado recientemente en la causa: “Estado Nacional (Estado Mayor General del Ejército) c/ Provincia de Buenos Aires -Expropiación Irregular-“, que con fecha 16 de Febrero de 2010 expresó: “*la ley 25.561 si bien derogó el régimen de convertibilidad impuesto por la ley 23.928, no modificó en lo sustancial los artículos 7 y 10 (v. artículo 4, ley 25.561), por lo que se mantiene la prohibición de actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa”*⁴.

² Miguel MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1973, t. IV, p. 271.

³ Miguel MARIENHOFF, *La ley nacional de expropiaciones N° 21.499*, Asociación Argentina de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Astrea, octubre 1977, p. 22.

⁴ Ley 25.561 denominada de “Emergencia Pública y Reforma al Régimen Cambiario”; Ley de Circulación del Austral Convertible N° 23.928.

Asimismo, con el voto de la mayoría de sus miembros, ordenó pagar intereses desde la fecha de la desposesión hasta su efectivo pago fijando la tasa pasiva promedio que publica mensualmente el Banco Central de la República Argentina.

En esta causa, además, se solicitó que “se descuente del valor expropiatorio el movimiento de suelos, efectuado en beneficio exclusivo de la demandante”. La Corte trató la pretensión como una solicitud de “compensación” de obligaciones la que fue desestimada dado “*que no existe razón para que pesen sobre el expropiado las erogaciones propias de la obra de canalización que se encaró y que determinó la expropiación que acá se examina*”

Por lo tanto y de acuerdo al criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, las normas expropiatorias que contemplan la posibilidad de reajustes por depreciación de la moneda, han quedado derogadas por imperio de las Leyes 23.928 y 25.561.

Sin embargo, surge necesariamente la pregunta: ¿La indemnización expropiatoria constituye una deuda dineraria o de valor?

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Estado Nacional c/ Provincia de Buenos Aires”, ya citada, para desestimar el pedido de actualización monetaria se basó en las disposiciones de la Ley 23.928 por entender que la ley 25.561 si bien derogó el régimen de convertibilidad no afectó la vigencia del contenido sustancial de los arts. 7 y 10 de aquélla.

El art. 7 de la ley 23.928 modificado por la Ley 25.561, establece que el deudor de una obligación de dar “**suma determinada en Pesos**”⁵, cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación de precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa...” y el art. 10, derogó todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan actualización monetaria.

De la lectura de la normativa citada, es viable interpretar que la prohibición de actualización monetaria -que es la cuestión que nos ocuparía sería aplicable a las obligaciones de dar “una suma determinada” (en

⁵ La negrita me pertenece.

pesos, según el régimen vigente actual), por lo que podría considerarse que se trataría la hipótesis legal de una deuda dineraria, entendiéndose como tal cuando “*el objeto de la prestación adeudada es la moneda misma...cuando desde su nacimiento tiene por objeto un monto determinado de dinero o circulante*”⁶.

En cambio, el Dr. Moisset de Espanés considera que la “*expropiación hace nacer una deuda de valor*” en las cuales “*no se adeuda una cantidad fija de dinero, sino un valor, que puede encontrar su traducción en sumas de dinero variables, según se recurra a una moneda de mayor o menor poder adquisitivo. Aquí para satisfacer la deuda habrá que realizar al momento del pago una operación matemática, para determinar la cantidad de dinero necesaria en ese instante para satisfacer el valor debido*”⁷.

La indemnización expropiatoria comprende “el valor” objetivo del bien al tiempo de la desposesión. Por ello, tratándose de una obligación de esa naturaleza y a los fines de salvaguardar la “integridad” indemnizatoria, el monto debería “revisarse” al momento del pago, mediante la aplicación de la Ley 24.283 que en su art. 1 expresa: “*Cuando deba actualizarse el valor de una cosa o bien o cualquier otra prestación, aplicándose índices, estadísticas u otro mecanismo establecidos por acuerdos, normas o sentencias, la liquidación judicial o extrajudicial resultante no podrá establecer un valor superior al real y actual de dicha cosa o bien o prestación, al momento del pago*”⁸.

En consecuencia, mediante el mecanismo estatuido por la ley 24.283 podría establecerse si el “valor objetivo del bien al tiempo de la desposesión” se corresponde con el “valor del bien al momento del pago” y de esa manera no afectar los intereses de los sujetos involucrados. Caso contrario, debería aplicarse algún mecanismo para salvaguardar el carácter “integral” de la indemnización.

⁶ Luis MOISSET DE ESPANÉS, Daniel PIZARRO, Gustavo VALLESPINOS, *Inflación y actualización monetaria*, Buenos Aires, Universidad, 1981, p. 67.

⁷ Luis MOISSET DE ESPANÉS, “Límites al “valor” o al “monto” de la expropiación”, *Semanario Jurídico de Comercio y Justicia*, N° 8, 29 de agosto de 1977.

⁸ Ley 24.283, Boletín Oficial, 21/12/1993. La negrita me pertenece.

Conclusiones

(i) No corresponde aplicar a la indemnización expropiatoria el régimen establecido por las denominadas leyes de consolidación de deuda pública.

(ii) El valor del bien objeto de expropiación se considera al tiempo de la desposesión y según el criterio jurisprudencial actual no resulta procedente la actualización monetaria.

(iii) Para el criterio mayoritario de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, corresponde adicionar intereses desde la fecha de la desposesión hasta la del efectivo pago, equivalentes a la Tasa Pasiva promedio mensual que publica el Banco Central de la República Argentina.

(iv) No se ha admitido la compensación en el marco de un proceso expropiatorio.

(v) La indemnización expropiatoria constituye una obligación de valor, no dineraria.

EL REGISTRO INMOBILIARIO: SU INSERCIÓN EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL. LAS FACULTADES NACIONALES Y PROVINCIALES. RECURSOS CONTRA LAS DECISIONES DEL REGISTRADOR

AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI

Sumario: 1. Palabras iniciales. 2. Carácter nacional de la ley 17.801. Su constitucionalidad. La legislación provincial anterior a su sanción. 3. Un nuevo debate: ámbito constitucional de regulación de la legislación provincial. 4. Disposiciones de la ley 17801 que hacen referencia a las leyes locales. 5. Una disposición específica. El art. 38. 5.1. Facultades provinciales. 5.2. Organización. Funcionamiento. Número. 5.3. Procedimiento de registración. 5.4. Recursos. Generalidades. 5.5. Revisión judicial. La morosidad judicial. 5.6. Competencia en la revisión judicial: civil o contencioso administrativa. 5.7. Legitimados para recurrir.

1. Palabras iniciales

Los aportes del maestro Luis Moisset de Espanés al derecho civil argentino son incontables; prácticamente, todas las áreas han sido enriquecidas por tu trabajo constante y creativo. Uno de esos ámbitos, en el que se entrecruzan incluso otras disciplinas, es el perteneciente al llamado derecho registral. Vayan estas breves páginas, referidas a este tema, como adhesión al merecido homenaje que hoy se le tributa.

2. Carácter nacional de la ley 17.801. Su constitucionalidad. La legislación provincial anterior a su sanción

El art. 1 de la ley 17.801 declara el carácter nacional de ese ordenamiento al disponer que su ámbito de aplicación comprende a todos los

registros de la propiedad inmueble existentes en el país. La primera pregunta es si conforme el sistema constitucional argentino, la Nación puede reglar toda esta materia.

Para algunos autores, el derecho registral es un desgajamiento del derecho civil; la única diferencia radica en que las cosas y los derechos interesan exclusivamente en su faz dinámica, o sean en cuanto son objeto de tráfico jurídico¹; ellos no necesitan fundar la validez constitucional de la ley 17.801, emanada del mismo poder que a su hora dictó el código civil.

Otros entienden que el derecho registral es un conjunto heterogéneo de normas; abarca el derecho registral *formal* (destinado a los órganos y al procedimiento registral) y el derecho registral *material* (cuyo objeto son los efectos generados por el registro). El derecho registral material es derecho privado; por eso, en el aspecto sustancial, la ley 17801 es *complementaria* del Código Civil argentino, tal como lo dice expresamente su art. 42 y, consecuentemente, no hay dudas que extiende su ámbito a todo el territorio de la República Argentina.

Desde esta visión, el art. 1, especie de “puerta de entrada” de la ley, implica la legitimación de todos los registros inmobiliarios existentes a lo largo y ancho del país, anteriores a su sanción y cuya constitucionalidad, en algún momento histórico, fue puesta en duda². Todos los autores recuerdan a Rafael Bielsa, quien sostuvo que los registros inmobiliarios locales eran una *feliz anomalía institucional*³; con esta frase quiso significar que si bien los registros provinciales ofendían la Constitución, los beneficios eran de una “evidencia agobiante”⁴.

¹ Raúl GARCÍA CONI, y Ángel FRONTINI, *Derecho registral aplicado*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 11

² Para esta historia ver Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Publicidad registral*, 3ª ed., Buenos Aires, Zavallía, 2003, p. 86 y ss.; Luis A. PEÑA GUZMÁN, *Derecho civil. Derechos reales*, Buenos Aires, TEA, 1973, t. I, p. 129, N° 97 y 98; María F. ZARICH, “Temas registrales”, en Cristina N. ARMELLA (directora), *Tratado de derecho notarial, registral, e inmobiliario*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, p. 327. Para las sentencias de la Corte que así lo declararon en la década del treinta, ver Felipe P. VILLARO, *Elementos de derecho registral inmobiliario*, La Plata, ed. Colegio de Escribanos, 1980, p. 25; Luis ANDORNO y Marta MARCOLÍN DE ANDORNO, *Ley nacional registral inmobiliaria 17.801*, 2ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 36.

³ Rafael BIELSA, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, El Ateneo, 1947, p. 125.

⁴ Antonio COGLAN, *Teoría general de derecho inmobiliario registral*, Buenos Aires, A. Perrot, 1984, p. 7.

No obstante, la expresión fue criticada por López de Zavalía para quien, en el terreno jurídico, “una anomalía jamás puede ser feliz” y esas leyes locales desobedecieron la Constitución⁵. A propósito de esta anomalía, el maestro tucumano enseñaba, con galanura del lenguaje, que en el derecho argentino existen tres grandes familias: la familia dilecta, la familia rebelde y la familia adoptiva.

“La familia *dilecta* fue engendrada por Vélez con la esposa amada: la teoría del título y el modo; de este modo, reaccionó contra el consensualismo francés. La familia *rebelde* aparece cuando Vélez se deja tentar por las faldas francesas; por dos veces traicionó a la esposa amada con la que había contraído solemnes nupcias en el art. 577. La primera fue a propósito de la cesión de créditos; de haber sido fiel a la teoría del título y el modo hubiera erigido a la notificación como modo y hubiese dicho: *antes de la notificación, ningún derecho queda transmitido*. La segunda fue con el derecho de hipoteca; le hubiese sido fácil decir “antes de la inscripción no hay derecho de hipoteca”, pero en su lugar, estableció un sistema híbrido: el derecho real de hipoteca queda constituido por el consentimiento y la inscripción sólo es necesaria para la oponibilidad a ciertos terceros. La familia *adoptiva* se llama así porque no es hija de la Nación, sino de las provincias; los registros surgen a través de las leyes provinciales que distinguieron entre nacimiento y oponibilidad del derecho, y para este segundo aspecto exigían la registración. Estas leyes, que nacieron inconstitucionales fueron purgando lentamente su inconstitucionalidad a través de una serie de leyes nacionales hasta que finalmente viene adoptado en el nuevo art. 2505. Si hoy se hiciera un ADN de este hijo se vería que tiene genes distintos: del hijo primogénito de Vélez toma la exigencia del título y el modo (título y tradición). Pero del hijo rebelde de Vélez toma la distinción entre efectos inter partes y efectos respecto de ciertos terceros”⁶.

Como es sabido, antes de la sanción de la ley 17711, varias leyes nacionales presumieron la existencia de estos registros provinciales al

⁵ Fernando LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Curso introductorio al derecho registral*, Buenos Aires, Zavalía, 1983, p. 243.

⁶ Fernando LÓPEZ DE ZAVALÍA, “Adquisición de derechos reales”, en Gustavo VALLESPINOS, (director), *Cuestiones esenciales en derechos reales*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2002, p. 61 y ss

mencionar diversos tipos de documentos inscribibles; por ej., la ley 14005 de loteos, la 13.512 de propiedad horizontal, la 14394 de bien de familia, etc. Según un sector de la doctrina, estas leyes legitimaron la existencia de estos registros⁷. En este sentido, con apoyo en el art. 44 de la ley 17.801, se afirma que los registros de la ley 17711 y 17801 de ningún modo desconocieron la existencia de los registros que ya estaban funcionando; por el contrario, se fundaron en ellos y, por eso, los viejos registros constituyeron la base a partir de la cual se introdujo la registración y se incorporó el sistema del folio real; en otras palabras, los actuales registros son una consecuencia de los registros provinciales; son su continuidad”⁸. Para otros, estas disposiciones específicas no alcanzaron a dar legitimidad constitucional general al régimen⁹.

Cualquiera sea la posición correcta, la disputa ha quedado cerrada con las leyes 17711 y 17801.

3. Un nuevo debate: ámbito constitucional de regulación de la legislación provincial

Solucionado el problema reseñado en el punto anterior¹⁰, hoy el debate transita por otros andariveles, y apunta a identificar cuáles son las cuestiones que incumben a la ley nacional, y cuáles las que deben ser reguladas por las disposiciones provinciales. A diferencia de lo que acontece con el derecho registral material, el derecho registral formal tiene

⁷ Raúl GARCÍA CONI, y Ángel, FRONTINI, *Derecho registral aplicado*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 56. Así, por ej., el art. 28 de la ley 14.394, al tratar la ausencia con presunción de fallecimiento dispone “El dominio de los bienes del presunto fallecido se inscribirá en el registro correspondiente, con la pre-notación del caso, a nombre de los herederos o legatarios...”.

⁸ Daniel AHUMADA, “Incorporación de inmuebles al registro”, L.L. Córdoba 2002-157

⁹ Jorge H. ALTERINI, “Gravitación de la reforma al art. 2505 del C.C. Con especial referencia a las proyecciones de la tradición y al concepto de terceros”, E.D. 43-1179.

¹⁰ Algunas provincias han hecho nacer otras cuestiones. Así, por ej., la ley 9150 de la provincia de Córdoba ha creado el “registro personal de poseedores” (Para esta cuestión ver Gabriel A. FUSTER, *Registro y posesión. La ley 9150 y el registro personal de poseedores*, Lexis Nexis Córdoba 2008 N° 3 p. 252).

“visibles aportes del derecho administrativo y procesal, y cabalga hacia el derecho público”¹¹; dicho de otro modo, está conformado por materia no delegada; de allí las reiteradas referencias de la ley 17801 a los ordenamientos locales a los que remite expresamente, al menos, en diecisiete ocasiones.

Una consecuencia de estas remisiones son las regulaciones provinciales que rigen el funcionamiento del registro en el ámbito local (a veces, a través de leyes específicas; otras, de leyes orgánicas del Poder Judicial o del organismo del cual el registro inmobiliario depende).

En opinión de Borda¹², las pautas correctas para distinguir las facultades propias de la Nación y de las provincias son las siguientes:

(a) Todo lo que hace a la organización y funcionamiento de los registros, el procedimiento de registración y el trámite correspondiente a las impugnaciones o recursos es materia propia de las leyes locales (art. 38).

En sentido coincidente, Ventura dice: “todo lo relativo a la regulación del órgano estatal destinado a administrar los registros, la organización y funcionamiento de los órganos estatales de la toma de razón, se encuentra regido por normas de derecho público”¹³.

(b) Todo lo referente a los documentos que deben inscribirse, la forma de la matriculación e inscripción, sus efectos, la publicidad de los asientos, es materia de la legislación de fondo, y está regido por la ley nacional.

Con criterio similar Ventura reserva al derecho privado, y consecuentemente, a la ley nacional, “el contenido de la registración y los alcances y límites de la función calificadora”.

De algún modo, la línea divisoria entre lo formal y lo sustancial está implícita en una decisión de la Corte Federal relativa a su propia compe-

¹¹ Fernando LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Curso introductorio al derecho registral*, Buenos Aires, Zavallía, 1983, p. 23.

¹² Guillermo BORDA, *Tratado de derecho civil. Derechos reales*, 3ª ed., Buenos Aires, A. Perrot, 1984, t. II, n° 1434. Conf. Luis ANDORNO y Marta MARCOLÍN DE ANDORNO, *Ley nacional registral inmobiliaria 17.801*, 2ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 41

¹³ Gabriel VENTURA, *Tracto abreviado registral*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, p. 29; del mismo autor, *Ley 17.801. Registro de la propiedad inmueble*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, p. 29.

tencia¹⁴ en la que dijo que “el estudio del régimen jurídico administrativo local que determina la organización, funcionamiento y sedes territoriales de registros de la propiedad, el procedimiento de registración y el trámite correspondiente a las impugnaciones o recursos que se deduzcan contra las resoluciones de sus autoridades exceden la competencia de la Corte” y que no obsta a tal aserto “la circunstancia de que los registros de la propiedad inmueble existentes en cada provincia y en la Capital Federal estén sujetos al régimen de la ley nacional 17.801 ya que este texto normativo complementa lo dispuesto en los arts. 2505, 3135, 3137, 3149 y concordantes del Código Civil en cuestiones de derecho sustantivo que hacen a la publicidad y efectos frente a terceros de los derechos reales constituidos sobre bienes inmuebles; en cambio, por mandato constitucional, pone en cabeza de las leyes y reglamentaciones locales las materias que conciernen a la prestación regular y eficaz del servicio de inscripción registral de los respectivos títulos, así como de las medidas cautelares dispuestas de conformidad con los ordenamientos procesales, en cuya regulación las provincias conservan plenas atribuciones (arts. 121 y 122 de la Constitución Nacional; arts. 38 y sgtes., 42, 43 y concordantes de la ley 17.801)”.

(c) Las leyes provinciales anteriores a la sanción de la ley 17.801 han quedado derogadas en todo cuanto contradigan a la ley nacional.

(d) La única norma que admite la superposición de ambos ordenamientos en beneficio de la ley local es el art. 43, que permite a las provincias reducir los plazos; en lo demás, debe prevalecer la ley nacional.

En este sentido, la Corte Federal¹⁵ tiene dicho que “la publicidad que impone el art. 2505 del CC fue reglamentada en el orden nacional por

¹⁴ C.S.J.N., 17/7/2007, “Securfin S.A. c/ Provincia de Santa Fe”, Fallos 330:3447; ídem 4/3/2008, “Banco Argenfé S.A. c/ Provincia de Buenos Aires”, D.J. 2008-II- 849. Ver comentario al art. 3147 C.C.

¹⁵ C.S.J.N., 19/12/1986, “Molina Isaac c/ Provincia de Bs. As.”, en L.L. 1987-A-611, J.A. 1987-I-168, con nota de Raúl LÓPEZ, “Inconstitucionalidad de la llamada ‘defensa de jurisdicción notarial’ en la provincia de Bs. As. y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, E.D. 122-420, con nota de, Carlos D’ALESSIO “Limitaciones a la circulación de los documentos notariales”, y de Germán BIDART CAMPOS, “Inconstitucionalidad de normas notariales de la provincia de Bs. As.”; y en Doc. Jud. 1987-II-369, con nota de Jorge DOCOBO, “Otra barrera jurisdiccional derribada. Variaciones sobre el art. 7 de la C.N.”.

la ley 17.801 y a ella quedaron sujetos los registros de la propiedad inmueble existente en todas las jurisdicciones del país; el sistema no faculta a las provincia a que sancionen leyes que so pretexto de reglamentar el funcionamiento de los registros inmobiliarios introduzcan requisitos extraños a la finalidad propia de la inscripción de los títulos públicos provenientes de otras jurisdicciones que no son requeridos a ese fin por la ley nacional de la materia y que, además, desconocen la autenticidad de los instrumentos públicos regulado por el Estado nacional en el uso de su potestad soberana” (en el caso, se declaró inconstitucional la ley de la provincia de Bs. As que exigía la intervención de un notario local para la tramitación de la inscripción relativa a inmuebles existentes en la provincia).

4. Disposiciones de la ley 17801 que hacen referencia a las leyes locales

Las disposiciones de la ley 17.801 que se refieren a las leyes locales o provinciales son numerosas; entre otras, cabe recordar las siguientes:

Art. 2° (En los mencionados registros se inscribirán o anotarán, según corresponda, los siguientes documentos... c) Los establecidos por otras leyes nacionales *o provinciales*); art. 6° (La situación registral sólo variará a petición de: a) El autorizante del documento que se pretende inscribir o anotar, o su reemplazante legal; b) Quien tuviere interés en asegurar el derecho que se ha de registrar. *Cuando por ley local* estas tareas estuvieren asignadas a funcionarios con atribuciones exclusivas, la petición deberá ser formulada con su intervención) art. 7° (La petición será redactada en la forma y de acuerdo con los requisitos que determine la *reglamentación local*); art. 9°, último párrafo (Cuando la decisión no fuese rectificadada podrá promoverse el recurso o impugnación que correspondiere *según la ley local*, durante cuya sustanciación se mantendrá vigente la inscripción o anotación provisional. La *reglamentación local* fijará los plazos máximos dentro de los cuales deben sustanciarse los recursos. Las inscripciones y anotaciones provisionales caducan de pleno derecho cuando se convierten en definitivas o transcurre el plazo de su vigencia); art. 21 (El Registro es público para el que tenga interés legítimo en averiguar el estado jurídico de los bienes, documentos, limitaciones o interdicciones inscritas. Las *disposiciones locales* determina-

rán la forma en que la documentación podrá ser consultada sin riesgo de adulteración pérdida o deterioro); art. 24, último párrafo (Queda reservada a la *reglamentación local* determinar la forma en que se ha de solicitar y producir esta certificación y qué funcionarios podrán requerirlas. Asimismo, cuando las circunstancias locales lo aconsejen, podrá establecer plazos más amplios de validez para las certificaciones que soliciten los escribanos o funcionarios públicos del interior de la provincia o territorio); art. 27 (Aparte de la certificación a que se refiere el artículo 23, el Registro expedirá copia autenticada de la documentación registral y los informes que se soliciten de conformidad con la *reglamentación local*); art. 28 (En todo documento que se presente para que en su consecuencia se practique inscripción o anotación, inmediatamente después que se hubiere efectuado, el Registro le pondrá nota que exprese la fecha, especie y número de orden de la registración practicada, en la forma que determine la *reglamentación local*); Art. 30 (El registro tendrá secciones donde se anotarán... b) Toda otra registración de carácter personal que dispongan las leyes nacionales o provinciales y que incida sobre el estado o la disponibilidad jurídica de los inmuebles); art. 33 (De acuerdo con la forma que determine la *reglamentación local*, el registro practicará inscripciones y anotaciones provisionales en los casos de los artículos 9 y 18 inciso a) y las anotaciones preventivas que dispongan los jueces de conformidad con las leyes); art. 36, último párrafo (Tratándose de usufructo vitalicio será instrumento suficiente el certificado de defunción del usufructuario. La cancelación podrá ser total o parcial según resulte de los respectivos documentos y se practicará en la forma determinada por la *reglamentación local*); art. 38 (La organización, funcionamiento y número de los Registros de la Propiedad, el procedimiento de registración y el trámite correspondiente a las impugnaciones o recursos que se deduzcan contra las resoluciones de sus autoridades serán establecidas por las leyes y *reglamentaciones locales*); art. 40 (El registro, por los procedimientos técnicos que disponga la *reglamentación local*, llevará un sistema de ordenamiento diario donde se anotará la presentación de los documentos por orden cronológico, asignándoles el número correlativo que les corresponda); Art. 43. Las leyes locales podrán reducir los plazos establecidos en esta ley; art. 44 (A partir de la fecha de vigencia de la presente ley todos los inmuebles ya inscritos en los Registros de la Propiedad, como los que aún no lo estuvieren, deberán ser matriculados de conformidad con sus disposiciones, en el tiempo y forma que determine

la reglamentación local); art. 45 (Las normas y plazos establecidos por las *leyes locales*, en cuanto sean compatibles con la presente ley, conservan su plena vigencia).

5. Una disposición específica. El art. 38

Dada la índole colectiva de esta obra, de este cúmulo de disposiciones, he elegido el art. 38, antes transcrito.

5.1. Facultades provinciales

En claro respeto al sistema constitucional argentino, el artículo reserva a cada provincia la facultad de: (a) organizar el registro inmobiliario, y consecuentemente establecer su modo de funcionamiento y número; (b) regular el procedimiento de registración; (c) establecer el trámite recursivo.

Esta facultad provincial se ejerce a través de leyes y reglamentaciones, conforme la materia a regular.

5.2. Organización. Funcionamiento. Número

La mayoría de las provincias han decidido hacer funcionar el registro en el ámbito del Poder Ejecutivo; otras han optado por el del Poder Judicial¹⁶.

En general, al igual que en España, el criterio seguido para el reparto ha sido que la gestión propiamente dicha corresponde a la administración;

¹⁶ Por ej., en San Juan, Neuquén y Mendoza actúa dentro de la órbita del Poder Judicial. Para otras precisiones, ver Daniel AHUMADA,, *Ley registral inmobiliaria N° 5771 y disposiciones técnico registrales*, Córdoba, Alveroni, 2002, p. 43; Arabela GHERZI DE SÁNCHEZ, "Los recursos administrativos en el registro de la propiedad inmueble de Mendoza y la habilitación de instancia", en Eduardo ÁVALOS (coordinador), *Habilitación de la instancia en el contencioso administrativo*, Córdoba, Advocatus, 2007, p. 505.

en cambio, cuando existen controversias, la cuestión entra en la jurisdicción judicial después de haber agotado la vía administrativa. O sea, mientras el servicio funciona normalmente, esto es, sin oposición, la función la ejerce el poder administrador; cuando los problemas surgen, pasan al Poder Judicial después de haber recorrido y agotado los estamentos administrativos correspondientes.

Las provincias argentinas que optaron por el funcionamiento del registro inmobiliario dentro del Poder Ejecutivo han regulado el registro como órgano dependiente de diversos ministerios. Por razones eminentemente prácticas, algunos apoyan el modelo que lo hace depender del Ministerio de Gobierno; fundan su posición en razones prácticas: el ochenta por ciento de la documentación que accede a los registros inmobiliarios procede de la actividad notarial y este ministerio es el que se encuentra más cerca de los Colegios de Escribanos quienes, a través de leyes-convenio, colaboran asiduamente con los Registros provinciales. No obstante, en algunas provincias, con clara visión fiscalista, los registros actúan en el Ministerio de Economía o de Finanzas.

La mayoría de las normas locales exige el título de notario o abogado para ser director y subdirector; por el contrario, la Provincia de Buenos Aires admite profesionales de otras especialidades.

Para garantizar la imparcialidad en la calificación de los documentos, todas las regulaciones establecen la incompatibilidad de esos cargos con el ejercicio profesional, aunque en algunas provincias, en algún momento, por razones incomprensibles, esa incompatibilidad fue temporalmente suspendida.

Según la extensión de su territorio, las provincias han decidido crear uno o más registros. Por ej., la provincia de Mendoza tiene dos y, sin mayor respaldo fáctico, una ley ha creado un tercero, que aún no funciona, por razones presupuestarias.

5.3. Procedimiento de registración

A diferencia de otros sistemas federales del derecho comparado, el argentino reserva a las provincias la materia procesal jurisdiccional; con mayor razón esta solución rige en el ámbito administrativo, en tanto el propio derecho administrativo es materia no delegada.

5.4. Recursos. Generalidades

El art. 38 concuerda con el art. 9, que reserva a la ley local la regulación de los remedios contra la decisión administrativa. No obstante, gramaticalmente, ambas normas no son totalmente coincidente: el art. 38 parece reservar a las provincias sólo el “trámite”; en cambio, con expresión más general, el art. 9, remite no sólo al trámite sino al remedio en sí mismo; o sea, es facultad provincial no sólo señalar el trámite o procedimiento, sino indicar cuál es el remedio, cuántos son, quiénes están legitimados, etc.

Algunas provincias argentinas han regulado minuciosamente el sistema recursivo; otras sólo contienen reglas generales con lagunas significativas.

En definitiva, las vías recursivas dependen de los sistemas instrumentados en la legislación local. El decreto 2080 lo reglamenta en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires.

5.5. Revisión judicial. La morosidad judicial

¿Podría la ley local establecer la no revisibilidad judicial de lo resuelto por la autoridad registral?

La respuesta es negativa¹⁷; necesariamente, la resolución del registrador debe ser susceptible de un posterior recurso judicial; así lo exigen los principios de “tutela judicial efectiva” y del “sometimiento de la Administración al Derecho”¹⁸. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

¹⁷ Este aserto rige no sólo para el registro inmobiliario sino para la actividad de otro tipo de registros, se comparta o no la tesis de que los asientos registrales son actos administrativos. Ver, entre otros, Celestino PARDO NÚÑEZ, “La revisión jurisdiccional de la calificación registral: premisas constitucionales”, en *Recursos contra las resoluciones por las que se suspende o deniega la inscripción de derechos en los registros*, obra colectiva, Madrid, ed. Consejo General del Poder Judicial, 2005, ps. 15/66.

¹⁸ La solución no es nueva; ver artículo de Abel BOULIN ZAPATA, “El procedimiento registral regulado en la ley 17.801”, en *Jurisprudencia de Mendoza, Serie Memoria*, Mendoza, *Jurisprudencia de Mendoza*, N° 75, p. 158. Esta publicación de 2009 repro-

tiene dicho que la existencia de una vía jurisdiccional que revise la legalidad de la actuación administrativa es una exigencia del Estado de derecho. Por eso, en todos los países de Europa, en algún momento, la revisión de los actos del registrador tramita en sede judicial. En el mismo sentido, el art. 106 de la Constitución española dice: “los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”.

Aun cuando se sostenga que la función del registrador no es de naturaleza administrativa, sino que, por el contrario, es una jurisdicción especial, de naturaleza autónoma e independiente, el principio constitucional de unidad de jurisdicción impone la necesidad de que existan vías recursivas, propiamente jurisdiccionales contra las resoluciones emanadas del registro¹⁹. Dicho en otros términos, la posibilidad de revisar ante un órgano jurisdiccional las resoluciones emanadas del registrador es un imperativo constitucional.

La respuesta sugiere una nueva pregunta: ¿es conciliable esta revisión judicial y los dilatados tiempos de la justicia con la seguridad jurídica?

La lentitud de la justicia fue el argumento utilizado en España por la Real Orden de 1864 para privar a los jueces de la facultad de revisión y atribuirle a la Dirección General de los Registros y del Notariado²⁰. La doctrina española señala que aunque esa solución hoy no podría justificarse, es imperioso evitar las dilaciones, desde que “la incertidumbre, mientras dura, desvaloriza notablemente el valor de mercado de los derechos cuya inscripción se pide. Por eso, la revisión temporánea de las calificaciones es una exigencia imperiosa del colectivo registral; el exceso de poder que las demoras generan, indirectamente contribuye a

duce una clase dada por el jurista mendocino en 1971 transcrita en *Curso de Derecho Registral Inmobiliario*, Buenos Aires, ed. Ministerio de Justicia, 1971, p. 235 y ss.

¹⁹ Ver Francisco J. GÓMEZ GÁLLIGO, “La calificación registral en el pensamiento de don Jerónimo González. Su vigencia actual”, en RCDI, año LXIX, nov.- dic. 1993, N° 619, p. 1869; Manuel M. ZORRILLA RUIZ, “Redefinición constitucional del recurso gubernativo hipotecario”, en obra colectiva, *Protección registral de los derechos reales y tutela judicial efectiva*, Madrid., ed. Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 321.

²⁰ Confr. Gabriel DE REINA TARTIÈRE, “Autonomía de la función registral”, E.D. 221-856 y ss., quien propone restringir esa revisión; funda esta posición restrictiva en la autonomía de la función registral.

acrecentar el indeseable poder de la burocracia²¹. Por lo expuesto, en España existe una gran cantidad de propuestas para la modernización del sistema recursivo²². En la Argentina, la doctrina muestra menos preocupación, pero también alza su voz. Así, por ej. la XVII Reunión Nacional de Directores de Registro de la Propiedad Inmueble, reunida en La Plata en Junio de 1980 declaró: “Es necesario profundizar los estudios relacionados con el procedimiento y resolución de los recursos registrales, los que deberán satisfacer las necesidades de celeridad, especialización, inmediatez, menor costo y auténtica jurisprudencia registral metodizada, con intervención de la Dirección del Registro y la parte interesada y revisado por los órganos independientes que mejor convengan a la organización, de conformidad a las jurisdicciones locales”²³. Al año siguiente, con relación a la impugnación de las decisiones registrales relativas a documentos que tienen origen judicial, la XVIII Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad reunida en Bs. As. insistió en “promover por vía legislativa, un mecanismo que asegure un pronunciamiento judicial definitivo, que supere el conflicto que se plantea cuando, haciendo uso de su facultad calificadora, el re-

²¹ Celestino PARDO NÚÑEZ, “Control judicial de la legalidad registral y tutela efectiva del derecho a inscribir”, en *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXIX, N° 676, marzo/abril 2003, p. 1071.

²² Fernando LÓPEZ RAMÓN, “La modernización de los recursos contra las calificaciones de los registradores de la propiedad, entre la tradición, la administrativización y la fragmentación”, en *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 706, marzo/abril 2008, p. 725; compulsar también Eduardo BAENA RUIZ, “Apuntes sobre algunas cuestiones acerca de la revisión judicial de la calificación registral”, en *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario* N° 714, p. 1901.

²³ *Reuniones Nacionales de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble 1979/1983*, t. II, Buenos Aires, ediciones del Ministerio de Educación y Justicia, 1984, p. 25. Para los diferentes sistemas en los países latinoamericanos consultar: México: Guillermo COLÍN SÁNCHEZ, *Procedimiento registral de la propiedad*, México, Porrúa, 1985, p. 321; Uruguay: Miguel CACCIATORI, *Temas de derecho registral*, 2ª ed., Montevideo, Publicaciones Jurídicas, 1993, p. 33; del mismo autor, *Lecciones de derecho registral*, Montevideo, Barreiro, 1986, p. 137; Puerto Rico: Eduardo VÁZQUEZ BOTE, *Elementos de Derecho hipotecario puertorriqueño*, Barcelona, Lex, 1973, p. 332; Perú: Rubén GUEVARA MANRIQUE, *Derecho registral*, 4ª ed., Lima, Fecat, 1990, p. 115.

gistrador observa un documento de fuente judicial y la autoridad que originariamente ordenó la inscripción insiste en su mandato”²⁴.

²⁴ El Derecho Público Provincial argentino ha cubierto la omisión de la ley nacional. Así por ej., la ley 3802 del 26/4/1973 de la provincia de San Juan dispone: “Cuando se solicite registración de un documento judicial o por orden judicial y se observen faltas subsanables o insubsanables, el director general devolverá el documento al juez oficiante, acompañando la copia autorizada del formulario de calificación; si el juez reitera su resolución, elevará los antecedentes a la Cámara Civil para que ésta resuelva el conflicto, sin más trámite que el que disponga para mejor proveer, en el plazo de diez días”. El art. 18 de la ley cordobesa 5771 del 26/9/1974 dice: En los casos en que los tribunales insistieran en las inscripciones dispuestas, la Dirección del Registro elevará los antecedentes al Tribunal Superior de Justicia, dentro de los quince días en que se devolviera el documento al Registro General para que resuelva el conflicto, manteniéndose la inscripción provisional durante la substanciación del mismo. Esta disposición fue declarada inconstitucional por el Superior Tribunal de Córdoba el 20/3/1981; al igual que en el famoso caso “Madbury” verdadero *leading case* en materia de facultad judicial para declarar la inconstitucionalidad de la ley, el tribunal cordobés argumentó que la competencia de esa Corte nace exclusivamente de la Constitución, por lo que la ley no puede ampliarla; también descartó que el recurso fuese procedente por vía de la Superintendencia, pues en esa provincia el Registro Inmobiliario depende del Poder Ejecutivo y no de la administración de Justicia (T.S.J., Sala Civ., Com. y Cont. Adm., 20/3/1981, Ferro, Pedro, Boletín Judicial de Córdoba, t. XXV, vol. 3, marzo de 1981, pS. 119/120). Luego de la reforma constitucional provincial de 1987 el conflicto de competencia se ha planteado entre las Cámaras Civiles de Apelación y las Cámaras en lo Contencioso Administrativo. Para solucionar estos conflictos, Villaró propuso agregar al art. 9 de la ley 17.801 el siguiente párrafo: “Cuando se trate de documentos de origen judicial y el juez o tribunal insistiera en la anotación o inscripción de ellos, frente a la observación del Registro, el Director de éste o quien estuviera a su cargo, tendrá acción para requerir un pronunciamiento definitivo ante la alzada del tribunal que lo ordenó”. La solución fue criticada por Scotti, no sólo porque la ley nacional ingresaría en materia procesal, no delegada por las provincias, sino por los inconvenientes prácticos a los que puede dar lugar (Eduardo O. SCOTTI (H), *Calificación registral de documentos judiciales. Situaciones conflictivas entre juez y registrador*, Buenos Aires, Fides, t. 5, 1975, ps. 313/314. Para la ciudad de Buenos Aires el art. 52 del decreto 2080 dispone: “Contra la resolución denegatoria de la Dirección se podrá recurrir ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal. El recurso deberá interponerse ante el Registro en la forma y plazo prescriptos por la ley N° 22.231. Hasta que se resuelva el recurso se considerará extendido el plazo de inscripción o anotación provisional, no computándose en el plazo fijado en el artículo 44 el tiempo que insuma la resolución del recurso, desde su interposición hasta que la Dirección del Registro tome conocimiento del pronunciamiento de la Cámara”.

5.6. Competencia en la revisión judicial: civil o contencioso administrativo

Para algunos, este recurso debería transitar siempre en el orden jurisdiccional civil, porque la materia registral es una ampliación del derecho común y su objeto (los derechos reales) es típicamente civil, por lo que es más efectivo acudir a la jurisdicción civil en tanto, en definitiva, la cuestión ha de resolverse por aplicación de normas de derecho civil²⁵; se excluye, pues, el contencioso administrativo, independientemente de que las cuestiones que se planteen sean de fondo o de forma o procedimiento²⁶.

Tradicionalmente, en España, la acción contencioso-administrativo se ha negado contra las decisiones del Centro Directivo con este argumento: si el fundamento de la jurisdicción contenciosoadministrativa está en razones de especialidad técnica por parte del órgano jurisdiccional, mal podría entablarse ante ella un recurso, en el que los problemas a discutir son, por lo general, de derecho privado; por lo tanto, la única vía del particular es la contienda con la otra parte del título ante la jurisdicción ordinaria²⁷.

²⁵ Íñigo COELLO DE PORTUGAL, “La impugnación jurisdiccional de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado”, *Rev. Jurídica del Notariado*, Madrid, oct.- dic. 1992, p. 164. No obstante, el autor concluye adhiriendo a la jurisdicción contencioso administrativa; recuerda, como situación análoga, el sistema de la ley de patentes: la inscripción en el Registro y los términos de ésta, se entienden cuestión administrativa (acto administrativo), aunque los derechos comprometidos tengan naturaleza civil. O sea, la ley distingue entre registración (acto administrativo) y derechos derivados de tal registración. Lo primero se revisa en el orden jurisdiccional contencioso administrativo; lo segundo, ante los jueces civiles ordinarios. Compulsar también Nelson COSSARI y Daniel LUNA, “Calificación de documentos judiciales por el registro de la propiedad: la competencia recursiva impropia”, *J.A.* 2007-III-1155.

²⁶ Pedro Luis SERRA CONTRERAS, “Más sobre los recursos contra las calificaciones registrales. Una referencia a la responsabilidad”, en *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXIX, 2003, N° 680, p. 3361; Jesús María MARTÍNEZ PARDO, “Calificación registral. Reflexiones sobre las vías de impugnación”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXXII, Madrid, Edersa, p. 500.

²⁷ Compulsar Jesús GONZÁLEZ PÉREZ., “Naturaleza del procedimiento registral”, *RCDI*, año XXV, 1949, p. 575; del mismo autor, “La impugnación de los actos registrales”, *RCDI*, año XXXI, set.- oct. 1955, N° 328/329, p. 524, con transcripción de reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La solución podría ser la misma en Argentina, pues la mayoría de los códigos que regulan la acción procesal administrativa excluyen los supuestos en que la cuestión debe dilucidarse por exclusiva aplicación de las normas de derecho privado²⁸.

En esta tendencia, la X Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad reunida en San Carlos de Bariloche, Río Negro, Octubre de 1973, elaboró la siguiente recomendación: “Que de la función calificadora del registrador surge un resultado que puede ser positivo o negativo para el rogante, si el documento fuere registrado en forma definitiva o se le observare. Que en este último caso, fundado en el precepto constitucional que establece el derecho de defensa y en el principio procesal de recurribilidad, el peticionante puede efectuar la impugnación del acto jurídico registral de observación, por el medio procedimental recursivo que la ley prevé. Que en esta especie de recurso queda excluida toda idea de contienda ya que el Registro no es parte. No se impugna un acto de la administración en materia de derecho público lesivo para un particular, sino la calificación de un documento inscribible, lo que lo aleja de las notas típicas del proceso contencioso administrativo; en efecto, no habiendo contienda, la revisión que se pretende, configura un recurso de naturaleza jurídica especial”²⁹.

²⁸ En contra Felipe Pedro VILLARO, *Elementos de derecho registral inmobiliario*, La Plata, Fundación Notarial, 1980, p. 65, para quien la vía es el contencioso administrativo. En realidad, este autor sólo señala que en la Provincia de Buenos Aires, es el medio legislativamente admitido. Para ese régimen legal, ver Raúl GARCÍA CONI, *El contencioso registral. Recursos y subsanaciones*, Buenos Aires, Depalma, 1978, p. 136. En la provincia de Santa Fe., las decisiones del Registrador pueden ser recurridas ante la Cámara de Apelaciones en lo civil. No hay acuerdo en decidir cuál es la vía para impugnar la decisión de ese órgano judicial porque también se discute si está actuando en función jurisdiccional o administrativa. Una sala de este tribunal concedió el recurso extraordinario de inconstitucionalidad (que tramita ante el Superior Tribunal de la provincia); otro, en cambio, entendió que la decisión era de naturaleza no jurisdiccional y, en consecuencia, no existía “sentencia definitiva” a los fines del recurso extraordinario de inconstitucionalidad pues previamente debía intentarse la vía judicial revisora (ver antecedentes relatados por Luis ANDORNO, “Procedimiento recursivo registral”, E.D. 131-865).

²⁹ *Reuniones Nacionales de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble y Congresos Nacionales de Derecho Registral 1964/1978*, Buenos Aires, ed. del Ministerio de Justicia, 1979, p. 111.

Para otros, en cambio, dado que el acto impugnado tiene naturaleza administrativa, la vía de revisión es la acción contencioso-administrativa. En esta línea, en la Argentina se ha decidido que “Es principio unánimemente aceptado en la doctrina que las inscripciones en las matriculas del Registro Inmobiliario, como consecuencia de las cuales nacen, se modifican y extinguen derechos subjetivos (reales o personales) son actos administrativos, y más concretamente, actos administrativos de atestación. Consecuentemente, toda acción judicial que se vincule con impugnaciones sobre la validez, perfección o irregularidad de dichos actos, es materia de naturaleza contencioso administrativa, y por ende, es cuestión que escapa a la competencia del Fuero Civil y Comercial local, aún cuando el supuesto vicio que se haya alegado haya sido consecuencia de las actuaciones de un juez de este fuero”³⁰.

En la provincia de Mendoza, agotada la vía administrativa a través de un recurso ante la sala III de la Suprema Corte, la cuestión es revisable en la vía jurisdiccional mediante la acción contencioso-administrativa que se interpone ante las salas jurisdiccionales del mismo tribunal.

En una posición intermedia se ubican quienes proponen que las decisiones se recurran directamente ante la sala del Tribunal Superior que corresponda en razón de la naturaleza del derecho cuya inscripción se pretende³¹.

Como se advierte, el paso del procedimiento inscriptorio de la Administración a la Justicia no es fácil; de allí que en España, país en el que sistema es más complejo que en la Argentina, la cuestión relativa a los recursos contra las decisiones registrales y su revisión judicial haya sufrido diversas reformas a lo largo de los años y, consecuentemente, los autores hayan realizado variados esfuerzos interpretativos³².

³⁰ Cámara Civil y Comercial Común de Tucumán, Sala 1, 5/9/2002, elDial - BB5484. La expresión usada es incorrecta, pues no hay opinión unánime en torno a la naturaleza jurídica de la función calificadoradora.

³¹ Celestino PARDO NÚÑEZ, “Control judicial de la legalidad registral y tutela efectiva del derecho a inscribir”, en *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXIX, N° 676, marzo-abril 2003, p. 1071.

³² Compulsar, entre otras, obra de AA.VV., *Recursos contra las resoluciones por las que se suspende o deniega la inscripción de derechos en los registros*, Madrid, ed. del

5.7. Legitimados para recurrir

La ley local puede señalar quiénes son los legitimados para recurrir. Claro está, esta regulación debe ser cuidadosa y no violar el derecho constitucional de acceso a la justicia de quien tiene un derecho subjetivo desde que, como enseña Bidart Campos, los temas de legitimación implican cuestiones constitucionales³³. Con criterio amplio, que se comparte, se ha decidido que el letrado autorizado mediante oficio judicial para gestionar una anotación o inscripción en el registro de una provincia está legitimado para interponer los recursos necesarios cuando la gestión que le ha sido encomendada no puede cumplirse a raíz de la denegación efectuada por aquel³⁴.

Consejo General del Poder Judicial, 2005 (en este libro se incorporan ocho trabajos de diferentes autores que versan sobre distintos recursos existentes en España); José M. GARCÍA URBANO, “Revisión judicial de las resoluciones de la Dirección General”, en *Libro homenaje a Manuel Peña Bernardo de Quirós y Antonio Ipiéns Llorca*, Madrid, ed. del Colegio de Registradores, 1996, p. 495; Jesús María MARTÍNEZ PARDO, “Calificación registral. Reflexiones sobre las vías de impugnación”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXXII, Madrid, Edersa, p. 493; Irene NADAL GÓMEZ, “Las vías de impugnación de la calificación del registrador de la propiedad”, en *Rev. Jurídica Española La Ley 2002-4-1929*, D-168; Celestino PARDO NÚÑEZ, “La revisión jurisdiccional de las calificaciones registrales: Problemática del nuevo recurso judicial”, en *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXIX, 2003, N° 680, p. 3337 y en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, t. III, p. 4139; Celestino PARDO NÚÑEZ, “El recurso judicial contra las resoluciones de la Dirección General. Análisis y crítica”, en *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXXI, julio-agosto 2005, N° 690, p. 1269; Salomé RICO OLIVER, “Recurso gubernativo contra la calificación del registrador en materia hipotecaria”, en DIEZ PICAZO GIMÉNEZ Y OTROS (directores), *Estudios sobre derecho procesal*, Madrid, Central Hispano, 1995, t. IV, p. 5421.

³³ Ver, entre otras notas del autor, “Las realidades biológicas y las normas jurídicas”, E.D. 157-881; “Una sentencia ágil en busca de la verdadera filiación del menor”, L.L. 2002-C-719.

³⁴ Cámara Civ. y Com. de Rosario, Sala I, 14/2/1996, L.L. Litoral 1998-I-424, con nota aprobatoria del voto de la mayoría, Luis ANDORNO, “El interesado para recurrir en el diligenciamiento de un oficio judicial”, en L.L. Litoral 1998-I-423.

CUESTIONES ACERCA DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL Y LA OPONIBILIDAD (o sobre el desasosiego del usuario registral ¹)

DANIEL E. AHUMADA

Sumario: 1. Introducción. 2. Medios de actuación de la publicidad inmobiliaria: el Registro. 3. El folio real ¿único medio de la publicidad registral? 4. Discordancia entre publicidad y prioridad. 5. Sobre el tratamiento de la caducidad. 6. Las registraciones oponibles y el historial de las registraciones.

1. Introducción

La publicidad registral produce efectos ciertos y determinados con la finalidad de obtener seguridad para los titulares de los derechos registrados y para el tráfico jurídico, esencialmente está dirigida a hacer cognoscibles y oponibles los contenidos publicados; el objetivo es perseguido de manera absoluta y no son admitidas las excepciones: lo registrado se presume conocido ² *iuris et de iure* ³ y a nadie ⁴ le es permitido ignorar lo publicitado, aun cuando ciertas circunstancias, como por ejem-

¹ Usuario del Registro inmobiliario de Córdoba.

² La presunción está fundada en la posibilidad de conocer no en el conocimiento efectivo. La registración tiene por finalidad lograr cognoscibilidad de lo publicitado, aspecto que se logra a través de la existencia del Registro de la propiedad.

³ Si bien nuestra legislación no lo expresa de esta manera, es una consecuencia propia del sistema.

⁴ A excepción de las partes y quienes intervinieron en la formación del instrumento no inscripto (art. 20 ley 17.801) y aquellos a quienes la falta de buena fe no los protegeja.

plo la muerte del titular registral, influyan en la generación de algunos de los efectos que le son propios.

Como consecuencia que lo publicitado es considerado jurídicamente válido, la registración deviene en protección pasiva para los titulares de derechos, constituyéndose en sólida defensa del derecho inscripto; pero no se produce el mismo efecto respecto de la faz activa del derecho, o legitimación registral o posibilidad de ejercicio de la titularidad, aspecto que no se legitima únicamente a través de la publicidad por cuanto nuestro ordenamiento jurídico establece la participación adicional de otros elementos.

La formulación realizada y la coincidencia doctrinaria en sus grandes lineamientos recibe la influencia de las reglamentaciones y usos locales, y como consecuencia de ello la publicidad adquiere al momento de su aplicación particularidades especiales que es necesario tener en cuenta según sea el registro inmobiliario. En tanto la ley 17.801 delega en cada provincia la reglamentación y la organización de sus registros (art. 38 y ss.) se generan normativas y procedimientos que si bien son semejantes no son iguales entre cada registro provincial, a su vez, las interpretaciones de las normas locales enriquecen y desarrollan el derecho registral, y como consecuencia de ello las soluciones de una jurisdicción pueden no ser de aplicación en otras. Esta situación puede generar efectos disvaliosos aun cuando no fueren intencionalmente buscados, reflejándose algunas veces en los excesos reglamentarios que peligrosamente avanzan sobre la ley de fondo, y en otras ocasiones en prácticas desacertadas u obsoletas que impiden el correcto desarrollo de los institutos registrales, es decir, los medios utilizados para implementar la registración condicionan el fin perseguido por las disposiciones de la ley de fondo.

Por otra parte, las reglamentaciones locales delegan en la “dirección” de cada Registro las decisiones relativas al funcionamiento registral, porque si bien cada ley local ⁵ establece la estructura funcional, la organización de esa estructura, en la cual está incluida la conectividad interna, son atributivas de la autoridad registral, y esta debe proveer a la

⁵ Las leyes registrales locales suelen contener estas estructuras, algunas veces modificadas o alteradas por las leyes de presupuesto que no las receptan de igual modo, constituyendo una traba insalvable para su ejecución integral.

“funcionalidad” del sistema. Esta realidad, es decir el poder de decisión del director registral, no es por sí mismo discutible, y estaría por demás justificar la necesidad de una “autoridad de aplicación” que fije posiciones claras en cuestiones relevantes para evitar que se entienda que todo termine siendo todo judicializable⁶, pero no es posible alcanzar el resultado esperado -eficacia y celeridad- mientras no se elabore una “planificación o política” registral cierta y de aplicación continuada, también se requiere el quiebre de la inercia en la aplicación de criterios y mecanismos embebidos en los históricos registros provinciales anteriores a la ley 17.801; asimismo, y sin perjuicio de la diversidad de interpretaciones y de las situaciones especiales que se generan, es necesario determinar los lineamientos del alcance de la función calificadora del registrador que le impida transformarse en una suerte de “policía” del tráfico jurídico inmobiliario, para restringirse -y no es poco- a la función publicitaria: en los usuarios del Registro reina la sensación que el registrador se atribuye la función de “juez” de los documentos inscribibles y no en su calificador a los fines publicitarios⁷, olvidando -en algunos casos según la propia conveniencia o interés del registrador- que el art. 4º de la ley nacional dispone que la inscripción no convalida ni subsana los defectos que el documento pudiera contener, y que la situación jurídica existe antes de su inscripción y no con motivo de ella.

Este exceso de la función calificadora, propia de otros registros jurídicos del derecho comparado que expresamente así lo disponen, coloca al usuario registral en un estado de incertidumbre en tanto la falta de precisión y claridad de la actuación del registrador puede impedirle acceder a la inscripción pretendida, convirtiendo el proceso registral en inseguro, a veces aventurado⁸, y con resultado incierto. Esta situación adquiere nue-

⁶ De allí el acierto de las “resoluciones” interpretativas que los directores promulgan, aunque en algunos momentos se las haya utilizado abusivamente, tanto por un excesivo afán reglamentarista, como por haber incursionado más allá de lo admisible, atribuyéndose facultades propias del legislador.

⁷ La única finalidad de la inscripción es la publicidad, ya que el nacimiento, modificación y extinción de los derechos se produce afuera del Registro.

⁸ En ocasiones el Registro inmobiliario cordobés hace recaer en el usuario el peso de los errores registrales; ello sucede cuando se producen “fugas” registrales, falta de firma en los asientos de inscripción y reconstrucciones de folio.

vas dificultades cuando, por ejemplo, particularmente al notario se le endilga una “responsabilidad funcional de resultados” u “obligación de resultados”, es decir, no tan solo debe confeccionar una escritura pública formal y sustancialmente válida sino que también se le exige que la inscriba en el Registro⁹, opinión sostenida por buena parte de la doctrina argentina que deja al notario a merced de los criterios del registrador de turno. No se trata de pretender “asegurar” la registración de los documentos, sino de trazar un camino por el cual transitar sin ser afectados por los personalismos o criterios disímiles, el exceso en la calificación y la omnipresencia del cambio, es decir, disponer en esta cuestión de la imprescindible “seguridad jurídica”, para algunos “seguridad jurídica preventiva”, que provoque la “*necesaria predictibilidad*”¹⁰ del tráfico jurídico inmobiliario. Al Registro no le corresponde erigirse en el juez o árbitro del tráfico jurídico, sino en el custodio del patrimonio inmobiliario; la actuación del registrador no puede constituirse en una fuente de conflictos sino en garantía de los derechos patrimoniales.

La publicidad registral exhibe numerosas facetas, a continuación nos referiremos a algunas de ellas, puntualmente a ciertos desacuerdos que pueden plantearse entre la publicidad y la prioridad, y a determinadas modalidades utilizadas para expresar las situaciones oponible.

Estas situaciones no son asumidas por el registrador como un problema propio, ni la más mínima señal da de ello, por el contrario, es el mismo usuario quién debe preocuparse y ocuparse de solucionar las deficiencias internas de los documentos o asientos registrales a cuyo acceso directo le está totalmente vedado por lo que es imposible imputarle al usuario alguna responsabilidad en la producción de los hechos que han ocasionado el error o la destrucción. La desidia en la iniciativa y adopción de soluciones en otros tiempos era acompañada de una actitud de comprensión y camaradería, hoy ya no es lo mismo, no deja de ser un expediente más del cual pocos se hacen responsables, y que en algunos casos el primer escollo que deben salvar es la revisión previa del cumplimiento de los requisitos arancelarios (los fondos recaudados no van a rentas generales de la Provincia sino que conforman un fondo para gastos y haberes del personal del mismo Registro), que al ser aplicada con la parcialidad propia de la “parte interesada” genera situaciones abusivas al amparo de principios del derecho tributario (*solvet et repete*).

⁹ Las leyes notariales provinciales agregan a los deberes funcionales de los notarios el de instar la inscripción de los documentos que autoriza.

¹⁰ José Luis MARTÍNEZ-GIL VICH, El notario del siglo XXI (Revista on line del Colegio Notarial de Madrid), N° 14, julio-agosto de 2007.

2. Medios de actuación de la publicidad inmobiliaria: el Registro

Desde la sanción de la ley 17.801 el principal medio de actuación de la publicidad-oponibilidad en materia inmobiliaria está atribuido a la institución registral, así lo establece expresamente el art. 2505 C.C. y lo regula la ley registral, y es correcto que así sea, por cuanto la mejor manera de lograr “*la publicidad y sus fines es, sin duda, a través de Registros u oficinas públicas, establecidos por la Administración del Estado*”¹¹; por otra parte, tampoco se encuentra disponible otra solución para esta materia.

Pero si bien el Registro es el medio por excelencia de la publicidad inmobiliaria no es exclusivo, o por lo menos no es el único cuando se trata de la “titularidad”¹² del derecho sobre la cosa, ya que en su oportunidad también son tenidos en consideración los efectos de la publicidad posesoria¹³, modalidad publicitaria diferente de la registral y de una estadios menor -más bien distinto- de las relaciones reales, pero a la que también le cabe un lugar significativo en lo atinente a la oponibilidad¹⁴. En tal sentido, y aún con haber obtenido la publicidad registral de un acto jurídico, está fuera de discusión que los derechos reales se constituyen a través del modo, es decir la tradición traslativa o entrega de la cosa (arts. 577, 2601 a 2603 y conc. C.C.), y por ello y en principio al adquirente también le será oponible la publicidad posesoria o la exteriorización del poder de hecho, y en algu-

¹¹ FRANCISCO HERNÁNDEZ GIL, *Introducción al derecho hipotecario*, 3ª ed., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1970, p. 12,

¹² Tanto la titularidad del derecho de dominio como las titularidades de derechos de uso y goce que se ejercen por la posesión, situación que no alcanza la hipótesis de derecho real de uso sin ejercicio de la posesión (o cuasiposesión según la posición que se adopte) del art. 2948 C.C.

¹³ Sostiene LUIS MOISSET DE ESPANÉS que “*el primer medio de dar publicidad a un derecho es su exteriorización posesoria, y el cambio de titularidad que se traduce en la entrega de la cosa*”, *Publicidad registral*, 3ª ed., Buenos Aires, Zavalía, 2003, p. 28,

¹⁴ “*En el derecho moderno la posesión es también instrumento de la publicidad de los derechos reales y que puede colocarse en alguna medida como institución paralela de la publicidad registral. En ella, se parte de la idea de que ha de presumirse que existe coincidencia entre el hecho de estar ejercitando un derecho y el derecho mismo. Los actos de ejercicio de los derechos son formas de exteriorización de los derechos o signos de reconocibilidad de su existencia y de sus características*”, LUIS DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Madrid, Tecnos, 1978, t. II, p. 247.

nos casos (cuando la exteriorización sea contradictoria) hasta podrá impedir que la publicidad registral cause plenamente sus efectos ¹⁵; en el mismo sentido se advierte la posición en la cual se enrola una significativa porción de nuestra doctrina y jurisprudencia en defensa del adquirente por boleto de compraventa con posesión respecto de terceros acreedores del titular registral con medidas cautelares registradas con posterioridad, es decir, en estas situaciones se reconoce la supremacía de la publicidad posesoria ¹⁶ sobre la registral; para finalizar, en igual dirección se marcan los efectos triunfantes de la prescripción adquisitiva veinteañal respecto de las registraciones existentes en el Registro.

Por otra parte, también se cuenta la incidencia que tiene en la publicidad las constancias emanadas de los títulos inscriptos ¹⁷ que de acuerdo a la instrucción contenida en el art. 23 de la ley nacional deberán tenerse “*a la vista*” al momento de celebrar cualquier acto de constitución, modificación, transferencia o cesión de derechos reales sobre inmuebles,

¹⁵ La publicidad registral no es por sí misma un fin, sino la consecuencia de la existencia de situaciones con aptitud para incidir en los derechos reales; esto no obsta para que las registraciones ocasionen efectos sustantivos.

¹⁶ La posibilidad de oponer la publicidad posesoria a la registral debe ser interpretada restrictivamente.

Particularmente respecto del acreedor hipotecario, aún cuando el derecho de hipoteca carece de exteriorización posesoria, se consideró que le es oponible “el estado de ocupación del inmueble” adquirido por boleto (CNCiv., Sala C, 21/11/1978, L.L. 1979-B-259).

¹⁷ Gabriel DE REINA TARTIÈRE entiende que la nota de inscripción “*no es, en modo alguno, un medio de manifestación de los contenidos del Registro*” porque está dirigida únicamente a “*comunicar al interesado el resultado del procedimiento de inscripción rogado*”; *Principios registrales*, Buenos Aires, Heliasta, 2009 p. 301. En sentido contrario, la CNCiv. y Com., Sala III, fallo del 31/12/1981 (J.A. 1982-IV-306 síntesis) consideró que la escritura inscripta es prueba idónea del derecho de dominio.

Evidentemente la nota de inscripción tiene por destinatario al titular activo del derecho registrado, pero si bien es el destinatario principal no es el único; desde el momento que el art. 23 ley 17.801 exige la exhibición del título está atribuyéndole al mismo alguna función publicitaria.

La exhibición del título encuentra dos explicaciones: como causa de adquisición del derecho real, contenida en el art. 2363 C.C., y con función publicitaria, según el art. 23 ley registral.

aún cuando los efectos de estos documentos solo llegan a complementar¹⁸ la publicidad registral en algunos de sus aspectos; la influencia de esta norma se extiende tanto respecto de los errores que el registrador pudiera haber cometido en sus asientos en relación a la eficacia del título-conteniente como en relación al título-contenido, por cuanto la registración no convalida los defectos que los instrumentos o derechos inscriptos pudieran contener (art. 4º), en esta dirección hemos afirmado en su oportunidad que el título tiene aspectos que la registración no puede abarcar, ni tampoco ésta es idónea para contenerlos¹⁹.

Pero excluyendo la publicidad posesoria y las constancias del título de propiedad, y dejando a salvo la necesaria buena fe, todo lo demás transcurre exclusivamente en el ámbito registral, para los terceros la existencia y amplitud de los derechos están dados por su inscripción registral y la manera en que se produzca la publicidad de las mismas, y tal como este “conocimiento registral” se realice o llegue al tercero interesado deberá tenerse por válido y totalizador del estado registral a ese momento,

¹⁸ La publicidad que emana de los títulos formales es una publicidad histórica, llega y comprende la situación registral solamente hasta el momento de la consignación de la nota de inscripción, la verdadera publicidad, por actual o vigente, se logra a través de otra manifestación, la realizada en los registros inmobiliarios (art. 2505 C.C. y ley 17.801). Para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallo del 6/10/1987 (J.A. del 15/9/1988, síntesis de jurisprudencia), las constancias emanadas del título inscripto condicionan los documentos otorgados en base al mismo: “*teniendo a la vista la escritura del vendedor donde figuraba un gravamen, no es suficiente con la información registral para suponer que el mismo estaba cancelado, no siendo suficiente las declaraciones del vendedor; el notario está obligado a agotar las gestiones tendientes a esclarecer tal discordancia*”.

Sin perjuicio de ello, la necesidad de contar con los títulos inscriptos “a la vista” también proviene de una suerte de complementación entre la información contenida en el Registro y la emanada del título, por cuanto el título contiene la “forma” y el “contenido o sustancia” y el asiento registral es su exteriorización universal.

Por otra parte la información registral emanada de los títulos formales tiene el agregado de las “notas marginales” que las leyes notariales provinciales suelen disponer se practiquen en ellos cada vez que se realice un acto dispositivo sobre el inmueble o derechos registrados. Estos agregados en cierta medida también condicionan el derecho contenido en el título, aunque no puedan ser consideradas como un sustituto de la publicidad registral.

¹⁹ *Ley Registral Inmobiliaria y Disposiciones Técnico-Registrales*, Córdoba, Alveroni, 2002, p. 307.

así lo indica el art. 22 de la ley registral al ordenar que “*La plenitud, limitación o restricción de los derechos inscriptos y la libertad de disposición, sólo podrá acreditarse con relación a terceros por las certificaciones a que se refieren los artículos siguientes*”. El contenido del Registro se traslada a cada una de las certificaciones e informes que genera el registrador, de tal manera que las inscripciones tienen existencia para los terceros mientras estén contenidas y en la extensión consignada en las certificaciones, y por ello resultarán inoponibles las situaciones que se hubieren omitido.

Desde otra perspectiva, la “reserva de prioridad incorporada al sistema registral argentino (art. 23 y ss. ley registral) le proporciona un agregado muy especial a la publicidad registral porque al “guardarse” un lugar para un acto que aún no existe por cuanto nacerá ulteriormente con motivo de dicha certificación, es necesario disponer de un funcionamiento seguro y eficaz de la mesa de entradas, en otras palabras: debe existir una certera y segura posibilidad de acceder al conocimiento de los documentos que hubieran ingresado al Registro logrando un emplazamiento registral oponible porque de ello depende la correcta atribución de las prioridades tanto para los documentos ya ingresados como para los que se otorgarán en base a las certificaciones. Esta afirmación, más bien un postulado del derecho registral argentino, no está totalmente resuelta en el registro cordobés, la técnica utilizada adolece de defectos que son fuente de inseguridad jurídica.

Por último, la modalidad para realizar la publicidad a través del folio real y el estado o actualidad de la información proporcionada a los usuarios, principalmente la vigencia de los asientos obrantes en folio real, constituye también un importante aspecto a tener en consideración, porque como el registrador no realiza una auténtica labor de depuración de los asientos registrales, eliminando los caducos para dejar únicamente los actuales (es decir, en algunos casos no se realizan contrasientos), deja que cada cual interprete la vigencia de los mismos, y con ello corra con el riesgo de arribar a conclusiones distintas de las del registrador, o bien que este decida cambiar sobre la marcha de criterio e inclusive aplicar el cambio retroactivamente²⁰, conducta contraria al elemental principio ju-

²⁰ La Resolución General 1 del 25/06/2008 del registro cordobés resolvió aplicar a los “*documentos en proceso de registración*” la decisión de dejar sin efecto los plazos

rídico de la irretroactividad de la ley (en este caso no se trata de la ley sino de su “interpretación”, pero el resultado es el mismo: el cambio con efecto retroactivo y la consecuente ausencia de seguridad jurídica).

3. El folio real ¿único medio de la publicidad registral?

La Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de 8ª Nominación de Córdoba, entre otras cuestiones que rodearon al caso, afirmó que “*existió un error registral que llevó a una inexactitud registral (art. 34 ley 17.801), al omitirse la anotación en la matrícula del embargo ingresado al diario... no dándose a publicidad el mismo, ante lo cual el mismo no era oponible a los recurrentes*”, y en otra parte sostuvo “*el certificado debe ser concordante con las constancias registradas, por lo tanto si el... de 2002 no se encontraba registrado el embargo, ni siquiera constaba su entrada al libro diario, mal podía informarse sobre su existencia... no se entiende como podría haber informado de la existencia de un embargo que no constaba en los asientos registrales de la matrícula*” ²¹ (la negrilla es nuestra).

de caducidad de las comunicaciones de subasta, extendiendo ilimitadamente en el tiempo su plazo de vigencia.

Hasta ese momento existían disposiciones registrales “expresas” que establecían la caducidad, sin perjuicio de ello y demostrando un cierto desprecio respecto a quienes confiaron en el Registro, se resolvió modificar absolutamente y retroactivamente la decisión que estaba rigiendo.

Esta situación adquiere mayor gravedad cuando se advierte que el adquirente avasallado por la nueva resolución registral ni tan siquiera pudo haber tenido posibilidad de conocer la existencia de la comunicación de subasta, ello sucedería si la certificación registral utilizada se hubiera expedido sobre un inmueble o derechos inscriptos en sistema cronológico, situación en la cual el registrador que expidió la certificación hubiera omitido consignar la comunicación de subasta siguiendo las instrucciones expresas del director registral.

²¹ “A.L. L.E. - Recurso de apel. c /Decisiones autoridad administrativa o pers. jurídica pub. no estatal (civil), Nº 667321/36”.

En los considerandos del fallo encontramos también otros fundamentos tenidos en cuenta para decidir la cuestión, a propósito hemos aislado y resaltado algunos concep-

La Cámara resalta el dispositivo del art. 23 ley 17.801 y su concordante art. 32 de la local ley 5771, que disponen trasladar a las certificaciones las “*constancias registradas*”, es decir, los asientos de los documentos registrados, concepto que puede llevar a una primera, apresurada y distorsionada impresión a resultas de la cual aún cuando un documento hubiere ingresado al Registro no alcanzará a producir oponibilidad hasta tanto se practique el asiento de inscripción (provisoria o definitiva) en la matrícula respectiva; no compartimos esta conclusión.

La ley nacional (arts. 10 y ss.) adoptó el sistema de Folio Real que tiene como centro de la registración al inmueble (en contraposición a los antiguos registros provinciales que practicaban la registración de acuerdo a la causa negocial), a cada inmueble le corresponde una matrícula y -aunque no esté contenido expresamente en algún dispositivo legal- esta matrícula debe comprender la totalidad de registraciones que afectan al inmueble²², incluyendo en ello los derechos o gravámenes; la matrícula necesita ser autosuficiente, de tal manera que a través de su conocimiento por la publicidad registral tengamos claramente expresada en ella la situación jurídica de los derechos inscriptos.

Por otra parte, aunque exceda la finalidad de este trabajo no es inapropiado recordarlo, cuando la ley establece la necesidad de inscribir para lograr oponibilidad se está refiriendo a las situaciones registrales como género, por ejemplo las hipotecas, pero en la tarea propia de la registración se trasciende al género para recalar en cada hipoteca en particular, tanto para identificarla y distinguirla de las demás como para posibilitar el conocimiento de sus particularidades, es decir, la magnitud de la afectación del derecho del propietario. El contenido de ciertos derechos, como el de dominio, está dado por la ley, por lo que si se trata de dominio perfecto será suficiente con publicitar la titularidad y el acto al cual accede ya que la conformación del derecho surge necesariamente de la ley como consecuencia del principio sentado en el art. 2502 C.C.; pero distinto es, por ejemplo, el caso de las servidumbres prediales cuyo

tos sostenidos por la Cámara, en tanto por sí mismos constituyen argumentos para proporcionar una visión distorsionada de la publicidad registral; o por lo menos es lo que sucede con el Registro de Córdoba.

²² Las anotaciones personales se practican en otras secciones (art. 30 y ss.).

contenido está determinado por el título de su constitución (arts. 3000, 3005, 3019 y conc. C.C.) y supletoriamente por las normas de derecho de fondo. En consecuencia, para producir una publicidad registral correcta se necesita asentar la conformación de cada derecho registrado salvo cuando esa extensión surja de la misma ley ²³.

Retomando el tema, coincidimos con la Cámara en cuanto al lugar donde deben practicarse las inscripciones pero es significativo resaltar que las registraciones no se producen automáticamente con motivo del ingreso del documento, la presentación y la inscripción son dos etapas del procedimiento inscriptorio, no es una única acción que se inicia con la presentación y se prolonga ininterrumpidamente con la inscripción como si entre ellas hubiera unidad espacio-temporal, cada una tiene sus instancias, y si bien es indispensable acceder a la inscripción para adquirir definitivamente la oponibilidad, esta comienza y se logra por la presentación de los documentos al Registro según *“un sistema de ordenamiento diario donde se anotará la presentación de los documentos por orden cronológico, asignándoles el número correlativo que les corresponda”* (art. 40 ley nacional), por cuanto *“la prioridad entre dos o más inscripciones o anotaciones relativas al mismo inmueble se establecerá por la fecha y el número de presentación asignado a los documentos en el ordenamiento a que se refiere el artículo 40”* (art. 19 del

²³ Alguna doctrina considera que es suficiente publicitar solamente el derecho y remite al título instrumento para conocer las particularidades del derecho inscripto.

Esta postura confunde los conceptos de forma y publicidad, tal como si compartieran caracteres cuando en realidad cada uno tiene su ámbito de actuación; la forma (especialmente las solemnes como las escrituras públicas) *“están preordenadas en interés de las mismas partes”* y *“nada tiene que ver con la cognoscibilidad del negocio por los terceros”*, en cambio la publicidad tiene por fin el conocimiento por el público; José Luis LACRUZ BERDEJO y FRANCISCO de ASÍS SANCHO REBULLIDA, *Derecho inmobiliario registral*, Barcelona, Bosch, 1977, ps. 11 y 12.

En otras palabras *“la forma de los actos jurídicos pretende una finalidad (prueba) que no se identifica con la de la publicidad (oponibilidad)”*, es decir, *“el documento como forma del negocio sirve para la prueba del mismo”* como consecuencia de ello la *“eventual eficacia frente a terceros se limita al ámbito de la prueba (procesal o extrapocesal) y nada tiene que ver con la oponibilidad en sentido estricto que genera la publicidad”*; Manuel AMORÓS GUARDIOLA, *La teoría de la publicidad registral y su evolución*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1998, p. 95, nota 108 y p. 101.

mismo cuerpo legal). Entonces la prioridad se produce por la presentación y por medio de la inscripción se conservan y fijan los efectos de la prioridad ganada, en este sentido sin prioridad no hay inscripción como sin inscripción tampoco puede haber prioridad; en conclusión, la prioridad se gana con la presentación aún cuando todavía no se haya producido la inscripción.

Este desdoblamiento o estadios del proceso inscriptorio y los efectos que cada uno produce desnuda una realidad incontestable: la publicidad deviene del Registro como un todo concentrador, en tanto funcionalmente conforma una unidad, por ello la publicidad puede provenir de otros elementos y no únicamente del folio real, o por lo menos no exclusivamente de la matrícula²⁴ en tanto existan documentos en proceso de registración; por ello, por ejemplo, el acceso a la publicidad directa (solicitud de fotocopia de matrículas) no asegura el conocimiento del estado registral actual, solo está dirigida a uno de los elementos productores de publicidad oponible, que si bien resulta ser el esencial no es el único, y a los fines de su plenitud informativa necesita complementarse con otros elementos obrantes en el Registro y que constan en el libro de entradas. Como consecuencia de ello, al momento de expedir las certificaciones el registrador debe verificar tanto las registraciones practicadas en la matrícula como la existencia de documentos ingresados para su inscripción pero que aún no lo fueron, estas dos vertientes de información proporcionan el panorama del auténtico estado registral actual del inmueble.

Por otra parte, la modalidad para producir la publicidad registral queda sujeta a los procedimientos de cada Registro, y aún cuando generalmente se realice a través de fotocopias certificadas de las matrículas (art. 27 ley nacional) no es la única manera²⁵, de hecho hay excepciones de uso corriente. Por ejemplo, la información de los registros personales (inhibiciones, interdicciones, cesiones de derechos hereditarios, etc.) se

²⁴ Sin perjuicio que la matrícula sea en última instancia la destinataria de las registraciones.

²⁵ Aun cuando el art. 27 de la ley nacional disponga que el Registro “*expedirá copia autenticada de la documentación registral*” consideramos que por cuestiones de servicio puede obviar las copias (fotocopias) y producir la información de otra manera, siempre que la misma refleje el estado registral.

realizan por vía manual o mecánica; la información de matrículas de alta complejidad por la cantidad de titularidades²⁶ registrales también se procesa de esa forma con el fin de evitar la expedición de un excesivo y muchas veces inmanejable número de fotocopias. Entonces cuando se entregan “fotocopias” el solicitante puede apreciar directamente en ellas los asientos practicados, pero como la certificación no se limita a una mera fotocopia del estado actual de la matrícula sino a una interpretación integral del estado registral del inmueble, en la misma contestación el registrador complementa el contenido de la fotocopia con la restante información que obre en el Registro. Otra particularidad de nuestro Registro se produce respecto de aquellos inmuebles que aún están inscriptos en el antiguo sistema²⁷ del folio causal o fichón²⁸, en estos casos el Registro siempre prescinde de la expedición de fotocopias y utiliza sistemas mecánicos o manuales de información, porque en esta modalidad la completitud y actualización de la información del asiento de inscripción dominial necesita una depuración especial ya que su contenido está complementado y disperso en otros folios (protocolos de hipotecas, de servidumbres, de embargos, de cancelaciones, etc.).

Particularmente respecto de los embargos y medidas precautorias en general, el Registro cordobés históricamente tiene implementado un sistema denominado en la jerga registral “*entró número*”, según el cual ingresada una medida cautelar en el mismo día o poco más, y sin implicar la intervención del registrador emitir opinión o calificación al respecto, se consigna en la matrícula (o folio causal) respectiva el número de diario de ingreso asignado en mesa de entradas, luego el oficio judicial es remitido al sector correspondiente para ser calificado en el momento que oportunamente le corresponda. Este “*entró número*” está destinado a advertir el

²⁶ En un country cordobés dos calles han quedado en el dominio privado y fueron transferidas por derechos indivisos a cada titular de parcela a razón de 265 titularidades, las que posteriormente sufrieron modificaciones, todo lo que ha ocasionado una gran cantidad de folios.

²⁷ En el año 2010 todavía queda un significativo número de inmuebles incluidos en la registración causal.

²⁸ También sucede con los inmuebles sujetos a propiedad horizontal que todavía constan inscriptos en “legajo especial”.

ingreso de la cautelar porque como nuestro Registro es excesivamente moroso en el procesamiento de los documentos ingresados, el “entró número” surte el efecto de un aviso de la existencia²⁹ de la medida para el registrador y para aquellos que pretendan conocer el estado registral a través de la publicidad directa (mera expedición de fotocopias de la matrícula). Para el registrador que le toque en turno expedir la certificación registral en estas circunstancias el “entró número” es un aviso más, en tanto procedimentalmente debe consultar los registros informáticos de gravámenes que se confeccionan según el libro de ordenamiento diario (art. 40 ley nacional); estos registros informáticos proporcionan la información necesaria para completar las circunstancias de los gravámenes existentes desde que ingresaron al Registro hasta que sea confeccionado el asiento “entró número”, e inclusive prolonga su información hasta la calificación del gravamen por el registrador, por cuanto el registro informático en cierta medida también está destinado a complementar los alcances del denominado “entró número”.

En consecuencia la publicidad se realiza de acuerdo a las constancias obrantes en el Registro, y si bien los documentos ingresados deben encontrarse plasmados en la matrícula, aún cuando no se hubieren practicado sus asientos también acceden a la oponibilidad, mientras fueren consignados en las certificaciones producidas.

4. Discordancia entre publicidad y prioridad

En el apartado anterior referimos la oponibilidad de la publicidad de las medidas precautorias ingresadas pero que aún no se hubieran asentado en la matrícula, o no hubieren originado el “entró número”, y respecto de las cuales obran registros informáticos que actualizan y respaldan la actuación del registrador al momento de producir certificaciones o informaciones en general; y sostuvimos que esta mecánica interna permite

²⁹ Sólo de la existencia porque como ya dijimos, aún no hubo calificación del registrador, y porque no se consignan los datos necesarios para su individualización (tribunal interviniente, carátula de la causa, monto, etc.)

lograr concordancia entre la prioridad generada y la publicidad producida, posibilitando un conocimiento integral de la situación registral y haciendo valer la prioridad ganada. Pero esta coincidencia no siempre se produce, ocasionándose con ello inseguridad jurídica en el tráfico inmobiliario y responsabilidad del Estado provincial por errores registrales. Estas discordancias se advierten en dos situaciones.

La primera hipótesis se refiere a la fecha de producción del bloqueo registral y la vigencia de la certificación registral. Hasta fines de los años noventa se aplicó de manera pacífica el criterio unificador de las fechas de bloqueo³⁰ y vigencia de la certificación: ambas coincidían en la fecha de inicio y de finalización, la fecha de expedición era la de procesamiento del documento (no la del ingreso de la petición), y se informaba la situación registral hasta las 24 horas del día anterior a la expedición del certificado, de tal manera que la vigencia comenzaba a la 0 hora del día de la expedición y por todo el plazo previsto en la ley de fondo. A estos fines el certificado no integraba el rubro de “documentos oponibles” que engrosan el libro de ordenamiento diario del Registro, ya que su oponibilidad recién se lograba al momento del procesamiento y expedición del certificado, y con motivo de la producción del certificado se practicaba -y se sigue haciendo- en la matrícula o folio respectivo el asiento relativo a su expedición y a partir de allí se tenía por producida la oponibilidad. Si bien esta técnica de procesamiento y manera de generar prioridad no fue cuestionada en el ámbito local, fue sustituida por otra que es proclive al error registral, y aunque no sea esta la oportunidad para desarrollar estas dos

³⁰ Utilizamos el término bloqueo porque es la manera usual de identificar este estado, pese a ello el Registro continúa abierto a la registración -aunque con carácter condicional- de documentos ingresados posteriormente.

Solo puede hablarse “bloqueo” de un certificado respecto de otros certificados que se expidieren posteriormente, porque según el art. 25 ley 17.801 estos últimos se expiden condicionados al librado con anterioridad, provocando de esta manera la necesidad de averiguar si fue utilizado. Entonces el último certificado precisa liberarse del “bloqueo” producido por el anterior, y una vez que esto suceda adquirirá los efectos que le son propios. Así lo indica el art. 35 de la ley cordobesa 5771: “*Los... y notarios que obtengan certificaciones... en las que consten las existencias de certificaciones anteriores... no podrán utilizarlas sin previamente determinar si se ha hecho uso de esas certificaciones...*”.

modalidades con sus virtudes y defectos ³¹, si cabe detenernos en el aspecto motivo de este ensayo.

Actualmente los pedidos de certificaciones se han incorporado al libro ordenamiento diario y con ello se hizo necesario el desdoblamiento de los plazos ³², el del bloqueo a partir del ingreso de la petición y el de la vigencia a partir del egreso o expedición del certificado, la necesidad del desdoblamiento se ocasiona en la incapacidad funcional del Registro de garantizar un plazo máximo de procesamiento para expedir con celeridad las certificaciones. De estos dos aspectos ahora solo nos interesa la fecha de inicio del bloqueo, fecha que coincide con el día de ingreso y con el número del ordenamiento diario, porque todo lo que ingresó antes del pedido le es oponible, y consecuentemente todo lo que ingresó después no le es oponible.

Pero el Registro no puede producir una información de esta naturaleza en su estado organizativo actual ³³, para ello necesita contar con un registro informático similar al de los gravámenes o medidas precautorias mencionado en el punto anterior, un sistema de información que permita conocer en cualquier momento todo lo que ingresó por mesa de entradas y no únicamente los gravámenes, de tal manera que, por ejemplo, avise o pueda responder al requerimiento de informar si con anterioridad ingresó otra petición de certificación que necesariamente le será oponible; pero esto no sucede así. La realidad es que el Registro sólo informa las certificaciones asentadas en la matrícula pero no las que ingresaron anteriormente y están consignadas en el libro de entradas del Registro, esto produce discordancia entre la publicidad producida y la prioridad ganada: un certificado saldrá “limpio” cuando en realidad existe un obstáculo, un certificado prioritario, y otro certificado se expedirá con la constancia de otra

³¹ No creemos que la legislación vigente permita aplicar el desdoblamiento de plazos que actualmente se utiliza en Córdoba, por el contrario, entendemos que ello no es posible; *Ley Registral Inmobiliaria y Disposiciones Técnico-Registrales*, Córdoba, Alveroni, 2002, p. 293 y ss..

³² Necesidad fundada en cuestiones funcionales, pues en otras jurisdicciones en las cuales se aplica el criterio de la vigencia del certificado a partir del ingreso al Registro no fue “necesario” el desdoblamiento de los plazos.

³³ Y los diez años que lleva de vigencia esta modalidad.

certificación que no le será oponible porque la fecha (o número) de ingreso es anterior. Este error de funcionamiento detectado en numerosas ocasiones ya produjo efectos negativos, pero ello no ha sido suficiente para implementar los cambios para hacer cesar la inseguridad jurídica del tráfico inmobiliario y la responsabilidad que ello ocasiona al Estado Provincial.

En el supuesto de autorizarse actos oponibles o incompatibles fundados en certificados con reserva de prioridad expedidos en esas circunstancias ¿Qué acto triunfará? O ¿Cuál llegará a la inscripción desplazando al oponente?, mucho podríamos aducir al respecto, incluso hasta deberíamos considerar circunstancias extrarregistrales (exhibición de títulos, buena fe, posesión) para resolver el asunto, pero lo seguro es que el Registro nos estaría empujando fuera del ámbito registral para introducirnos en el judicial; es decir, el devenir del tráfico inmobiliario que en nuestro país se desarrolla por los seguros y cristalinos carriles que fija la ley, inesperadamente puede judicializarse por circunstancias ajenas y desconocidas por el adquirente y el funcionario del acto. ¿Es ello correcto?, no hace falta esgrimir argumentos para justificar la inexplicable actuación del registrador y el gravísimo escenario que provoca una decisión que no está acompañada de un funcionamiento adecuado para sostenerla. Este es un claro ejemplo de lo que no debe suceder.

La actuación del registrador está limitada a la implementación en el Registro de las leyes atinentes a la registración, es un deber del cual no puede eximirse, por ello no cabe la presunción que sus errores o desaciertos puedan quedar salvados con actuaciones de sujetos ajenos al Registro, los que si bien también están obligados a cumplir actividades determinadas (por ejemplo, tener los títulos de propiedad a la vista), no se excluyen. Es decir, aún cuando el tráfico jurídico inmobiliario sea considerado como unidad o más bien como conjunto de procedimientos o actuaciones en el que cada uno de sus componentes está necesariamente ligado a los restantes (causa del derecho, formalidades exigidas, tradición constitutiva y publicidad oponibilidad)³⁴, ello no autoriza al registrador a dejar de cumplir con sus obligaciones y pretender descansar en la verificación por

³⁴ Esto no sucede con respecto a las cosas muebles, para las cuales rige el régimen especial que la posesión vale por título, art. 2412 C.C..

otras personas del cumplimiento de los elementos con conformación extrarregistral.

Otra situación se presenta con los documentos oponibles (ventas, permutas, donaciones, etc.) que ingresan al Registro sin petición previa de certificado registral o fuera del plazo de vigencia de la reserva de prioridad registral; en realidad no es nuestra intención referirnos exactamente a estos casos, solo es una manera de comenzar la explicación del otro supuesto que integra este apartado.

Expresamos anteriormente que la prioridad se gana con la presentación de los documentos al Registro, ingreso que queda plasmado en el denominado libro de entradas u ordenamiento diario; también dijimos que este libro no se consulta al momento de expedir certificaciones registrales, en realidad y para ser sinceros jamás es consultado, y solo se lo hace en los casos concretos en los que se plantean dudas sobre la prioridad de documentos presentados. Pero ¿cómo se enteran los usuarios y registradores de la documentación que ingresó al Registro? ¿es fiable la información proporcionada por el Registro respecto de la presentación de documentos oponibles pero aún no registrados?

El Registro cordobés, pese al cambio introducido por la ley 17.801, mantuvo en pleno funcionamiento algunas “técnicas” registrales anteriores a la misma, aun cuando los efectos de la nueva ley difieran del viejo Registro de raigambre local. En general, luego del ingreso y antes de la inscripción definitiva o provisoria de los documentos o de la consignación en la matrícula de la expedición de certificaciones, el Registro actúa de dos maneras:

i-) medidas cautelares: en un breve lapso de tiempo desde el ingreso es consignado el “entró número” en la matrícula;

ii-) restantes documentos: no consigna ninguna advertencia en el folio real, la intervención en la matrícula recién se produce al momento de la calificación del documento para su inscripción (definitiva o provisoria).

En el primer caso, tal como lo hemos señalado, la publicidad se logra por el sistema informático o con el “entró número”, aviso genérico e impreciso, pero aviso al fin. En el segundo caso se funda en que los documentos oponibles se originan con motivo de medidas cautelares o de documentos autorizados en base a certificaciones con reserva de prioridad marginadas en la matrícula, es decir las medidas cautelares o los certificados están preavisando la posible existencia de un documento que proviene de ellas. ¿Es correcta esta solución?

La modalidad es acertada mientras corra el plazo de vigencia del certificado (15, 25 ó 30 días del art. 24) más el de la presentación del documento al Registro (45 días del art. 5º), a partir de allí toda información sobre certificados que exceda la sumatoria de dichos plazos se debe tener por caduca; es decir, si al expedirse un certificado se informara a su vez de la expedición de otro certificado cuya fecha de egreso superare la sumatoria de los plazos mencionados y no se mencionare el ingreso de ningún documento autorizado con motivo del mismo, se tendría por caduco, por cuanto el registrador debería verificar tanto la vigencia de los asientos practicados como la existencia de los documentos ingresados pero aún no inscriptos, pero esta última actividad no se realiza, ni tampoco podría hacerse por la manera en que se lleva el libro de entradas.

Esta situación se “soluciona” con la “práctica” pero escasamente jurídica adopción de la “*caducidad de oficio a los dos años*”³⁵, es decir, como el Registro no tiene capacidad operativa (ni tampoco hace nada para tenerla) para aplicar funcionalmente los “efectos” de la caducidad automáticamente, ha resuelto que sin perjuicio de la producción de la caducidad en los términos legales (no podría ser de otra manera), recién la aplicará transcurrido el plazo de dos años. En otras palabras, como el registrador no sabe lo que sucede dentro del Registro, cuales son los documentos presentados, se decidió esperar un tiempo suficientemente extenso para “no correr riesgos”; esta salida no requiere otra explicación desde la óptica del registrador, pero desde los dispositivos de la ley nacional, el estado registral de los inmuebles y la seguridad jurídica, ya no tiene ninguna justificación³⁶. Sin perjuicio de la falta de iniciativa del Registro para erradicar esta manera de actuar, la solución vigente tiene su explicación histórica al constituir una continuación de las soluciones dispuestas

³⁵ Arts. 99 y 107 del reglamento registral cordobés.

³⁶ El mantenimiento de esta práctica en contra de los dispositivos expresos de la ley nacional hacen dudar de su legitimidad, han transcurrido más de 40 años desde la sanción de la ley 17.801 y nada se ha intentado para hacerla cumplir; después de tanto tiempo no hay justificativo que valga, no hay emergencia posible, ni falta de presupuesto, tampoco faltó tiempo para preparar el personal, etc. Otros registros del país, unos más modestos otros más complejos, aplican la ley, ¿Por qué en Córdoba no es así? Tal como lo expresamos, esto no es aceptable jurídicamente.

en las leyes del viejo registro inmobiliario, aquellas leyes establecían que nunca caducaba la anotación de certificación registral por lo que debía ser cancelada a petición expresa de su solicitante ³⁷.

Pero puede suceder que una escritura autorizada sin certificación registral ³⁸ ya hubiere ingresado al Registro, o que el acto no requiera de la certificación previa ³⁹; en estos casos y como consecuencia del contenido del libro de entradas, la certificación expedida no expresará el estado registral real, ocasionándose con ello el consecuente perjuicio.

En consecuencia la información registral puede ser inexacta con motivo de:

a-) No aplicar la caducidad a los certificados con reserva de prioridad que tuvieren su plazo de vigencia excedido;

b-) La ausencia de verificación del libro de entradas impide informar sobre los documentos oponibles que hubieren ganado prioridad y sean parcial o totalmente incompatibles con el acto que se realizare apoyándose en el certificado.

Particularmente respecto de la manera de actuar del registrador advertimos tres actitudes disvaliosas: la primera es el modo de llevar y acudir al libro diario; la segunda el incumplimiento funcional de los mecanismos de la publicidad; y la tercera que la prioridad solo es aplicada respecto del ingreso al Registro pero no se extiende ulteriormente al tratamiento interno del documento, es decir, la prioridad se concibe como manera de lograr una mejor posición jurídica frente a otros (prioridad sustantiva),

³⁷ Cuando regían las viejas leyes provinciales no se marginaban las inscripciones provisorias como tampoco se lo hacía respecto del ingreso de los documentos al Registro, aún cuando hubieran salido observados, y todo descansaba en la certificación expedida y marginada; por ello era necesario solicitar la cancelación expresa de la certificación, sin importar el tiempo transcurrido (días, meses, años), porque una vez ingresado el documento al Registro la protección se extendía temporalmente de manera ilimitada, estuviere o no el documento dentro del Registro.

³⁸ También puede darse, y así sucedió en más de una ocasión, de subastas judiciales celebradas en otras provincias sobre inmuebles de Córdoba, sin haber solicitado el informe con anotación preventiva para subasta previsto en el art. 34 ley 5771.

³⁹ Por ejemplo la constitución de bien de familia por escritura pública; divisiones de condominio, particiones en sucesiones o liquidaciones de sociedades conyugales por vía judicial.

pero no se la aplica funcionalmente: el documento que ingresó primero se debe procesar primero, antes que los documentos ingresados posteriormente (prioridad funcional). En este último aspecto es notable la ausencia de coordinación interna y control de la producción registral, los documentos no tienen un orden determinado para su procesamiento, orden que necesariamente debe estar dispuesto por la prioridad dada por el ingreso.

La “prioridad sustantiva” hace a la existencia o grado de oponibilidad de los derechos, la “prioridad funcional” es operativa y su influencia se extiende internamente fijando un orden previsible, metódico y seguro a la tarea registral, incidiendo en mejorar las condiciones de certidumbre para el tráfico jurídico inmobiliario. En este sentido y por último, aún con la posibilidad de practicar “inscripciones condicionales” según el inc. b art. 18 de la ley de fondo, ¿Cuál es el argumento para inscribir un documento cuando hay otro prioritario que se le opone total o parcialmente?, pero y principalmente ¿cuál es el motivo para no procesar la documentación e inscribirla de acuerdo al orden legal que es el del ingreso al Registro?

5. Sobre el tratamiento de la caducidad

Los actos con vocación registral generan los respectivos asientos de inscripción o anotación, los que una vez practicados conservan su vigencia mientras no se provoque por otro instrumento un contraasiento (por ej. generando una nueva titularidad dominial queda desplazada la anterior) o asiento de cancelación (por ej. la cancelación de una medida cautelar), o bien caduquen por el transcurso del término previsto por la ley para su oponibilidad ⁴⁰.

Particularmente respecto de las situaciones de caducidad el registrador no es propenso a ejecutar actuaciones que consistan en expedirse sobre la inutilidad de los asientos cuyos plazos de vigencia expiraron. En algunas épocas y con fundamento en los mismos dispositivos legales, se ha negado a actuar ante la solicitud de parte interesada para que aplique

⁴⁰ A excepción de las inscripciones atinentes a derechos reales (salvo la hipoteca) las anotaciones que se practican en el Registro están sujetas a plazos de caducidad.

los plazos de caducidad y consigne formalmente nota ⁴¹ en tal sentido, aduciendo que ello no es procedente por cuanto al disponer la ley plazos de caducidad se torna innecesario realizar una actuación cuya finalidad no es otra que reflejar los efectos de las normas de orden público; en otros momentos ha procedido a practicar un contraasiento luego de sustanciar un expediente administrativo.

Al argumento ya mencionado el registrador agrega que su actuación solo puede lograrse a petición de parte interesada, por lo que de oficio no está facultado para practicar registraciones o intervenir sobre las ya realizadas.

¿Es correcta esta posición? o, en su caso, ¿es conveniente para el tráfico jurídico aplicar la solución propuesta por el Registro?

Según el dispositivo del art. 6º y conc. de la ley 17.801 el Registro actúa a petición de parte interesada, esta norma contiene el “principio de rogación” según el cual el registrador no puede realizar intervenciones de oficio; pero en los supuestos planteados estamos ante una situación diferente a la prevista en la disposición legal, en tanto la falta o prohibición de tomar la iniciativa solamente cabe cuando la alteración del estado registral dependa de una actividad positiva o negativa que se produzca fuera del Registro, y no cuando la actuación esté originada por aplicación de normativas sobre los asientos ya existentes y que nacieron condicionados temporalmente por las mismas leyes. Bajo este punto de vista el registrador está legitimado para actuar de oficio, más aún, concretamente en esta actuación consiste una de las actividades que debe realizar ⁴².

La intervención del registrador no le agregará efectos a la situación caduca, por cuanto una vez cumplido el plazo de vigencia de la medida o derecho la caducidad opera “automáticamente” sin necesidad de ningún otro hecho más que el transcurso del tiempo, esta es su consecuencia, no admitiéndose situaciones suspensivas o interrupciones, como tampoco la dispensa del plazo cumplido; pero, y sin perjuicio de ello, la certeza para

⁴¹ Esta actuación puede consistir tanto en un contraasiento en la columna de cancelaciones, como en cruzar el asiento con la leyenda “caduco”; particularmente consideramos a esta última como la mejor opción dado la practicidad para implementarla.

⁴² Esta actividad la realiza, por ejemplo, cuando expide informes y certificados por procedimientos distintos a la fotocopia.

los usuarios sobre el “estado registral” consiste en recibir únicamente la información referida a los asientos vigentes, los asientos positivamente formulados, y va con ello que -en principio- en esta categoría caben todos los asientos informados.

Sabemos que para el criterio del registrador el “estado registral” es el que emana de la matrícula y de la aplicación de los dispositivos legales sobre la misma, pero esta posición lleva a presuponer en el registrador una determinada posición, que puede coincidir o no con la que efectivamente o en última instancia fuere adoptada para el caso concreto. Por ello consideramos que al registrador le cabe el deber de aplicar la ley y mantener “actualizada” la matrícula, incluso cuando de caducidad se trata, y practicar de oficio los contraasientos necesarios de tal manera que quienes se apoyen en el Registro conozcan con certeza la situación existente, despejando cualquier duda o incertidumbre sobre el estado de los derechos inscriptos ⁴³.

En la mencionada dirección sostuvimos que la matrícula debe constituir el fiel reflejo de la situación registral por cuanto lo escrito suele interpretarse como existente ⁴⁴ y lo no escrito o dado de baja (por el motivo que fuere) como inexistente, siendo esto necesario para la claridad de los asientos practicados ⁴⁵.

Una muestra de la “posición oficial” y las dudas que ella genera, se encuentra en la denominada “conversión de oficio” a matrícula. A los

⁴³ En este sentido la declaración del tema 3 de la VIII Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad, realizada en San Luis en el año 1971, concluyó que “*no es indispensable practicar nota alguna en tal sentido (caducidad), pues se trata de un efecto legalmente previsto, sin perjuicio de que éstas se consignent cuando la claridad de los asientos lo requieran*” (la negrilla es nuestra).

El art. 81 del decreto 2080/80 para la ciudad autónoma de Buenos Aires dispone que las caducidades de medidas cautelares y anotaciones preventivas no requieren de “*nota especial*”.

⁴⁴ Ejemplo de esta situación son los “oficios judiciales” requiriéndoles a los notarios que informen sobre la utilización o no de certificados solicitados hace varios años. Aún cuando estas anotaciones están caducas el tribunal actuante busca fuera del Registro la seguridad que este no le brinda, que el certificado no constituirá obstáculo para la registración del acto que autorizará en su juzgado.

⁴⁵ Ob. cit., p. 301.

fines de acelerar la incorporación a folio real de los inmuebles ya ingresados al Registro se decidió actuar de oficio, creando matrículas para los inmuebles que estaban en folio cronológico. Esta incorporación tiene la particularidad de realizarse incluyendo en la matrícula todas las afectaciones contenidas en el folio, sin ninguna depuración o análisis relativas a su contemporaneidad; en la matrícula se carga lo que fue transitorio y lo considerado definitivo, tengan o no actualidad, y que cada cual saque sus propias conclusiones ⁴⁶.

6. Las registraciones oponibles y el historial de las registraciones

En el folio real se concentra el historial jurídico del inmueble, esta es la consecuencia de aplicar el principio de tracto sucesivo (art. 16 ley 17.801), de esta manera los interesados usuarios tienen acceso a las vici-

⁴⁶ Es significativo la carencia de criterios totalizadores o uniformadores en el Registro cordobés, la ausencia de estas decisiones produce desconcierto y desazón en los usuarios porque la falta de congruencia imposibilita la elaboración de principios generales de los cuales inferir soluciones para casos concretos.

Específicamente en cuanto a la manera de traducir el asiento cronológico a folio real se siguen dos direcciones distintas: cuando se trata de conversión de oficio se vuelca en la matrícula todo lo consignado en el folio, pero en los casos de incorporación con motivo de -por ejemplo- transferencia del inmueble, se prescinde de toda la información consignada en el folio. Evidentemente se trata de dos situaciones distintas, en una se refleja una nueva titularidad y en otro se mantiene la titularidad vigente, pero ello no obsta a que la actividad del registrador sea la misma: en ambos casos valora la situación existente en el Registro, en un caso omitiendo los antecedentes, en el otro agregándolos, pero en ambos casos “sustituyendo” el folio cronológico por la matrícula, entonces ¿Cuál es el motivo para incluir información que carece de vigencia y pertenece a otro sistema de registración?. ¿Por qué se resolvió “publicitar” la información histórica en el vuelco de oficio y no en los otros supuestos?

La diferencia de tratamiento para situaciones análogas produce a su vez informaciones distintas, ¿será que a los usuarios del folio convertido de oficio le alcanza una publicidad distinta que al que no lo es?

Aclaremos que cuando se trata de disponer de derechos que están en folio cronológico, según indicáramos, el registrador no produce los contenidos de la certificación (incluso de los informes) a través de fotocopias, sino depurando el estado registral: justamente allí, en la depuración, aplica las caducidades, las que se manifiestan únicamen-

situdes acaecidas sobre el inmueble, a su historial, posibilitándose el conocimiento de todas las afectaciones que ha tenido desde el momento del ingreso al Registro ⁴⁷.

De acuerdo al art. 14 y conc. de la ley nacional en el folio real se consignan por orden cronológico las afectaciones que recaen sobre el inmueble de tal modo de lograr “*la historia jurídica de la finca*” ⁴⁸, pero cuando en general los terceros van en búsqueda de información al Registro no lo hacen con la intención de conocer “el historial” del inmueble, sino solamente su situación actual, más concretamente, en todas las hipótesis de solicitud de informes o certificados el Registro restringe su respuesta a la situación vigente, aún cuando en algunos casos -y por la manera de producirse la información a través de fotocopias- el usuario logre acceder a información histórica. Esto es así, y no puede ser de otra manera, en tanto son innumerables los casos en que el historial registral completo de un inmueble no está contenido únicamente en una matrícula, situaciones que dividimos en dos grupos: conversión a folio real y mutaciones sobre el objeto del derecho.

El tránsito del antiguo sistema de registración (cronológico) al folio real se realiza trasladando exclusivamente la titularidad registral y sus afectaciones, sin consignar las anteriores titularidades, y por ello en estas matriculas no se incluye su historial ⁴⁹; el otro supuesto, mutaciones del objeto del derecho, referido a los casos de unión o subdivisión de parcelas en los cuales se genera una nueva matrícula por cada parcela resultante,

te en la contestación de la petición formulada, no así en el folio que es mantenido en el mismo estado.

⁴⁷ Más específicamente desde su incorporación a folio real, porque las vicisitudes anteriores que constan en los folios causales no son reflejadas en la matrícula generada.

⁴⁸ Moisset de Espanés, ob. cit. p. 112.

⁴⁹ La publicidad registral se “constitucionalizó” y adquirió plenos efectos jurídicos a partir de la sanción de la ley 17.801 y las antiguas registraciones fueron aceptadas y valoradas por este ordenamiento, hasta tal punto de reconocerles el mismo resultado atribuido a las reguladas para el folio real. En tal sentido el art. 44 de la ley ordena que “*A partir de la fecha de vigencia de la presente ley todos los inmuebles ya inscriptos en los Registros de la Propiedad, como los que aún no lo estuvieren, deberán ser matriculados de conformidad con sus disposiciones, en el tiempo y forma que determine la reglamentación local*” (la negrilla es nuestra).

en cuyo hipótesis tampoco se traslada el “historial” de la finca. En esta última categoría incluimos a la afectación a propiedad horizontal, estado que provoca la generación de una nueva matrícula (submatrícula) para cada unidad funcional resultante ⁵⁰.

Pero, específicamente, cuando solicitamos al Registro la expedición de una certificación registral, ¿lo hacemos con la finalidad de conocer la historia del inmueble o exclusivamente para acceder a la situación jurídica vigente?

El art. 22 de la ley nacional indica que las certificaciones sirven para conocer “*la plenitud, limitación o restricción de los derechos inscriptos y la libertad de disposición*”, y el art. 23 indica que en la certificación se consignará “*el estado jurídico de los bienes*”; como consecuencia de ello las certificaciones deben contener la información de las situaciones que tienen el mencionado estado, es decir, las que están vigentes y son oponibles, solamente las que tienen estas calidades.

Por otra parte y por aplicación de dicho art. 22, el Registro sólo expide información en base a datos concretos que deben cumplir con el principio de especialidad; el pedido de certificación (actualmente con formularios en los que están preimpresos los requisitos exigidos) no está dirigido concretamente a la matrícula aún cuando ella contenga los datos, sino a una titularidad en relación a un objeto. El Registro solo certifica cuando hay identidad entre la petición y el titular, el objeto y el número de matrícula ⁵¹; entonces el certificado no comprende las registraciones históricas porque ellas no tienen “estado jurídico”.

La ley 17.801 “regularizó y legalizó” las viejas registraciones causales, sistema que no es tan antiguo porque al día de hoy queda un significativo número de inmuebles registrados con esta modalidad, ni tampoco es tan histórico en su aplicación, por cuanto todavía se sigue utilizando respecto de aquellos inmuebles con dificultades “técnicas” para su incorporación al folio real.

⁵⁰ Si bien en esta submatrícula no se consignan las cuestiones decididas en el reglamento, si incluye las afectaciones que recaen sobre el inmueble (terreno) que contiene el edificio, por ejemplo la submatrícula contiene referencias a las servidumbres que afectan a sectores comunes o que benefician a los copropietarios, registraciones que también constan en la matrícula “madre” o barra cero (asignada al terreno). De esta manera, el estado registral “actual” de cada unidad funcional puede conocerse a través de la matrícula de la unidad sin necesidad de recurrirse a la matrícula “madre” en la cual consta parte del historial de la propiedad.

⁵¹ En tal sentido lo resuelve la ley provincial 5771 en los arts. 36 y 38; el art. 36 indica “*El pedido de certificaciones, informes o copias expresará como mínimo: ... c)*

Las certificaciones no están destinadas a producir una publicidad genérica, totalizadora del contenido registral o de la historia del inmueble, generan una publicidad cualificada, es decir, solo recaen sobre los asientos que producen efectos sustantivos ⁵², abarcan exclusivamente las registraciones que ocasionan publicidad oponibilidad; desde otra perspectiva, las certificaciones recaen sobre los asientos oponibles, aun cuando en razón del medio utilizado para producirlos, es decir fotocopias, se pueda acceder al historial de la propiedad. En consecuencia las certificaciones no son un medio para hacer conocer las situaciones históricas sino las contemporáneas ⁵³, a través de ellas se busca conocer el estado jurídico actual, todo lo demás es historia, historia jurídica, pero historia al fin. Quienes pretendan conocer asientos “históricos” deben recurrir a los informes, que tienen entre una de sus finalidades dar a conocer los contenidos del Registro en general ⁵⁴, no así los certificados cuya finalidad es específica.

Asimismo decimos que es una publicidad “cualificada”, tanto por los efectos que produce como porque el uso de las certificaciones está establecido legalmente y constituye el único medio para conocer el estado registral con la finalidad de asegurar que ese concreto estado registral permanecerá inmutable durante su vigencia temporal; en consecuencia, el “conocimiento” que proporcionan los certificados confieren derechos a quienes realicen actos apoyándose en ellos, derechos en expectativa, derechos basados en la reserva de prioridad.

nombres y apellidos del titular registral... d) determinación del inmueble... e) inscripción o matrícula en la que conste lo registrado”, y el art. 38 establece que “El Registro General sólo certificará, informará o expedirá copias sobre la base de referencias concretas y a los efectos que expresamente se determinen...”

⁵² No hay otra publicidad registral que aquella que produce efectos sustantivos, la que genera oponibilidad, esta es la función de los registros inmobiliarios receptada en el art. 2505 C.C.; por lo que todo aquello que no produce oponibilidad, y en ello se incluyen los asientos que han perdido vigencia, no están en dicha categoría, y su conocimiento por terceros solo ocasionará mero conocimiento o, con otras palabras, “publicidad noticia”.

El conocimiento de estas situaciones “históricas” no afecta la buena fe de los terceros.

⁵³ “*Hace conocer la situación en que se encuentran actualmente los bienes*”, L. MOISSET DE ESPANÉS, ob. cit., p. 297.

⁵⁴ L. MOISSET DE ESPANÉS, ob. cit., p. 296.

La función publicitaria del Registro consiste en hacer cognoscible (cognoscibilidad que en las certificaciones se transforma en “conocimiento”) la situación registral, deber funcional que necesita concretarse de manera clara, de fácil y directa comprensión, sin necesidad de recurrir a las intrincadas elaboraciones de la doctrina o decisiones de la jurisprudencia para lograr establecer cuál es la información actual y cuál la histórica. El registrador debe proporcionar únicamente la información que considere vigente, depurando la matrícula de todo aquello que no sea oponible, que no tenga estado actual.

Por todo ello, entendemos que la seguridad del tráfico jurídico precisa la actualización de las matrículas, dejándose constancia en ellas de las registraciones cuyos efectos se hubieran extinguido por el transcurso del tiempo.

Se terminó de imprimir en
Editorial Advocatus, Arturo M. Bas 236,
en el mes de noviembre de 2010

