

CONCEPTOS BÁSICOS DEL DERECHO

Eduardo Antinori

Conceptos Básicos del Derecho



**Editorial de la
Universidad del Aconcagua**

Antinori, Néstor Eduardo
Conceptos básicos del derecho - 1a ed. - Mendoza : Universidad
del Aconcagua, 2006. 412 p. ; 21x16 cm.

ISBN 987-23232-0-8

1. Derecho-Educación Superior. I. Título

CDD 340.711.

Diseño de tapa y diagramación: Arq. Gustavo Cadile

Imagen de tapa: Código de Hamurabi

Copyright by Editorial de la Universidad del Aconcagua

Catamarca 147 (M5500CKC) Mendoza

Teléfono (0261) 5201681

e-mail: editorial@uda.edu.ar

Queda hecho el depósito que marca la ley 11723.

Impreso en Argentina

Primera Edición : diciembre de 2006

I.S.B.N. 987-23232-0-8 (I.S.B.N.13: 987-987-23232-0-2)

Reservados todos los derechos. No está permitido reproducir, almacenar en sistemas de recuperación de la información ni transmitir ninguna parte de esta publicación, cualquiera sea el medio empleado – electrónico, mecánico, fotocopia, grabación, etc.-, sin el permiso previo de los titulares de los derechos de propiedad intelectual..

*A mi Mujer especialmente,
por su constante apoyo e indispensable compañía diaria.*

*A familiares, amigos y alumnos,
por exigir a diario mi superación personal*

ÍNDICE

PRÓLOGO	21
CAPITULO I. El Derecho	25
I.1. Concepto	25
I.2. Derechos Objetivos y Derechos Subjetivos	27
I.3. Derecho Natural y Derecho Positivo.....	28
I.4. Diversas Concepciones del Derecho	30
I.4.1. Iusnaturalismos y Positivismo	30
I.5. El Common Law	33
I.6. Fuentes del Derecho.....	35
I.6.1. La Ley	35
I.6.1.1. Caracteres	36
I.6.2. La Costumbre Jurídica.....	38
I.6.3. Jurisprudencia.....	40
I.6.4. La Doctrina.....	41
CAPITULO II. Personas	45
II.1. Concepto y tipologías	45
II.1.1. Personas de Existencia Visible.....	46
II.1.1.1. Concepción y Embarazo	47
II.1.1.2. El Nacimiento.....	48
II.1.1.3. Atributos Inherentes a las Personas	50
II.1.1.3.1. El Nombre.....	51
II.1.1.3.1.1. Reglas para la Elección	52
II.1.1.3.1.2. Cambio de Nombre	53
II.1.1.3.1.3. El Apellido	53
II.1.1.3.2. Domicilio	54
II.1.1.3.2.1. Clasificación.....	55

II.1.1.3.2.1.1. Domicilio General.....	56
II.1.1.3.2.1.2. Domicilio Legal	57
II.1.1.3.2.1.2.1. Caducidad del Domicilio Legal.....	57
II.1.1.3.2.1.3. Domicilio Real	58
II.1.1.3.2.1.4. Domicilio Especial	60
II.1.1.3.3. El Estado	60
II.1.1.3.3.1. Posesión de Estado	62
II.1.1.3.3.2. Prueba de la existencia y del Estado de las Personas	63
II.1.1.3.3.2.1. Disposiciones legales sobre la prueba del nacimiento	64
II.1.1.3.3.2.1.1. Prueba supletoria	65
II.1.1.3.3.2.2. Prueba de la defunción.....	66
II.1.1.3.3.2.2.1. Prueba supletoria del fallecimiento ..	66
II.1.1.3.3.3. Extinción de las personas	67
II.1.1.3.3.3.1. La Muerte Natural.....	67
II.1.1.3.3.3.1.1. Efectos en relación con los Derechos	68
II.1.1.3.3.3.1.2. Efectos en relación con los Atributos Inherentes.....	68
II.1.1.3.3.3.1.3. Efectos en relación con los Derrechos Extrapatrimoniales.....	69
II.1.1.3.3.3.1.4. Efectos en relación con los Derechos. Patrimoniales	69
II.1.1.3.3.3.1.5. Prueba de la muerte y Prueba supletoria	70
II.1.2. Personas de Existencia Ideal o Jurídicas	70
II.1.2.1. Comienzo de la Existencia.....	71
II.1.2.2. Extinción de las Personas Jurídicas	72
II.1.2.3. Clasificación. Enumeración Legal	73
II.1.2.3.1. Personas Jurídicas Públicas	73
II.1.2.3.2. Personas Jurídicas Privadas.....	75
II.1.2.4. Fin de la Existencia.....	78
CAPITULO III. Capacidad.....	83
III.1. Concepto.....	83
III.1.1. Caracteres.....	84
III.2. Incapacidad de Hecho y Derecho	84
III.3. Incapacidad Absoluta y Relativa	86
III.3.1. Incapacidad Absoluta.....	87
III.3.1.1. Personas por Nacer.....	87

III.3.1.2. Menores Impúberes	88
III.3.1.3. Dementes Interdictos.....	89
III.3.1.3.1. Requisitos para Declarar la Demencia.....	90
III.3.1.3.2. Validez de los Actos	91
III.3.1.3.3. Cesación de la Incapacidad.....	93
III.3.1.4. Sordomudos	94
III.3.2. Incapacidad Relativa.....	94
III.3.2.1. Menores que han Cumplido 18 años de Edad	95
III.3.2.1.1. Efectos de los Actos de Menores Impúberes y Púberes	96
III.3.2.2. Inhabilitados	97
III.3.2.3. Cesación de la Incapacidad	99
III.3.2.3.1. Mayoría de Edad.....	99
III.3.2.3.2. Emancipación Civil	100
III.3.2.3.2.1. Emancipación por Matrimonio	100
III.3.2.3.2.2. Emancipación por Habilitación de Edad.....	101
III.3.2.3.3. Régimen de Capacidad de los Emancipados	102
III.3.2.3.3.1. Actos Absolutamente Prohibidos.....	102
III.3.2.3.3.2. Actos Sujetos a Autorización Judicial.....	103
CAPITULO IV. Objeto de la Relación Jurídica	107
IV.1. Derechos Subjetivos.....	107
IV.2. Teoría del Abuso del Derecho.....	108
IV.2.1. Criterios	109
IV.2.2. Criterio de Nuestro Código Civil.....	110
IV.3. El Patrimonio	111
IV.4. Derechos Patrimoniales.....	112
IV.4.1. Derechos Reales	112
IV.4.2. Derechos Personales	112
IV.4.3. Derechos Intelectuales	113
IV.5. El Patrimonio como Garantía de los Acreedores	114
IV.6. Bienes y Cosas	114
IV.6.1. Cosas Muebles e Inmuebles	115
IV.6.1.1. Cosas Inmuebles	115
IV.6.1.2. Cosas Muebles	116
IV.6.2. Cosas Fungibles y No Fungibles	117
IV.6.3. Cosas Consumibles y No Consumibles	118
IV.6.4. Cosas Divisibles e Indivisibles	118
IV.6.5. Cosas Principales y Accesorias	119

CAPITULO V. Causa de la Relación Jurídica	123
V.1. Los Hechos en General.....	123
V.2. Hechos Jurídicos.....	125
V.2.1. Clasificación de los Hechos Jurídicos.....	128
V.3. Teoría de los Actos Jurídicos.....	129
V.4. Actos Voluntarios.....	129
V.4.1. Condiciones Internas.....	130
V.4.1.1. Discernimiento.....	131
V.4.1.1.1. Causas Obstativas del Discernimiento.....	132
V.4.1.1.1.1. Inmadurez.....	133
V.4.1.1.1.2. Insanidad Mental.....	133
V.4.1.2. Intención.....	134
V.4.1.2.1. Causas Obstativas de la Intención.....	135
V.4.1.2.1.1. Error o Ignorancia.....	135
V.4.1.2.1.2. Dolo.....	135
V.4.1.3. Libertad.....	136
V.4.1.3.1. Causas Obstativas de la Libertad.....	136
V.4.2. Condiciones Externas.....	137
V.4.2.1. Declaración Formal y No Formal.....	137
V.4.2.2. Declaración Expresa y Tácita.....	138
V.4.2.3. Declaración Presumida por la Ley.....	139
V.4.2.4. El Silencio como Manifestación de la Voluntad.....	139
V.5. Prevalencia de Condicionos Internas y Externas.....	140
V.6. Imputabilidad de los Actos Voluntarios.....	140
V.7. Efectos de los Actos Involuntarios.....	142
V.8. Actos Jurídicos.....	143
V.8.1. Caracteres del Acto Jurídico.....	144
V.8.2. Clasificación de los Actos Jurídicos.....	145
V.8.2.1. Actos Positivos o Negativos.....	145
V.8.2.2. Actos Unilaterales o Bilaterales.....	145
V.8.2.3. Actos Entre Vivos o de Última Voluntad.....	146
V.8.2.4. Actos Onerosos o Gratuitos.....	146
V.8.3. Elementos Esenciales de los Actos Jurídicos.....	146
V.8.4. Requisitos de los Elementos de los Actos Jurídicos.....	147
V.8.4.1. Sujetos.....	147
V.8.4.2. Objeto.....	148
V.8.4.2.1. Cosas.....	149
V.8.4.2.2. Hechos.....	150
V.8.4.3. Forma.....	151
V.8.4.3.1. Principio de Libertad de Formas.....	152

V.8.4.3.2. Actos Formales y No Formales	153
V.8.4.3.3. Distintos Tipos de Forma.....	154
V.8.4.3.3.1. Forma Escrita	154
V.8.4.3.3.1.1. Instrumentos Públicos	154
V.8.4.3.3.1.1.1. Prueba de los Instrumentos Públicos	156
V.8.4.3.3.1.2. Instrumentos Privados	157
V.8.4.3.3.1.2.1. Prueba de los Instrumentos Privados	158
V.8.4.3.3.1.2.2. Fecha Cierta	160
V.8.5. Vicios de los Actos Jurídicos	160
V.8.5.1. Error de Hecho	160
V.8.5.2. Error de Derecho	164
V.8.5.3. Dolo.....	164
V.8.5.3.1. Sanciones a que da Lugar el Dolo	166
V.8.5.4. Simulación.....	166
V.8.5.4.1. Requisitos	167
V.8.5.4.2. Clases de Simulación.....	168
V.8.5.4.2.1. Simulación Absoluta y Relativa.....	168
V.8.5.4.2.2. Simulación Lícita e Ilícita	168
V.8.5.4.2.3. Acción de Simulación	169
V.8.5.4.2.3.1. Acción Deducida por las Partes.....	169
V.8.5.4.2.3.2. Acción Deducida por los Terceros	171
V.8.5.5. Fraude.....	172
V.8.5.5.1. Requisitos	173
V.8.5.5.1.1. Actos a Título Oneroso	174
V.8.5.5.1.2. Actos a Título Gratuito	174
V.8.5.5.1.3. Subadquisición de Bienes	174
V.8.5.5.1.4. Titular de la Acción.....	175
V.8.5.6. Lesión Subjetiva	176
V.8.6. Nulidades	178
V.8.6.1. Actos Nulos y Actos Anulables.....	179
V.8.6.2. Nulidad Absoluta y Nulidad Relativa.....	180
V.8.6.3. Nulidad Total y Nulidad Parcial.....	181
V.8.6.4. Actos Nulos	182
V.8.6.4.1. Actos Nulos por poseer Vicios en el Sujeto.....	182
V.8.6.4.2. Actos Nulos por poseer Vicios en el Objeto	183
V.8.6.4.3. Actos Nulos por poseer Vicios en la Forma	184
V.8.6.5. Actos Anulables	185
V.8.6.5.1. Actos Anulables por poseer Vicios en el Sujeto	185
V.8.6.5.2. Actos Anulables por poseer Vicios en el Objeto	186
V.8.6.5.3. Actos Anulables por poseer Vicios en la Forma.....	186
V.8.6.6. Confirmación.....	187

V.8.6.6.1. Actos Susceptibles de Confirmación	187
V.8.6.6.2. Especies de Confirmación.....	187
V.8.6.6.2.1. Confirmación Expresa.....	187
V.8.6.6.2.2. Confirmación Tácita.....	188
V.8.6.6.2.3. Efectos.....	188

CAPITULO VI. Extinción de la Relación Jurídica 191

VI.1. Introducción	191
VI.2. Hechos y Actos Jurídicos Extintivos	191
VI.2.1. Hechos Extintivos	192
VI.2.2. Actos Extintivos.....	193

CAPITULO VII. Obligaciones..... 197

VII.1. Importancia	197
VII.2. Concepto	198
VII.3. Antecedentes Históricos.....	199
VII.4. Elementos Esenciales.....	199
VII.4.1. Sujetos	199
VII.4.1.1. Requisitos	200
VII.4.1.2. Obligaciones Ambulatorias o “Propter Rem”	201
VII.4.2. Objeto	201
VII.4.3. Causa	204
VII.4.3.1. Presunción de la Causa	206
VII.4.3.2. Falsa Causa	207
VII.4.3.3. Causa Ilícita	207
VII.5. Clasificación de las Obligaciones	208
VII.5.1. Según la Naturaleza del Vínculo	208
VII.5.2. Según la Naturaleza del Objeto	209
VII.5.2.1. Obligaciones de Dar.....	209
VII.5.2.1.1. Obligaciones de Dar Cosas Ciertas	210
VII.5.2.1.2. Obligaciones de Dar Cosas Inciertas No Fungibles	212
VII.5.2.1.3. Obligaciones de Dar Cosas Fungibles o Cantidades de Cosas.....	213
VII.5.2.1.4. Obligaciones de Dar Sumas de Dinero.....	214
VII.5.2.1.4.1. Ley de Convertibilidad	214
VII.5.2.1.4.2. Intereses	215
VII.5.2.2. Obligaciones de Hacer	216
VII.5.2.3. Obligaciones de No Hacer	217
VII.5.2.4. Obligaciones de Objeto Plural o Conjunto	218

VII.5.2.4.1. Obligaciones Alternativas	218
VII.5.2.4.2. Obligaciones Facultativas	219
VII.5.2.5. Obligaciones Divisibles e Indivisibles.....	219
VII.5.2.5.1. Obligaciones de Dar Divisibles.....	220
VII.5.2.5.2. Obligaciones de Dar Indivisibles	220
VII.5.2.5.3. Obligaciones de Hacer Divisibles e Indivisibles.....	220
VII.5.2.5.4. Obligaciones de No Hacer Divisibles e Indivisibles	220
VII.5.3. Según el Sujeto.....	221
VII.5.3.1. Obligaciones Simplemente Mancomunadas	221
VII.5.3.2. Obligaciones Solidarias	222
VII.5.4. Según el Grado de Autonomía o Dependencia.....	224
VII.5.5. Según la Existencia o Inexistencia de Modalidad	225
VII.5.5.1. Condición	225
VII.5.5.1.1. Condición Suspensiva	227
VII.5.5.1.2. Condición Resolutoria.....	227
VII.5.5.2. Plazo	227
VII.5.5.2.1. Plazo Suspensivo	228
VII.5.5.2.2. Plazo Resolutorio	228
VII.5.5.2.3. Plazo Cierto.....	228
VII.5.5.2.4. Plazo Incierto	229
VII.5.5.3. Cargo o Modo.....	229
VII.5.5.3.1. Cargo Simple	230
VII.5.5.3.2. Cargo Condicional Suspensivo	231
VII.5.5.3.3. Cargo Condicional Resolutorio.....	231
VII.5.6. De Medio o Resultado.....	231
VII.6. Efectos de las Obligaciones	232
VII.6.1. Efectos entre las Partes.....	233
VII.6.1.1. Ejecución Voluntaria	233
VII.6.1.2. Ejecución Forzada	233
VII.6.1.2.1. Ejecución Forzada Directa	234
VII.6.1.2.1.1. Por el Deudor	234
VII.6.1.2.1.2. Por un Tercero	235
VII.6.1.2.2. Ejecución Indirecta	236
VII.7. Mora.....	236
VII.7.1. Sistema del Código Civil.....	237
VII.7.1.1. Obligaciones con Plazo Expreso	237
VII.7.1.2. Obligaciones Sujetas a Plazo Tácito.....	238
VII.7.1.3. Obligaciones Sin Plazo	239
VII.7.2. Efectos de la Mora	239
VII.7.3. Mora del Acreedor	240
VII.7.3.1. Efectos	240

VII.8. Extinción de las Obligaciones	241
VII.8.1. Pago	241
VII.8.1.1. Requisitos del Pago	242
VII.8.1.2. Sujetos del Pago	242
VII.8.1.3. Objeto del Pago	243
VII.8.1.4. Lugar del Pago	244
VII.8.1.5. Tiempo del Pago	245
VII.8.2. Novación	245
VII.8.3. Compensación	246
VII.8.4. Transacción	248
VII.8.5. Confusión	249
VII.8.6. Renuncia	249
VII.8.7. Remisión de la Deuda	250
VII.8.8. Imposibilidad de Pago	250
CAPITULO VIII. Contratos	253
VIII.1. Concepto	253
VIII.2. Clasificación	254
VIII.2.1. Unilaterales y Bilaterales	254
VIII.2.2. Onerosos y Gratuitos	255
VIII.2.3. Consensuales y Reales	256
VIII.2.4. Nominados e Innominados	256
VIII.2.5. Conmutativos y Aleatorios	257
VIII.2.6. Formales y No Formales	257
VIII.3. Elementos de los Contratos	258
VIII.4. Formación: El Consentimiento	258
VIII.4.1. La Oferta	260
VIII.4.1.1. Requisitos	262
VIII.4.1.2. Obligatoriedad	262
VIII.4.2. El Contrato por Adhesión	263
VIII.4.3. La Aceptación	264
VIII.5. Capacidad para Contratar	265
VIII.6. Objeto de los Contratos	267
VIII.7. Causa de los Contratos	269
VIII.7.1. Presunción de Causa	272
VIII.7.2. Falsedad de Causa	273
VIII.7.3. Ilícitud de Causa	273
VIII.8. Forma de los Contratos	273
VIII.9. Prueba de los Contratos	274
VIII.9.1. Apreciación de la Prueba	277

VIII.9.2. Sistema del Código Civil	278
VIII.10. Interpretación de los Contratos	280
VIII.10.1. Reglas del Código de Comercio.....	280
VIII.11. Efectos de los Contratos	283
VIII.11.1. Efectos Generales.....	284
VIII.11.2. Efectos Particulares.....	286
VIII.11.2.1. Revisión Contractual	286
VIII.11.2.2. Abuso del Derecho	286
VIII.11.2.3. Teoría de la Imprevisión.....	286
VIII.11.2.3.1. Ámbito de Actuación.....	287
VIII.11.2.3.2. Requisitos	287
VIII.11.2.3.3. Efectos	288
VIII.12. Vicisitudes de los Contratos	288
VIII.12.1. Excepción de Incumplimiento	288
VIII.12.1.1. Requisitos.....	290
VIII.12.2. La Señal o Arras.....	290
VIII.12.2.1. La Arras en el Código de Comercio	291
VIII.12.3. El Pacto Comisorio	292
VIII.12.3.1. Clases	293
VIII.12.3.1.1. Pacto Comisorio Tácito	293
VIII.12.3.1.2. Pacto Comisorio Expreso	294
VIII.12.3.2. Notificación e Interpelación Fehaciente	294
VIII.12.3.3. Gravedad	295
VIII.12.4. Autonomía de la Voluntad	296
VIII.12.4.1. Límites de la Autonomía de la Voluntad.....	298
VIII.12.5. Principio de Buena Fe	299
VIII.13. Extinción del Contrato.....	304
VIII.13.1. Cumplimiento	304
VIII.13.2. Vencimiento del Plazo	305
VIII.13.3. Otros Modos	305
CAPITULO IX. Derecho Comercial	309
IX.1. Derecho Comercial.....	309
IX.2. El Comercio y la Materia de Comercio	309
IX.3. Usos y Costumbres.....	310
IX.4. El Comerciante.....	311
IX.4.1. Adquisición y Pérdida de la Calidad de Comerciante	314
IX.4.2. Prueba de la Calidad de Comerciante	314
IX.4.3. Efectos de la Calidad de Comerciante	315
IX.5. Actos Unilateralmente Comerciales.....	316

IX.6. Capacidad para Ejercer el Comercio	317
IX.7. Incompatibilidades	320
IX.8. Obligaciones Comunes a los Comerciantes.....	322
IX.8.1. Registro Público de Comercio	322
IX.8.1.1. Matrícula del Comerciante	324
IX.8.1.2. Registro de Documentos	325
IX.8.2. Contabilidad y Teneduría de Libros	325
IX.8.2.1. Contabilidad.....	326
IX.8.2.2. Libros de Comercio.....	326
IX.8.3. Conservación de la Correspondencia.....	328
IX.8.4. Rendición de Cuentas	328
IX.9. Agentes Auxiliares de Comercio.....	329
IX.10. Actos de Comercio	330
IX.10.1. La Materia Mercantil	330
IX.10.2. Definición de Actos de Comercio.....	331
IX.10.3. Artículo 9 del Código de Comercio.....	331
IX.11. La Empresa.....	339
IX.12. La Hacienda Mercantil	343

CAPITULO X. Sociedades Comerciales	347
X.1. Concepto	347
X.2. Clasificación	351
X.3. Personalidad Jurídica de las Sociedades	352
X.4. Forma y Prueba y Procedimiento.....	355
X.5. Instrumento Constitutivo	357
X.6. La Condición de Socio.....	360
X.7. Sociedades de Hecho e Irregulares	361
X.7.1. Regularización	362
X.8. Órganos de la Sociedad	364
X.8.1. Órgano de Administración	365
X.8.1.1. Órgano de Representación.....	367
X.8.1.2. Responsabilidad de Administradores y Representantes	368
X.8.2. Órgano de Gobierno.....	369
X.8.3. Órgano de Fiscalización.....	370
X.9. Transformación de Sociedades	371
X.10. Disolución de Sociedades	372
X.11. Liquidación de Sociedades	374

PRÓLOGO

PROLOGO

Es conocida la frase expresada por algunas personas, al decir: “...*lo mío es muy básico...*”. Tal muletilla lejos de constituir una falsa modestia, entiendo intenta ser un deseo personal de alcanzar al menos a ser o saber lo básico.

Todos aquellos que estamos inmersos en alcanzar la inalcanzable perfección, soñamos con aproximarnos a ella, y a veces trabajamos en pos de ello. Tengo por cierto que, en ningún aspecto de la vida, mucho menos en el académico, lograremos aproximarnos a ello si no estamos cimentados en una base sólida. En fin, al igual que ningún arquitecto intentaría construir una casa, mucho menos un edificio sobre una base carente de solidez, normalmente intentamos elevar grandes construcciones sin cerciorarnos previamente si tenemos una base sobre la cual puedan apoyarse las vigas del conocimiento. Es decir, por ignorantes o por intentar ser veloces queremos saber mucho sin considerar previamente, si sabemos lo básico.

Por esto, Ud. lector seguramente ya advirtió que el presente trabajo no es un Tratado Jurídico, y apostará que nunca llegará a ser una obra póstuma del derecho. Coincidimos.

Por ello, si ha adquirido el texto que en este momento está leyendo, con el noble fin de emocionarse, de profundizar sus conocimientos propios a tal punto que luego nada le quedará por descubrir sobre los temas que figuran en el índice, lamento defraudarlo pues nada de eso encontrará. Sin embargo, si presta especial atención a lo escrito, si su postura intelectual posee una humildad mínima indispensable como para permitir que lo escrito penetre en su conocimiento, pues entonces ya habrá dado el primer gran paso. El siguiente lo hará el texto solo, puesto

que aún cuando lo escrito figura como que es de mi autoría, en realidad eso es lo más insignificante, lo mucho o poco que pueda descubrir es obra y arte de los grandes maestros del derecho de cuyas obras he atrevidamente hurtado un poco de tantos conocimientos. Ellos son en realidad los artífices del presente trabajo, ellos en definitiva son quienes generosamente nos han ofrecido sus conocimientos para que nosotros, esmerándonos al máximo podamos llegar a ser jurídicamente básicos. Ellos, no tenga dudas, son lo que son porque antes que y primero que eso, aprehendieron para sí los “Conocimientos Básicos del Derecho”.

CAPÍTULO I

EL DERECHO

CAPITULO I EL DERECHO

I.1. Concepto

El derecho es probablemente una de las ciencias que mayor dificultad han tenido sus estudiosos para conceptualizar o definir, lo cual ha producido como una lógica consecuencia de ello, que aquellos que han esbozado algún concepto han sido discrepantes entre sí. Esto a su vez ha sido producto de distintas tendencias que han seguido sus autores, que dieron origen a diversas posturas doctrinarias.

El Dr. Hart, uno de los máximo exponentes de la ciencia jurídica de todos los tiempos, comienza una de su obras máximas (El Concepto de Derecho) de la siguiente forma: “Pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas, y aún paradójicas, como la pregunta ¿qué es derecho?...No hay una vasta literatura consagrada a contestar las preguntas ¿qué es química? o ¿qué es medicina?, como la hay para responder a la pregunta ¿qué es derecho?”¹

Como primera medida, debemos tener presente que el derecho está presente en todos lados y en todo momento, resulta imposible imaginar una sociedad sin su presencia. Así, muchos actos que a priori parecen irrelevantes se encuentran en pleno contacto con el derecho, por ser una conducta regulada por el mismo o por

¹.Hart, H.L.A. *El Concepto de Derecho* – pág. 1.

estar celebrando un contrato, por ejemplo: el hecho de no salir desnudos a un lugar público, es una conducta obligatoria que trasciende nuestra moral, ya que su respeto atenta contra la moralidad pública que se encuentra regulada por diversas ordenanzas; el no molestar a los vecinos con ruidos molestos especialmente en determinadas horas del día, es una conducta que se encuentra también reglamentada por ordenanzas de tipo municipal; la constante celebración de diversos contratos (compra-venta) para proveernos de bienes y servicios, tales como compra de alimentos, vestimentas, cigarrillos, periódicos, etc.; (transporte) tomar un colectivo o un taxi para dirigirnos diariamente al trabajo, escuela, universidad; (locación de obra) llevar la ropa a la tintorería, arreglar un calzado; (donación) cuando se regala un obsequio a alguna persona por algún evento social, tal como cumpleaños, casamiento, etc.

Si nos atenemos a la etimología de la palabra, “derecho” alude a “*directum*”, “*dirigido*”, con lo que se indica sujeción a una regla, imagen que aparece constantemente en todas las lenguas europeas derivadas del latín: “*droit*”, “*right*”, “*diritto*”, etc. A continuación, y como prueba de lo que estamos expresando, detallamos una serie de conceptos respecto de lo que algunos autores entienden por derecho:

Para Arauz Castex, “el derecho es la coexistencia humana normativamente pensada en función de justicia”.²

Para Borda, “es el conjunto de normas de conducta humana establecidas por el Estado con carácter de obligatorio y conforme a la justicia”.³

Para Salvat, “es el conjunto de reglas establecidas para regir las relaciones de los hombres en sociedad, en cuanto se trate de reglas cuya observancia puede ser coercitivamente impuesta a los individuos”.⁴

Lo cierto es que la convivencia de los hombres en sociedad exige inexcusablemente la vigencia de las normas a las cuales deban ajustar su conducta; de lo contrario reinaría el caos y la vida en común sería imposible. Tal es así, que

² Arauz Castex, M. “*Derecho Civil*. (Parte General). Tº I, Nº 1 – pág. 11

³ Borda, G. *Derecho Civil*. (Parte General), Tº I, Nº 1 – pág. 12

⁴ Salvat, R. *Derecho Civil*, (Parte General). Nº 1 y 4 – pág. 1-2

hasta en las comunidades más primitivas, siempre existieron normas de conductas (escritas o no) que regulaban la convivencia.

I.2. Derecho Objetivo y Derechos Subjetivos

Independientemente de la postura que se asuma respecto del derecho, a esta altura podemos comenzar a diferenciar al “derecho” visto desde una óptica objetiva y una subjetiva.

Objetivamente, podemos caracterizar al derecho, como “el ordenamiento social justo”. Es decir, como una regla de conducta exterior al hombre a quien se dirige, y que arrojan las siguientes expresiones: “el derecho prohíbe apoderarse de lo ajeno”, o “el derecho impone a los esposos los deberes de asistencia, fidelidad y cohabitación”, etc. Por ello, el derecho objetivo no es otra cosa que conjunto de normas que rigen las relaciones de las personas en una comunidad.

En otro sentido, cual es el subjetivo (visto desde el sujeto) el “derecho” alude a las prerrogativas que tiene una persona para exigir de los demás un determinado comportamiento. Así, “la facultad del propietario de usar y disponer de la cosa”, “la facultad del acreedor para ejecutar los bienes del deudor”, etc. Algunos autores, imprimen un sentido más amplio a los derecho subjetivos, *“Hemos dicho que el derecho objetivo lo constituye la norma, o mejor, el conjunto de normas (ordenamiento jurídico). Parece lógico que el derecho subjetivo esté constituido, correlativamente, por la relación jurídica o el conjunto de relaciones jurídicas, cada una de las cuales se integra con facultades y deberes. Pero sucede que la doctrina tradicional ha acuñado la expresión “derecho subjetivo” refiriéndola solamente a uno de los ingredientes de la relación jurídica: la facultad jurídica. Se hace necesario entonces tener presente que la expresión derecho subjetivo admite un sentido amplio (relación jurídica) y un sentido estricto (facultad jurídica)...”*⁵

Ambas nociones de derecho no son antagónicas, sino que se corresponden y exigen recíprocamente. En efecto el derecho objetivo consiste en un ordenamiento social justo, pero por eso mismo, es decir, en cuanto justo ha de reconocer a las personas humanas la posibilidad de obrar en vista de sus propios fines. De aquí se

⁵ Aftalión, E. *Introducción al Derecho* – pág. 494.

sigue que el derecho objetivo existe para el derecho subjetivo, y a su vez éste encuentra en aquél la fuente inmediata de su existencia.⁶

I.3. Derecho Natural y Derecho Positivo

El extenso periodo que va desde la antigüedad hasta la constitución de la ciencia jurídica abarca más de dos milenios. En él, el pensamiento sobre el Derecho tuvo un marcado carácter filosófico. Durante ese periodo los autores se ocuparon del Derecho Natural, el cual constituiría un “Derecho” al que se le atribuyen las siguientes características:

- Sus principios son válidos para todo tiempo y lugar.
- Estos principios encuentran su fundamento en algo superior al hombre, por la cual los hombres no podrían cambiarlo aunque se lo propusieran.
- En consecuencia, los principios y contenidos del llamado “Derecho Natural” no estarían sujetos a las vicisitudes de la Historia.

El fundamento de este pretendido Derecho Natural es diferente para cada una de las principales escuelas que defienden su existencia. Para la escuela católica ese fundamento está en la voluntad o en la inteligencia de Dios; para la corriente protestante clásica, el mismo se encuentra en la naturaleza humana; y para el pensamiento racionalista el Derecho Natural se fundamentaría en la Razón, la cual es concebida como parte principal de la naturaleza humana.⁷

El “derecho natural” está conformado por el núcleo del ordenamiento que conforme a la naturaleza humana tiende a la instauración de la justicia en la sociedad, y el “derecho positivo”, es la concreción del derecho natural, es decir, la traducción del derecho natural y su adaptación a las circunstancias sociales concretas de un momento histórico determinado.

El derecho natural ejerce sobre el derecho positivo una doble acción. Una acción negativa que tiene el sentido de una barrera: significa la paralización del

⁶ Llambías, J. *Derecho Civil*. (Parte General). Tº I, nº 13 – pág. 24

⁷ Aftalión, E. *Introducción al Derecho* – pág. 177.

derecho positivo en la medida que éste contradice sustancialmente al derecho natural, por resultar un derecho injusto. Y una acción positiva en cuanto el derecho natural es un manantial de orientación del derecho positivo, del que no organiza soluciones pero al que imparte directivas.

La doctrina del derecho natural, da un fundamento firme del orden jurídico que consiste en la comprensión de la naturaleza racional y social del hombre y no en la pura voluntad de éste, la cual es inepta para justificar la imperatividad de la norma.

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

Ese criterio no es otro que el derecho natural. Si la ley es conforme a él, es justa; si es incompatible con él, es injusta. Entiéndese por derecho natural aquel que surge de la naturaleza humana y que es revelado al hombre por la razón. Por esa circunstancia de provenir de la naturaleza misma del hombre, es inmutable y universal.⁸ Este concepto fue muy bien expresado por Cicerón, en su Tratado de República: “Hay una ley verdadera, la recta razón inscrita en todos los corazones, inmutable, eterna, que llama a los hombres al bien por medio de sus mandamientos y los aleja del mal por sus amenazas; pero que sea que ordene o que prohíba, nunca se dirige en vano a los buenos ni deja de impresionar a los malos. No se puede alterar por otras leyes, ni derogar algunos de sus preceptos, ni abrogarla por entero; ni el Senado ni el pueblo pueden liberarnos de su imperio; no necesita intérprete que la explique; es la misma en Roma que en Atenas, la misma hoy que mañana y siempre una misma ley inmutable y eterna que rige a la vez a todos los pueblos y en todos los

⁸ Borda, G. *Tratado de Derecho Civil*. (Parte General), Tº I, nº 8 – pág. 21

tiempos. El universo entero está sometido a un solo amo, a un solo rey supremo, al Dios todopoderoso que ha concebido, meditado y sancionado esta ley: desconocerla es huirse a sí mismo, renegar de su naturaleza y, por ello mismo, padecer los castigos más crueles, aunque se escapara a los suplicios impuestos por los hombres”.⁹

Dice Zorraquín Becú que “hay normas superiores a la voluntad humana y a la misma comunidad que deben guiar el establecimiento del derecho sirviéndole de fundamento racional. Y la conformidad entre éste y aquéllas torna obligatorio el derecho positivo, que de otro modo sería la imposición de una voluntad sobre otra. A la fuerza como base del derecho se sustituye ese fundamento legítimo que a la vez permite encauzarla y limitar sus posibles excesos”.¹⁰

Los principios del derecho natural no son el producto de una interpretación subjetiva sino un conocimiento objetivo que obtiene la razón de la consideración de la naturaleza racional y social del hombre. Hay una primera intuición en nuestra conciencia que nos permite discernir el bien y el mal y la consiguiente ordenación de la razón que nos urge a hacer lo primero y eludir lo segundo.

I.4. Diversas Concepciones del Derecho

I.4.1. Iusnaturalismo y Positivismo

Las raíces de la expresión “Derecho Natural” se remontarían al despertar de la Ilustración griega en el siglo V a.C.

Natural es lo que regularía al hombre por “naturaleza”, y “convencional” lo que lo regula en virtud de lo que él “conviene” con otros hombres. Pero es necesario advertir que la palabra convencional incluye los usos y costumbres, a pesar de que los mismos no son establecidos por el mecanismo formal de una convención de tipo contractual.

⁹ Lib. III, XXII, cit, por Zorraquín Becú, *El Derecho. y la Justicia*. en Rev. Fac. Der. de Bs. As., julio-agosto, 1950 – pág. 903.

¹⁰ Zorraquín Becú, R. *El Derecho y la Justicia*. en Rev. Fac. de Derecho y C. Soc., julio-agosto, 1950 – pág. 904.

El llamado “Derecho Natural” nace con la expresión de ser Derecho vigente: los principios de ese pretendido Derecho aspiran a regir los casos jurídicos concretos. Pero esa misma pretensión la tienen las normas jurídicas emanadas de los órganos competentes (ej: Poder Legislativo); de esta manera se abre la posibilidad de una colisión o contradicción entre ambos órdenes normativos: el Derecho Natural y el Derecho Positivo. Como ambos aspiran a regular concretamente la conducta, en caso de conflicto por fuera una ha de prevalecer sobre el otro. A partir de ese conflicto pueden diseñarse dos posiciones iusfilosóficas contrapuestas: el iusnaturalismo y el positivismo.

El **iusnaturalismo** sostiene que el Derecho Positivo está subordinado al Derecho Natural. Según esta posición en caso de conflicto entre ambos debe sacrificarse al Derecho Positivo. Por el contrario, el Positivismo considera como verdadero y único Derecho al que históricamente hacen los hombres, que es un hecho social a partir del cual se constituyó la Ciencia Jurídica en Roma primero y en Inglaterra, en Francia y en Alemania después.

Las diversas escuelas y direcciones del “Positivismo” en general se mueven dentro de esa actitud, aunque se distinguen mutuamente en cuanto cada una de ellas intenta precisar a su modo esa dirección general hacia el derecho positivo. Esta actitud originariamente se concretó, vagamente, como un rechazo a la especulación filosófica acerca del Derecho ideal (tal como debería ser en todo tiempo y lugar) y por su sustitución por una indagación metódica, fundada y sistemática acerca del Derecho real (tal como se da en un lugar y en un tiempo determinado).

Mientras la ciencia jurídica en estricta actitud positivista se limita a comentar y sistematizar las normas que encuentran en las fuentes positivas del Derecho, el Iusnaturalismo pretende determinar cómo el Derecho creado por los hombres *debe ser*, así “verdadero” Derecho. Con esta pretensión consigue cumplir, en realidad, una función que ha sido denunciada como ideológica. Al proponer un ideal como modelo permanente en muchos casos habrá de contrariar a los contenidos concretos que tiene el Derecho Positivo, y con ello estará contrariando al sistema político, social y económico, afectando su pretensión de legitimidad, pudiendo, inclusive, llegar a ponerlo en crisis. En este caso la pretensión iusnaturalista cumple una función *revolucionaria*, como sucedió con la escuela clásica, o protestante, del Derecho Natural que animó a la Ilustración y dio fundamento ideológico a la Revolución Francesa al cuestionar el origen divino del

poder real y propiciar formas democráticas de gobierno e igualitarias de aplicación de la ley.

Pero el mismo iusnaturalismo puede cumplir una función conservadora y ponerse al servicio de la preservación del orden establecido, como fue el caso de la escuela católica al legitimar la esclavitud, oponerse al divorcio, etc. En ambos casos los ideales propiciados por el iusnaturalismo como modelo para todo orden jurídico pueden ser estudiados como propuestas al poder político para la reforma del Derecho vigente (de *lege ferenda*) o para resistir a su modificación (de *lege servanda*).

En algunos casos los iusnaturalistas consiguieron difundir y esclarecer propuestas de ideales que se incorporaron como ideales permanentes para el mundo civilizado, los cuales deben considerarse como definitivamente adquiridos en la medida en que ese grado de civilización se constituye en un hecho históricamente irreversible para una civilización determinada. Entre los casos de ideales irreversibles podemos citar la noción aristotélica de justicia sinalagmática, que establece como modelo ideal de los cambios la paridad o la igualdad de los valores intercambiados. Del mismo modo, el principio kantiano de la humanidad como un fin en sí mismo, que requiere que se considere al prójimo también de ese modo y nunca solamente como un medio, parece ser un principio permanente para todos los países que alcanzaron cierto grado de civilización. Igualmente sucede con la noción de derechos humanos, que son intangibles por el poder político.¹¹

Para el **positivismo**, como concepción filosófica del derecho, el único Derecho que existe es el “derecho positivo”, un derecho histórico, hecho por los hombres que varía con las modificaciones y diferencias que una sociedad tiene en relación a su propio pasado o a otras sociedades. En este sentido, el Positivismo se contrapone al Iusnaturalismo, para quien, el Derecho emana de ciertas leyes o principios inmutables para todo tiempo y lugar.

Así, la constitución moderna de la ciencia jurídica presenta dos vertientes: la anglosajona, que preserva el carácter fundamental de la costumbre, y la continental-romanista en la cual, el derecho tiende a identificarse con las leyes, u otras prescripciones escritas, emanadas de los órganos del Estado.

¹¹ Aftalión, E. *Introducción al Derecho* – pág. 179.

Podemos reconocer como iniciadores del positivismo a Bentham y Austin (Escuela analítica inglesa de Jurisprudencia), quienes proponían el estudio de las leyes positivas prescindiendo en forma metódica de consideraciones de índole moral y el análisis de los conceptos más básicos o elementales del derecho positivo. Así Austin, concibe a las normas jurídicas como órdenes emanadas del soberano. En el sistema continental-romanista la teoría general positivista se desarrolla en autores como Bergbohm, Bierling y Mehl y culmina en la obra de Kelsen. Su máxima obra “Teoría Pura del Derecho”, tiene como noción central la *validez* de las normas y campea en ella un formalismo que no parece adecuarse a la concepción positivista que pretende ver el Derecho en los hechos. Luego, éste autor, en la última versión de su teoría pura, concebiría a las normas como actos de voluntad (de los órganos estatales), entendiendo que la ciencia tiene como tarea, describir el sentido objetivo de tales actos.

El **realismo** es, en cambio, la nota dominante de la escuela de Upsala en la cual la vigencia (o efectividad) pasa a ocupar el lugar central en la consideración del Derecho como medio o sistema de control social. H.L. Hart es considerado el máximo exponente contemporáneo del Positivismo, y entiende que el sistema que forman las reglas jurídicas es identificado sobre la base de ciertos usos o prácticas sociales. Esta corriente en su versión extrema, sostiene que el Derecho es lo que los jueces hacen, y la misión de la ciencia es predecir la conducta de los jueces.

Para la *egología*, en cambio, la conducta humana no puede asimilarse a un puro hecho (como sostienen el resto de los Positivistas). La *comprensión* es el método propio de las ciencias socioculturales y, entre ellas, el de la ciencia jurídica. Para su máximo exponente Carlos Cossio, el Derecho no son las normas jurídicas sino la conducta humana, y ésta última es concebida como libertad metafísica.

1.5. El Common Law

A principios del siglo XIX, la sanción de los códigos y la tarea de la ciencia jurídica se limitaba al comentario de los mismos, especialmente en Francia. Detrás de los códigos, se encontraba la voluntad del legislador. En Alemania, se recepcionó el Derecho Romano, así también, el Derecho derivaba de una autoridad estatal y se encontraba plasmado en leyes. En Inglaterra, en cambio, no existía un derecho determinado, -sea codificado como en Francia o recopilado en leyes como en

Alemania- que permitiera derivar de él todo un sistema de leyes, aceptándolo dogmáticamente y concretando así en dichas leyes la dirección iuspositivista impresa a la ciencia por el siglo XIX.

El derecho inglés surgía de toda su historia, vivía en el “espíritu del pueblo” con formas e instituciones propias, primero en las costumbres y luego en los estrados de los tribunales, independientemente de toda legislación estatal. El common law no deriva de acto estatal, cual es la legislación; no existe para ese Derecho un acto formal de producción centralizada por un órgano determinado. Los jueces deben extraer el fundamento de sus sentencias de otras sentencias pronunciadas en casos similares por otros jueces y, en última instancia, de los antecedentes más remotos. El common law rige desde tiempo inmemorial – se confunde en sus orígenes con la costumbre- y es declarado por los jueces en cada caso concreto, con el que a la vez se va a enriquecer ese acervo jurídico indefinido. Incluso cuando se dicta una ley sobre determinada materia no se considera que desplaza al common law sino, más bien, que lo integra. Por otra parte, en el derecho anglosajón las leyes cobran su alcance efectivo cuando los jueces lo definen en sus casos y en la medida en que lo hacen. El derecho consuetudinario judicial, sigue, así, teniendo una importancia mayor que la del legislador. Así emergente de los casos concretos, con la plenitud emocional valorativa que se encuentra en ellos, sin cristalizar en normas abstractas, sin derivar formalmente del Estado ni de autoridad constituida determinada, remitido en su fundamento a un pasado inmemorial en cuyo trasfondo alentaba la encarnación viva de los grandes principios del Derecho Natural, la positividad del Derecho inglés asumió características muy peculiares y no podía reducirse a la aceptación dogmática de ciertas leyes o autoridad. La dirección positivista de la ciencia jurídica, el iuspositivismo con el que se instaura en el siglo XIX la ciencia jurídica, no podía, en consecuencia, adoptar en Inglaterra los caracteres de estatal y legalista que presentaba en Francia.¹²

¹² Aftalión, E. *Introducción al Derecho* – pág. 234.

I.6. Fuentes del Derecho

Al hablarse de “fuentes” del Derecho se parte, desde el comienzo, de una expresión equívoca: “fuente” es a la vez origen, causa o nacimiento, y también manifestación o exteriorización de algo preexistente.

La palabra “fuente” indica el manantial de donde surge o brota el agua de la tierra. En la ciencia jurídica, se designa con esta voz, a los medios de donde se origina el derecho, aunque también algunos autores prefieren referir a los “medios de expresión del derecho”.

Coincidiendo con Aftalión, quien expresa que la correcta investigación del tema debe hacerse presentando un acto mediante el cual se trata de determinar el sentido jurídico de la conducta, por ejemplo una sentencia judicial, un dictamen del fiscal, un escrito de los litigantes, etc., y destacar en él qué es lo que, en última instancia, se invoca como derecho aplicable. En otros términos, el tema de las “fuentes” del Derecho es el de la determinación de normas generales (como determinarlas, cómo fundamentar esa determinación, a dónde nos dirigimos para encontrarlas), para fundamentar en ellas los fallos o, en general, para asignarles sentido jurídico a los casos individuales.¹³

Se tienen por fuentes del derecho, las siguientes: la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la costumbre.

I.6.1. La Ley

La palabra “ley” tuvo originariamente un sentido preciso en el Derecho Romano. La vida del pueblo romano estaba regida en sus primeros tiempos por la costumbre, las *mores maiorum*, que venían de tiempo inmemorial. Más tarde surgió, tímidamente primero, pero notoriamente ya a partir de la Ley de las XII Tablas (304 A.C.), la Ley. El pueblo, reunido en los *comicios* votaba afirmativa o negativamente la propuesta de un senador romano y se obtenía así una ley válida para todo el pueblo.

¹³ Aftalión, E. *Introducción al Derecho* – pág. 557.

Las leyes jurídicas, también denominadas reglas o normas de conducta, no expresan como las Leyes Naturales (según Montesquieu, son las relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas) algo que *necesariamente es o será*, ni expresan como las Leyes Sociales (los hombres se comportan en forma llamativamente semejante ante condiciones idénticas y , si bien esta semejanza de comportamiento no puede dar a una certeza absoluta, sí puede darle referida a un número elevado de casos) algo que *probablemente es o será*. No dicen, en suma, que algo es (o será), sino que *debe ser*. El “ligamen” al que alude la ley no se encuentra aquí en el plano del ser, sino en el plano del deber. Es notorio que sólo la conducta humana en su libertad puede ser objeto de normación y que no tiene sentido predicar un deber ser de los fenómenos de la naturaleza (como si dijésemos, por ej: dado el otoño debe ser la caída de las hojas). Así, existen leyes morales, religiosas, jurídicas, técnicas, etc; interesándonos solamente las jurídicas. Definidas por algunos autores, como, *la regla general que rige un número indeterminado de hechos, expresando las relaciones en que dichos hechos se encuentran*.¹⁴

Las leyes, son las reglas generales, abstractas y obligatorias emanadas de la autoridad pública autorizada al efecto (Poder Legislativo y Poder Ejecutivo en nuestro caso), que rigen la conducta de las personas.

I.6.1.1. Caracteres

Socialidad: se dicta para el hombre en cuanto miembro de la sociedad, y se dirige a gobernar las relaciones interindividuales.

Obligatoriedad: supone una voluntad superior que manda y una inferior que obedece (artículo 1º del Código Civil).

Origen Público: la ley debe emanar de una autoridad pública en la línea de la soberanía política, diferenciándose de las reglas impuestas por poderes privados, tales como la patria potestad.

Coactividad: no se deja al arbitrio de las personas su cumplimiento, sino que dependiendo del tipo de ley cuyo mandato no se cumpla, deviene una sanción.

¹⁴ Aftalión, E. ob cit. – pág. 586.

Así, las sanciones de la ley puede ser resarcitorias o represivas: las primeras procuran un restablecimiento de la situación precedente a la infracción, ej: resarcimiento de daños y perjuicios; las segundas, se inspiran en el castigo corrector del infractor.

Normatividad: pues abarca un número indeterminado de hechos y rige a quienquiera quede comprendido en el ámbito de su aplicación, lo cual distingue a la ley de otras expresiones del poder público, tales como los actos administrativos.

General y Abstracta: ya que por lo general no se dirige a una persona determinada, tampoco es necesario que rija para todos los habitantes, pero sí que su aplicabilidad a los sujetos contemplados sea indefinida.

Hay autores que entienden que es importante diferenciar entre ley en sentido material y ley en sentido formal. La primera es la norma escrita, sancionada por la autoridad pública competente, tales como: Constitución Nacional y constituciones provinciales; leyes dictadas por el Congreso Nacional y por las legislaturas provinciales; los Decretos del Poder Ejecutivo Nacional y Provincial; Ordenanzas Municipales; Edictos de Policía. En tanto, que la ley en sentido formal, el acto emanado del Poder Legislativo que en el orden nacional se elabora a través de lo dispuesto por la Constitución Nacional. En el orden provincial las leyes, en sentido formal son dictadas por las legislaturas de cada provincia.

Actualmente la ley constituye la fuente de derecho más importante, situación distinta a la ocurrida en tiempos primitivos, en que la ley cedía en importancia a la costumbre.

Nuestro ordenamiento jurídico tiene una complejidad enorme en cuanto a “convivencia” de normas, ya que por el sistema federal adoptado por nuestra Constitución Nacional, conviven ordenamientos jurídicos yuxtapuestos. Así la cima de las jerarquías de las leyes se encuentra la Constitución Nacional, que es la ley fundamental del Estado que organiza la forma de gobierno y las atribuciones y deberes de los gobernantes así como también las garantías que deben respetarse a los ciudadanos. Ninguna norma dictada en el país puede contradecir a la Constitución Nacional (art. 5° Constitución Nacional). Luego, como se dijo, existen leyes y decretos nacionales; Constitución, leyes, decretos provinciales; y ordenanzas de tipo municipal.

Tal como se dijo, las leyes son obligatorias para todas las personas que habitan o transitan el territorio argentino, ello en un todo de acuerdo con el artículo 1º del Código Civil: “Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, domiciliados o transeúntes”.

La entrada en vigencia de las leyes está determinada por el artículo 2º del mismo código: “Las leyes no son obligatorias sino después de su publicación, y desde el día que determinen. Si no designan tiempo, serán obligatorias después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial”.

1.6.2. La Costumbre Jurídica

La Costumbre, es por definición, la *conducta repetida*.

La costumbre jurídica es la forma espontánea de expresión del derecho, en tanto que la ley es la forma reflexiva y consciente. Históricamente la costumbre ha precedido a la ley en la organización jurídica de los pueblos: las sociedades primitivas se rigen por la costumbre y no conocen la ley escrito. Solo cuando las relaciones sociales adquieren cierta complejidad aparece la necesidad de fijar la norma jurídica en un texto escrito.¹⁵

De ahí que es de vital importancia diferenciar la *costumbre jurídica* de los *usos sociales, reglas de cortesía*, etc., que denominaremos a secas. Tales son, el saludo, la vestimenta especial para determinados eventos, etc., estos, a los cuales las personas a veces nos creemos “obligados” a realizar no constituyen costumbre jurídica, puesto que no definen derechos y deberes correlativos. Tanto en la *costumbre jurídica* como en la *simple costumbre*, existe una conducta repetida, pero se diferencian en que en la primera existe una conciencia de obligatoriedad (jurídica), y en la simple costumbre, lo que parecía obligatorio no lo es en sentido jurídico, sino que es algo meramente facultativo (ej: nadie será penado por la ley por no saludar, o por concurrir a un evento social con vestimenta inadecuadas, etc.).

¹⁵ Llambías, J. *Derecho Civil*. (Parte General). Tº I, nº 64 – pág. 68

Para Ruggiero, “La costumbre consiste en la observancia constante y uniforme de un cierto comportamiento por los miembros de una comunidad social, con la convicción de que responde a una necesidad jurídica”.

Conforman a la costumbre dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo.

- *Elemento Objetivo:* está constituido por la serie de actos semejantes uniformes y constantemente repetidos.
- *Elemento Subjetivo:* radica en la convicción de que la observancia de la práctica responde a una necesidad jurídica. Este elemento psicológico, es lo que diferencia a la costumbre jurídica de la mera costumbre, tales como el saludo, u otros actos de buenos modales.

El Código Civil se ha ocupado del tema, en su artículo 17: “*Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente*”. Esta norma, en forma sintética expresa que la costumbre no puede derogar la vigencia de una ley, pero que una ley puede perfectamente derogar una situación amparada por la costumbre.

Prueba de la Costumbre: Se ha discutido si la costumbre debe ser o no probada por la parte que la alega. Se aduce a favor de la exigencia de la prueba, que se trata de hechos y que, como tales, deben probarse. Por nuestra parte, pensamos que tal punto de vista es erróneo. La costumbre importa una norma jurídica y por consiguiente el juez puede y debe aplicarla, si tiene conocimiento de ella, sin necesidad de prueba alguna. Pero ocurre con frecuencia que aquél no conoce personalmente la costumbre; en ese caso, es natural que debe exigir la prueba. Así lo han resuelto numerosos tribunales. De lo dicho se desprende que esa prueba puede ser ordenada de oficio por el juez. En cuanto a los medios de prueba, debe aceptarse cualquiera que, a criterio del magistrado, ofrezca la seriedad necesaria.¹⁶

De acuerdo con lo que hemos visto, el juzgador o intérprete reconoce a la costumbre como fuente cuando, para alcanzar la objetividad de su sentencia o conocimiento, muestra la conducta individual que le es sometida como un nuevo caso de ese núcleo ideal y genérico que se encuentra en esa repetición de conducta que es la costumbre. La costumbre es fuente toda vez que en ella encuentra el

¹⁶ Borda, G. *Manual de Derecho Civil*. (Parte General) – pág. 46

intérprete lo que necesita para afirmar la objetividad de su interpretación del caso: la existencia de un sentido genérico coincidente aceptado colectivamente por la comunidad.

I.6.3. Jurisprudencia

La palabra jurisprudencia se emplea en dos acepciones: la primera es equivalente a ciencia o conocimiento del derecho; la segunda, que hoy puede considerarse prevalente (y la que nos referiremos) al sentido concordante de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales del Estado. Por ello, debe buscarse en las decisiones de los órganos jurisdiccionales del Estado, y se manifiesta *como una repetición, como una forma habitual o uniforme de pronunciarse, forma que denota influencia de unos fallos sobre otros.*

Es la fuente del derecho que resulta de la fuerza de convicción que emana de las decisiones judiciales concordantes sobre un mismo tema. Debe considerarse, que cada fallo debe tener un asidero jurídico sobre el conflicto que resuelve, y dicho asidero jurídico está constituido por una doctrina que será luego influyente en casos similares.

En todos los países se advierte la tendencia de los tribunales de justicia a seguir los precedentes, y de ahí que luego de haberse dictado una serie de fallos coincidentes sobre una misma cuestión jurídica, brota de ese hecho una gran fuerza de convicción para lo futuro.

En nuestro país nadie puede discutir el peso cada vez más importante que tiene la jurisprudencia como fuente del derecho, y ese peso es mayor cuanto más prestigioso es el Juez o la Cámara que lo emite, no obstante que cualquier otro Juez o Cámara pueda fallar en un caso idéntico de forma distinta.

Sin perjuicio de lo apuntado en el párrafo que antecede, existen en el ámbito nacional los llamados fallos plenarios, estos son las sentencias que dictan las Cámaras Nacionales de Apelaciones, que están integradas por Salas, cuando se reúnen en pleno, ya por propia iniciativa, ya para sustanciar algún recurso de inaplicabilidad articulado respecto de la sentencia dictada por una Sala del Tribunal. Los disidentes, como antes se ha dicho, puede dejar a salvo su opinión, pero deben ajustar las ulteriores decisiones a la doctrina del fallo plenario.

Por esto, la sentencia plenaria resulta obligatoria para lo futuro en cuanto a la doctrina legal que ella ha definido. De ahí que constituya una verdadera fuente formal de derecho de la que emana una norma jurídica válida para todas las situaciones posteriores.

I.6.4. La Doctrina

Observa Planiol, que la doctrina juega en la ciencia del derecho el mismo papel que la opinión pública en la política, el que es muy considerable, pues orienta la interpretación que cuadra efectuar del derecho y prepara, por su labor crítica y por el valor de la enseñanza, muchos cambios en la legislación y en la jurisprudencia.

Respecto del derecho positivo vigente, la doctrina es un elemento capital de su conocimiento, porque la jurisprudencia que hace vivir el derecho, suele tomar los principios de sus decisiones de la cantera inagotable que le proporciona la doctrina de los autores.¹⁷

En nuestro tiempo la doctrina de los autores no constituye una fuente formal del derecho, porque ella no impera en virtud de una autoridad que se imponga al intérprete independientemente del asentimiento intelectual de éste. La doctrina vale como expresión o traducción del derecho por la fuerza de convicción que ella es capaz de transmitir. Coincidimos con Géný en que la doctrina, es más una fuente científica del derecho, ya que es innegable por el sistemático conocimiento del ordenamiento jurídico que ella proporciona, al mostrar al intérprete todas las posibilidades del derecho positivo. Por lo demás, de ordinario, las cuestiones dudosas o controversias se deciden por la postura que frente a ellas asume la doctrina.

Como antes se dijo, la doctrina es invocada por los jueces para fundar en ella no solo sus sentencias sino cualquier resolución que emitan (autos, decretos, etc.). No obstante ello, debe admitirse que la doctrina carece de la obligatoriedad propia de la ley y de la costumbre y en la que participa también, en cierta medida, la jurisprudencia. En aquellas fuentes, el sentido general que goza de acatamiento comunitario está directamente dado en la comunidad (costumbre) o en sus órganos

¹⁷ Llambías, J. *Derecho Civil*. (Parte General), Tº I, nº 80 – pág. 88

(ley y jurisprudencia), a los que respalda el apoyo comunitario. En cambio, los doctrinarios no puede invocar el carácter de portavoces oficiales de la comunidad. El juez suele acudir voluntariamente a la doctrina para encontrar el sentido objetivo del caso y señala en ella la intersubjetividad necesaria, pero no se encuentra constreñido a ellos por la comunidad ni directa ni indirectamente.¹⁸

Finalmente debemos decir, que la mayor influencia de esta fuente del derecho, estará directamente relacionado con el prestigio jurídico del doctrinario, a mayor prestigio de éste, mayor será la influencia de las opiniones que emita.

¹⁸ Aftalión, E. *Introducción al Derecho* – pág. 679.

CAPÍTULO II

PERSONAS

CAPITULO II

PERSONAS

II.1. Concepto y tipologías

Nuestro derecho tiene por persona a todo ente dotado de aptitud suficiente para adquirir derechos y contraer obligaciones. El Código Civil, en su artículo 30 expresa: *“Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones”*.

Algunos autores han criticado este concepto, puesto que es sobreabundante decir que son susceptibles de contraer obligaciones, pues se tiene a éstas como una especie del género de los derechos.

Para nuestro ordenamiento existen dos tipos de personas, especificado en el artículo 31 del Código Civil: *“Las personas son de una existencia ideal o de una existencia visible...”*.

Personas de existencia visible: Las define el artículo 51 del Código Civil, de la siguiente forma: *“Todos los entes que presenten signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible”*. El exagerado concepto transcrito seguramente surgió, a partir de englobar a todos los “hombres” en sentido genérico, en contraposición a la supuesta existencia de monstruos o seres deformes. Lo cierto es que todo hombre es reconocido como “persona”, a tenor de lo prescrito por los artículos 31 y 51 del Código Civil. Esto a su vez, concuerda con el principio constitucional que garantiza

la igualdad de todos los habitantes de la nación ante la Ley (art. 16 Constitución Nacional)

Pero esta igualdad de los hombres en cuanto “personas” no exige un tratamiento igualitario de todos en cuanto a su capacidad. Un tratamiento diferencial de la “capacidad” de cada cual en función de las mil circunstancias en que el hombre puede encontrarse es beneficioso para la mejor obtención del bien común. Así, pues, es perfectamente compatible el reconocimiento de la personalidad de todos los hombres, con la múltiple diversidad de la capacidad de cada cual, siempre que la restricción de que se trate, no comporte un desconocimiento de cierto grado de aptitud que no podría negar la ley sin incurrir en arbitrariedad odiosa, y dejar por tanto de ser derecho.²⁰

Personas de Existencia Ideal: Están definidas sin demasiada precisión por el artículo 32 del Código Civil, al decir: *“Todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones, que no sean personas de existencia visible, son personas de existencia ideal, o personas jurídicas”*.

Dada la naturaleza social del hombre, y que el mismo se agrupa con distintos fines, lucrativos o no, el codificador le ha reconocido a tales agrupaciones el carácter de personas, con el fin de que puedan adquirir derechos y contraer obligaciones, en síntesis les ha reconocido existencia.

II.1.1. Personas de Existencia Visible

El comienzo de la personalidad en las personas de existencia visible comienza con la concepción en el seno materno. En tal sentido, desde que el óvulo es fecundado en el seno materno, estamos en presencia de una persona. Así, el artículo 63 del Código Civil reconoce a éstas diciendo: *“Son personas por nacer las que, no habiendo nacido, están concebidas en el seno materno”*. En tanto que el artículo 70 del mismo cuerpo legal, determina el comienzo de la existencia de ellas, expresando: *“Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas...”*. El preciso momento en que comienza la existencia cobra importancia vital, ya que los óvulos fecundados fuera del seno materno, no son consideradas

²⁰ Lambías, J., ob. cit. t I, p .250

personas para nuestra ley, puesto que en ambos artículos hace clara referencia a que los mismos deben estar concebidos en el seno materno.

Por otra parte, este criterio ha sido tenido en cuenta en el Derecho Penal argentino, puesto que su artículo 85 castiga el aborto. Es decir se considera delito, por el hecho que hay vida a partir del momento en que la concepción se produce.

Es necesario seguir analizando del artículo 70 del Código Civil, puesto que en su segunda parte determina: *“...y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre”*. Es decir, que todo ser concebido en el seno materno de su madre, puede adquirir derechos, no obstante lo cual, la “adquisición” tendrá el carácter de definitivo si el mismo nace con vida, aunque fuere por unos instantes. Esto no es otra cosa que estar supeditada la adquisición del derecho, a una condición.

La otra posibilidad es que el concebido en el seno materno no llegara a nacer con vida. Situación que ha sido contemplada en el artículo 74 del Código Civil, que expresa que dicho ser nunca existió. La norma expresa: *“Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubieran existido”*.

Cabe aclarar que las personas por nacer pueden adquirir bienes mediante donación, herencia, legados, por cargo impuesto a un tercero, alimentos; como así también ser titular de acciones de Estado, daños y perjuicios por actos ilícitos cometidos contra sus parientes o contra ellos, etc.

II.1.1.1. Concepción y Embarazo

La concepción es un hecho biológico, por el cual se forma un nuevo ser en el seno materno. Es decir, determina el momento inicial de la vida humana y jurídicamente importa el reconocimiento de la personalidad jurídica del nuevo ser. Para determinar la época en que fue concebida una persona, el Código Civil ha seguido un criterio práctico basado en la posible duración máxima y mínima del embarazo de la mujer. Para ello, se tiene en principio como cierto que no hay embarazo que pueda durar más de 300 días (10 meses) ni menos de 180 días (6

meses). En tal sentido, queda un periodo de 120 días durante el cual se presume que ha ocurrido la concepción de la persona.

La Ley 23.264 hizo un cambio sustancial al artículo 77 del Código Civil, ya que admite la prueba en contrario a la presunción antes indicada, situación esta que antes se encontraba vedada. Es decir, a partir de dicha ley, se puede probar que ha ocurrido la concepción fuera de los periodos estipulados por la ley, esto es, se presume *iuris tantum* que la concepción del nuevo ser se produjo entre los 180 y los 300 días de nacido. A los fines de mayor claridad, se transcribe el texto de la ley:

Artículo 76 “La época de la concepción de los que naciesen vivos, queda fijada en todo el espacio de tiempo comprendido entre el máximo y mínimo de la duración del embarazo”.

Artículo 77 “El máximo del tiempo del embarazo se presume que es de 300 días y el mínimo de 180 días, excluyendo el día de nacimiento. Esta presunción admite prueba en contrario”.

La importancia de fijar este periodo, radica en que los derechos adquiridos por la persona por nacer se tendrán por no adquiridos, si se determina que en función de la época de concepción en el seno materno no podría haberse operado la transmisión por no existir la persona; al igual que es importante determinar la época de la concepción para determinar el estado de familia de la persona nacida.

En síntesis, puesto que la persona está jurídicamente protegida desde el nacimiento de su concepción, hay un interés en determinar la efectividad del embarazo. Pero no sólo está de por medio el interés de la persona por nacer y la necesidad de amparar su vida y sus derechos, sino que eventualmente, pueden existir otras personas cuyos derechos patrimoniales dependan del nacimiento.²¹

II.1.1.2. El Nacimiento

Tal como dijimos anteriormente, el nacimiento de la persona reviste especial importancia jurídica, por el hecho que los derechos quedarán irrevocablemente adquiridos por la persona en dicho instante. En contraposición a

²¹ Borda, G. ob. cit. , p. 143

ello, el “nacimiento” sin vida del concebido aniquila retroactivamente la personalidad de este y por consecuencia desvanece los derechos que se hubieran constituido en su cabeza. Tal es lo expresado por el artículo 74 del Código Civil: *“Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubieran existido”*.

Entonces es importante determinar el momento del nacimiento, puesto que si bien la existencia comienza con la concepción, es a partir de este momento cuando quedan irrevocablemente adquiridos los derechos. La mayor influencia que tiene el nacimiento es sobre las relaciones jurídicas pendientes, pues el nacimiento sin vida del concebido aniquila retroactivamente la personalidad de éste y por consiguiente desvanece los derechos que se hubieran constituido en su cabeza.

Desde un punto de vista jurídico, el nacimiento se produce cuando el concebido ha sido expedito del vientre materno, y quede separado de la madre. Explica el Dr. Llambías, que hasta entonces el concebido, tiene su propio torrente sanguíneo pero no oxigena la sangre por sus pulmones ni se nutre por su aparato digestivo, sino que saliendo su sangre por el cordón umbilical regresa por el mismo lugar luego de haberse oxigenado y nutrido por ósmosis a través de la placenta de la madre sin interferir en el torrente sanguíneo de ella. Cuando al tiempo del parto se corta el cordón umbilical, queda completado el acto del nacimiento y separado el nacido de su madre. Con ello la circulación sanguínea de la criatura requiere la oxigenación por la vía pulmonar y las cavidades antes virtuales de los pulmones del niño se abren para dar paso al aire que habrá de oxigenar la sangre, entonces la criatura exhala su primer vagido que hace conocer a los demás que el nacimiento se ha completado con felicidad. La ley no distingue según que el nacimiento haya sido espontáneo o logrado mediante operación quirúrgica. Así lo explica el artículo 71 del Código Civil al decir: *“Naciendo con vida no habrá distinción entre el nacimiento espontáneo y el que se obtuviese por operación quirúrgica”*.

Si alguna duda cabe acerca de si el nacimiento tuvo lugar con o sin vida, la ley presume que lo ha sido con vida, salvo prueba en contrario. Tal lo determina el artículo 75 del Código Civil: *“En caso de duda de si hubieran nacido o no con vida, se presume que nacieron vivos, incumbiendo la prueba al que alegare lo contrario”*. Opina Orgaz, que la presunción de que la persona nació con vida reside en el respeto de la personalidad humana, pues la duda sobre el nacimiento con vida debe bastar

para que se incline a su favor dicha presunción a fin de impedir que en algún caso la personalidad humana deje de ser reconocida.

II.1.1.3. Atributos Inherentes a la Persona

Se denominan atributos inherentes a la persona, al conjunto de cualidades intrínsecas que ostentan las personas por el solo hecho de revestir dicho carácter, y que en su conjunto las individualiza y distingue de las demás.

El carácter de inherentes responde, a que no puede concebirse una persona que carezca de dichos atributos como así también que existan dichos atributos sin estar constituidos en cabeza de alguna persona.

Todos los atributos reúnen las siguientes *características*:

Necesidad: Conforme ya se dijo, no podemos concebir que exista una persona que carezca de los mismos.

Unidad: No se puede tener más de un atributo de la misma especie al mismo tiempo.

Inalienabilidad: No pueden ser transferido de una persona a otra por acto alguno, están fuera del comercio.

Imprescriptibilidad: Pues no se adquieren ni se extinguen por el mero transcurso del tiempo.

Innatos: Se adquieren con el nacimiento.

Vitalicios: Ya que duran tanto como la vida del titular.

Absolutos: En el sentido de que se pueden oponer *erga omnes*.

Son atributos inherentes a las personas

- El nombre
- La capacidad
- El domicilio
- El patrimonio
- El estado

Desde ya que éste último, sólo puede ser ostentado por las personas físicas.

II.1.1.3.1. El Nombre

El nombre es el modo más antiguo de designación e identificación de una persona dentro de la sociedad en que vive. En las sociedades primitivas y poco numerosas, el nombre era individual, pero ello resultó insuficiente en los países densamente poblados. En Roma, al nombre individual, se le agregó el nombre de la familia o *gens*, que era el *nomen* propiamente dicho; y finalmente, en los últimos tiempos de la República, comenzó a usarse un tercer nombre, el *cognomen*, que era al principio algo así como un sobrenombre individual, pero luego se transmitía de padres a hijos, para distinguir las diferentes ramas de una misma *gens*.

A la caída del Imperio Romano, los pueblos bárbaros continuaron con su costumbre primitiva de usar un solo nombre individual. Pero a medida que los pueblos y ciudades se poblaban más densamente, se fue haciendo necesario agregar al nombre de pila, un sobrenombre que permitiera distinguirlo de otros homónimos. Lo más frecuente era agregar al nombre de pila “*hijo de*”; por ejemplo: Carlos hijo de Fernando; más tarde la expresión “*hijo de*” fue reemplazada por el sobrenombre “*ez*”: Fernández, González, significaban hijo de Fernando, hijo de Gonzalo. Otras veces, el sobrenombre se tomaba del oficio como Herrero, Escribano o Tejedor. También se utilizó una característica o un defecto físico como Calvo, Rojo o Blanco. Otra forma utilizada fue la practicada por los señores feudales que tomaban para sí el nombre de sus tierras, anteponiendo la partícula “*de*”. Con el transcurso del tiempo, estos sobrenombres o apodosos se fueron haciendo hereditarios y se transformaron en lo que hoy se llama apellido¹⁹.

El nombre, es la designación exclusiva que corresponde a cada persona. Cumple con la función de identificar a cada una de ellas en relación a las demás. En este sentido se ha definido al nombre de pila, como el elemento individual del nombre que sirve para distinguir a la persona dentro de su familia. A su vez, dado que admite una forma masculina y otra femenina, sirve para caracterizar el sexo de la persona.

¹⁹ Borda, G. ob.cit., p. 188

Este atributo presenta los siguientes caracteres:

- ***Es necesario***, pues toda persona debe tener un nombre.
- ***Es único***, ya que nadie puede tener más de uno.
- ***Es inalienable***, por estar fuera del comercio.
- ***Es inembargable***, ya que al estar fuera del comercio, no puede ser susceptible de ser embargado.
- ***Es imprescriptible***, en cuanto no puede adquirirse ni perderse por el mero transcurso del tiempo.
- ***Es inmutable***, porque salvo casos excepcionales (mediante resolución judicial) no puede ser cambiado.
- ***Es indivisible***, puesto que una persona tiene el derecho y deber de llevar un mismo nombre frente a todos.

II.1.1.3.1.1. Reglas para la Elección

La Ley 18.248, en su artículo 3º solamente se limita a establecer pautas a las que deben ajustarse los nombres de las personas, así dispone: *“El derecho de elegir el nombre de pila se ejercerá libremente, con la salvedad de que no podrán inscribirse:*

- Los nombres que sean extravagantes, ridículos, contrarios a nuestras costumbres, que expresen o signifiquen tendencias políticas o ideológicas, o que susciten equívocos respecto del sexo de la persona a quien se impone
- Los nombres extranjeros, salvo los castellanizados por el uso o cuando se tratare de los nombres de los padres del inscripto, si fuesen de fácil pronunciación y no tuvieran traducción en el idioma nacional. Quedan exceptuado de esta prohibición el nombre que se quisiera imponer a los hijos de los funcionarios o empleados extranjeros de las representaciones diplomáticas o consulados acreditados antes nuestro país, y de los miembros de misiones públicas o privadas que tengan residencia transitoria en el territorio de la República.

- Los apellidos como nombre.
- Primeros nombres idénticos a los hermanos vivos.
- Más de tres nombres

Las resoluciones denegatorias del Registro de Estado Civil serán recurribles ante el Tribunal de Apelaciones en lo Civil dentro de los quince días de notificadas”.

II.1.1.3.1.2. Cambio de Nombre

Uno de los caracteres que posee el nombre es el de la inmutabilidad, motivo por el cual no puede ser cambiado. Ahora bien, también dijimos al explicar este carácter, que el mismo no era absoluto y que en casos excepcionales podía ser cambiado. A fin de que esto pueda llevarse a cabo, deben reunirse los siguientes requisitos:

- Que concurra una causa grave que justifique el cambio.
- Que se de intervención a la autoridad competente para apreciar la procedencia del cambio.
- Que autorizado el cambio se efectúe la publicidad del mismo, para ahorrar perjuicios a terceros.

II.1.1.3.1.3. El Apellido

Es la designación común a todos los miembros de una misma familia. Conjuntamente con el nombre de pila identifican al individuo.

Artículo 4° de la Ley 18248, dispone: “Los hijos matrimoniales llevarán el primer apellido del padre. A pedido de los progenitores podrá inscribirse el apellido compuesto del padre o agregarse el de la madre. Si el interesado deseara llevar el apellido compuesto del padre o el materno, podrá solicitarlo ante el Registro de Estado Civil desde los dieciocho años. Una vez adicionado, el apellido no podrá suprimirse”.

En caso de que el hijo sea extramatrimonial y hubiera sido reconocido por uno solo de los progenitores, el mismo adquiere su apellido, quedando facultado para solicitar el apellido del padre, si éste lo reconociera posteriormente. Esto ha sido regulado en el artículo 5º de la Ley 18248, que reza: “*El hijo extramatrimonial reconocido por uno solo de sus progenitores adquiere su apellido.*”

Si es reconocido por ambos, sea simultánea o sucesivamente, adquiere el apellido del padre. Podrá agregarse el de la madre, en la forma dispuesta en el artículo anterior. Sin embargo, si el reconocimiento del padre fuese posterior al de la madre, podrá, con autorización judicial, mantenerse el apellido materno cuando el hijo fuese públicamente conocido por éste. El hijo estará facultado también, con autorización judicial, para hacer la opción dentro de los 2 años de haber cumplido los 18 años, de su emancipación o del reconocimiento paterno, si fuese posterior.

Si la madre fuese viuda, el hijo llevará su apellido de soltera”.

Para el caso de hijos adoptivos, los mismos llevan el apellido del adoptante, pudiendo, a pedido de éste, agregarse el de origen (artículo 11 Ley 18.248).

II.1.1.3.2. Domicilio

Salvat ha definido al domicilio como el asiento jurídico de la persona, por su parte Orgaz afirma que es “la sede legal de la persona” o “el centro territorial de las relaciones jurídicas de una persona o bien el lugar en que la ley sitúa a una persona o bien el lugar en que la ley sitúa a una persona para la generalidad de sus relaciones de derecho”.

La noción de domicilio es necesaria para la organización social y todas las relaciones jurídicas que de ella se desprendan, tanto para el Estado como para el resto de las personas particulares. Así, si se hace necesario conocer el domicilio de las personas para que la misma pueda ser ubicada, a fin de ser notificada y pueda ejercer sus derechos.

Para ello debemos no confundir los siguientes conceptos, adhiriendo a las apreciaciones de Llambías quien advierte acerca de estos conceptos:

El **domicilio** es una noción jurídica que según los casos quedará en un lugar o en otro, ej, el domicilio de un militar en actividad está en el lugar donde está destinado, el domicilio de un militar retirado está en el lugar donde vive con su familia.

La **residencia** es una noción vulgar, que alude al lugar donde habita ordinariamente la persona. Puede o no, según los casos, ser un elemento constitutivo del domicilio, revistiendo ese carácter cuando la ley determina el domicilio (concepto jurídico) de la persona en función de su residencia (concepto material).

La **habitación** es el lugar donde la persona se encuentra accidental o momentáneamente, Ej. dónde pasa una estadía de vacaciones. Comparada la habitación con la residencia, se advierte que ambas nociones son de orden vulgar, no técnico, diferenciándose por lo habitual y por la permanencia que corresponde a la última y de las que carece la primera.

El domicilio presenta los siguientes caracteres:

Legal, en cuanto la ley lo instituye, computando uno u otro elemento material o intencional, según los casos.

Necesario, ya que no puede faltar en toda persona, pues si alguien careciera jurídicamente de domicilio quedarían sin soporte territorial sus derechos y deberes

Único, en cuanto queda eliminada la posibilidad de dos domicilios simultáneos, pues la constitución de un nuevo domicilio extingue los efectos del precedente. Siempre la persona tiene un domicilio general y sólo uno.

II.1.1.3.2.1. Clasificación

Existen dos grandes géneros de domicilios, ellos son: **general** y **especial**. El primero, es el que la ley determina para cualesquiera derechos u obligaciones; en tanto, que el domicilio especial, es el que produce efectos limitados a una o varias relaciones jurídicas determinadas. A su vez, el domicilio general y especial se subdividen en especies diferentes, a saber:

- **El domicilio general** . Se integra con dos especies, que son:
 - El domicilio legal

- El domicilio real.
- **El domicilio especial.** Se integra con varias especies de las cuales las principales son:
 - El domicilio convencional o de elección
 - El domicilio procesal
 - El domicilio conyugal; etc.

La importancia de poder determinar el domicilio de cada una de las personas, radica en los siguientes casos:

- Para determinar la ley aplicable, en lo referente a la capacidad de las personas (artículos 6 y 7 del Código Civil);
- Para fijar la competencia de los jueces o autoridades administrativas, específicamente en la competencia de los jueces para entender con respecto a acciones personales; se determina por el domicilio del demandado.
- Para indicar el lugar donde han de efectuarse válidamente las notificaciones a la persona. Ej. las notificaciones o emplazamientos para estar a derecho, deben ser efectuadas en el domicilio de la persona notificada o emplazada independientemente de que la jurisdicción corresponda a un juez diverso, por la índole del asunto
- Para precisar el lugar de cumplimiento de las obligaciones por parte del deudor, ej. En este caso si no se ha pactado un lugar determinado, o no se trata de un cuerpo cierto y determinado, debe hacerse efectivo en el lugar del domicilio del deudor (art. 747 del Código Civil).

II.1.1.3.2.1.1. Domicilio General

Es el que rige la generalidad de las relaciones jurídicas de una persona. Conforme se explicó, ante nuestra ley se presenta bajo dos especies distintas: el domicilio legal y el domicilio real. Llambías critica esta dualidad, por entender que no se justifica, ya que el domicilio en cuanto atributo de la persona es una calidad de ésta que la ley le atribuye, y por consiguiente es siempre legal y no deja de serlo

cuando la ley lo determina en función de ciertos elementos materiales, como la residencia, librados a la autonomía de la persona.

II.1.1.3.2.1.2. Domicilio Legal

Está conceptualizado por el artículo 90 del Código Civil, que dice: “*El domicilio legal es el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contra, que una persona reside de una manera permanente para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente*”.

La ley asigna a la residencia física de una persona como elemento importante para determinar su domicilio real, pero existen casos en que la persona no puede fijar su efectiva residencia en un determinado lugar. Para estos casos, se consideran otros aspectos diversos a la residencia a fin que sea tenido como domicilio legal.

Los caracteres de éste son:

- *Es forzoso*, en cuanto lo impone la ley independientemente de la voluntad del interesado.
- *Es ficticio o puede serlo*, pues la ley supone una presencia del interesado en ese lugar, que puede no ser real (artículo 90 in fine del Código Civil).
- *Es excepcional y de interpretación restrictiva*, en el sentido de que funciona solamente en las hipótesis previstas por la ley, sin que estas situaciones puedan extenderse por analogía a otros supuestos.
- *Es único*, pues cuando concurren varios hechos constitutivos de domicilio legal hace que sólo uno de esos hechos se tome en cuenta para fijar el domicilio de la persona.

II.1.1.3.2.1.2.1. Caducidad del Domicilio Legal

Así como el domicilio legal se constituye de pleno derecho por la sola gravitación de las circunstancias personales determinantes de esa clase de domicilio –función pública, profesión militar, etc.–, del mismo modo se produce la caducidad del domicilio legal por la cesación del hecho que lo hubiere motivado.

En este sentido, el artículo 91 del Código Civil, expresa: *“La duración del domicilio de derecho depende de la existencia del hecho que lo motiva. Cuando éste, el domicilio se determina por la residencia con intención de permanecer en el lugar que se habite”*.

Explica Llambías, que la disposición contiene una afirmación final excesiva. Porque podría ser que aun cesando el hecho determinante del domicilio legal, con todo el domicilio de la persona no se determinase por su residencia.

II.1.1.3.2.1.3. Domicilio Real

Se encuentra explicado en el artículo 89 del Código Civil, que expresa: *“El domicilio real de las personas es el lugar donde tienen establecido el asiento principal de su residencia y de sus negocios”*. Debe resaltarse que en este concepto no se alude al elemento intencional, que es un ingrediente indispensable, motivo por el cual autorizada doctrina adiciona a este concepto la frase *“con la intención de establecer allí el asiento de su actividad”*.

Existen dos elementos que componen el domicilio real, ellos son: *corpus* y *animus*. El primero de ellos se refiere a la residencia efectiva de la persona en un lugar. Para quienes por razón de sus ocupaciones, hábitos viajeros o cualquier causa, su residencia aparece dividida en varios lugares, se hace necesario determinar cual es el asiento principal de esa persona. Tales casos se encuentran comprendidos en los artículos 93 y 94 del Código Civil, que expresan:

Artículo 93: *“En el caso de habitación alternativa en diferentes lugares el domicilio es el lugar donde se tenga la familia, o el principal establecimiento”*.

Artículo 94: *“Si una persona tiene establecida su familia en un lugar y sus negocios en otro, el primero es el lugar de su domicilio”*.

En tanto que el animus, consiste en la intención de permanecer en el lugar y de constituir allí el centro de los afectos e intereses, aunque tal designio no sea para siempre, bastando que sea por tiempo indefinido. Dicho elemento se encuentra registrado en los siguientes artículos del Código Civil:

Artículo 92: “Para que la habitación cause domicilio, la residencia debe ser habitual y no accidental, aunque no se tenga intención de fijar allí para siempre”.

Artículo 97: “El domicilio puede cambiarse de un lugar a otro. Esta facultad no puede ser coartada ni por contrato, ni por disposición de última voluntad. El cambio de domicilio se verifica instantáneamente por el hecho de la traslación de la residencia de un lugar a otro, con ánimo de permanecer en él y tener allí su principal establecimiento”.

Artículo 99: “El domicilio se conserva por la sola intención de no cambiarlo, o de no adoptar otro”.

De lo antes expuesto, se puede colegir que el domicilio real se constituye cuando se configuran el *corpus* y el *animus*, puesto que no basta la presencia de uno de estos elementos constitutivos. De todas formas, una vez constituido el domicilio real, su mantenimiento se produce con la sola subsistencia de uno de los elementos nombrados; y la extinción procede cuando se constituye un domicilio real nuevo.

Además de tener los caracteres propios del domicilio, posee específicamente los siguientes:

- **Es real**, en cuanto tiene como base la efectiva residencia de la persona en un cierto lugar, por oposición al domicilio legal que puede ser ficticio si se atiende a la presencia de la persona en el mismo.
- **Es voluntario**, ya que su constitución, mantenimiento y extinción dependen de la voluntad de la persona a quien afecta, por oposición al domicilio legal.
- **Es de libre elección**, ya que la ley garantiza la libertad del interesado para elegir su domicilio y trasladarlo al lugar de su conveniencia o sus posibilidades. Esto, en un todo de acuerdo con lo prescripto en el artículo 97 del Código Civil, al decir: “El domicilio puede cambiarse de un lugar a otro. Esta facultad no puede ser coartada ni por contrato, ni por disposición de última voluntad...”.

II.1.1.3.2.1.4. Domicilio Especial

El domicilio especial, es aquel que produce efectos limitados a una o varias relaciones jurídicas determinadas. Por ello, a diferencia del domicilio general el especial, no es necesario, puede ser múltiple y puede cederse, hasta incluso puede perdurar en el tiempo, cual es el caso de que se transmita a los herederos.

Son casos de domicilio especial, los siguientes:

- **Domicilio Procesal:** Es el que constituye todo litigante a fin de ser notificado en de todos los actos procesales susceptible de ello. El Código Procesal Civil de Mendoza, determina que dicho domicilio debe constituirse dentro del radio de las 30 cuadras del Tribunal.
- **Domicilio Matrimonial:** Es el domicilio común de los cónyuges, que rige a fin de determinar la jurisdicción en caso de divorcio o nulidad del matrimonio.
- **Domicilio Comercial:** Es el de los comerciantes, y produce efectos para el cumplimiento de la obligaciones emergentes del ejercicio de dicha profesión.
- **Domicilio Especial:** El artículo 101 del Código Civil expresa: “*Las personas en sus contratos pueden elegir un domicilio especial para la ejecución de las sus obligaciones*”. Es utilizado en la celebración de los contratos, de manera tal que todos los efectos emergentes del contrato para ser válidamente notificados deberán ser efectuados en el domicilio constituido. Solo resta agregar, que por imperio del artículo 102 del mismo cuerpo legal, dicho domicilio implica la extensión de la jurisdicción, al decir: “*La elección de un domicilio implica la extensión de la jurisdicción que no pertenecía sino a los jueces del domicilio real de las personas*”.

II.1.1.3.3. El Estado

Para Savatier, el Estado de una persona, “es el conjunto de las calidades extrapatrimoniales determinantes de su situación individual y familiar”. Nuestro Código Civil al hablar de este se refiere al “estado civil” de una persona. Es decir a

la situación familiar que ocupa una persona física en el seno de su familia. Queda por demás claro que al hablar del “estado de una persona” no podemos hacer otra referencia que no sea a las personas físicas. Entonces, se puede tener el estado de hijo, de padre, de hermano, de soltero, de casado, etc. Dependiendo del estado que ostente una persona, serán los derechos y obligaciones que posea.

Determinar el estado de una persona no es una cuestión meramente teórica, ya que posee una íntima conexión con otras instituciones del derecho, tales como sobre la capacidad de las personas, sobre el nombre, etc. Así cuando una persona cambia su estado civil, adquiriendo por ejemplo el estado de casado se modifica su capacidad, ya que no pueden existir donaciones entre cónyuges (art. 1807, inc. 1 C.C.), ni celebrar entre sí ventas (art. 1358 C.C.), permutas (art. 1490 C.C.), también se hace necesario el asentimiento conyugal para disponer de ciertos bienes a terceros. En orden de cosas, no pueden ser testigos en instrumentos públicos los parientes del oficial público dentro del 4º grado (art. 990 C.C.).

Con relación al nombre, el estado influye en la facultad que le asiste a la mujer casada de agregar a su apellido el de su marido precedido del prefijo “de”, también en casos que un hijo es reconocido por su padre, le asiste la facultad de llevar el mismo apellido de éste.

Por otra parte, también suele hacerse referencia al estado político de las personas, que son los que sirven para determinar entre otros los derechos y obligaciones de un individuo en relación con el Estado, así ostentando el estado de ciudadano nativo o por adopción, se puede hacer uso del derecho a voto.

El estado presenta las siguientes características:

- Es inalienable
- Es imprescriptible
- Es indivisible
- Es recíproco, ya que el estado de una persona corresponde a otro igual respecto de otra.

Implicancias. Respecto de los efectos jurídicos del estado civil, en relación a otras instituciones, tenemos que tener en cuenta lo siguiente:

- Remitimos a lo antes expuesto, sobre la capacidad y la influencia que puede tener el nombre de las personas.

- Genera un derecho subjetivo a favor de las personas por la cual éstas puedan amparar su estado por intermedio de las llamadas “acciones de estado”.
- Da origen al derecho de familia y hereditario.
- En el orden procesal, con figura causal de recusación o excusación de los jueces.
- En lo penal, constituye un eximente, un atenuante o un agravante de las penas.

II.1.1.3.3.1. Posesión de Estado

El estado de familia es el conjunto de derechos y deberes subjetivos familiares explicitados en la ley; como el derecho de alimentos, la vocación hereditaria, etc. Ese estado de familia que goza una persona puede ser observado según los comportamientos sociales e individuales que son habituales al estado que se invoca, unido a las circunstancias particulares de esa misma persona.²⁰

Al decir de Llambías, existe *posesión de estado*, cuando una persona disfruta de determinado estado de familia, con independencia del título sobre el mismo. Además continua diciendo que esta noción ha sido obtenida por analogía con la posesión de las cosas. Pues así como hay posesión cuando alguien detenta como dueño de ella, y por tanto aprovechar los beneficios que rinde según su naturaleza, en el orden de la familia hay posesión de estado cuando alguien ocupa una determinada situación familiar –de hijo, padre, esposo, etc.- y goza de hecho de las ventajas anexas a la misma soportando igualmente los deberes inherentes a esa situación.

Los tribunales argentinos, en general, asignan mayor relevancia para la configuración de la posesión de estado, al trato padre-hijo –*tractus*-, no exigiendo la concurrencia simultánea del nombre, trato y fama. Asimismo, la jurisprudencia

²⁰ Lloveras, N. *Patria Potestad y Filiación* – pág. 111.

mayoritaria deja librado a la apreciación del juez la existencia y valoración de la posesión de estado.²¹

II.1.1.3.3.2. Prueba de la Existencia y del Estado de las Personas

Siendo estos hechos de tanta importancia, ya que implica ni más ni menos demostrar que una persona existe o ha existido, y en su caso el estado que ostenta, la ley ha precisado la forma como deben ser comprobados. Así, a partir del nacimiento de una persona, existen elementos de prueba de cada uno de los actos que inciden en el Estado de las mismas, tales como: filiación, matrimonio, divorcio, adopción, legitimación de hijos, hasta la misma muerte.

Todos los actos mencionados, deben ser registrados ante el Registro Nacional del Estado Civil y Capacidad de las Personas, quien luego emite a través de las partidas, los actos que se hubieran registrados en el mismo. Por el ello, se denominan partidas de Registro Civil, a los asientos consignados en los libros respectivos, y las copias auténticas de los mismos. En este mismo sentido, las partidas parroquiales, son los asientos en los libros que deben llevar las parroquias, conforme a la legislación canónica y las copias de los mismos. Dichos instrumentos, por imperio del artículo 979 inciso 10° del Código Civil ostentan el carácter de “instrumentos públicos”, al decir: “*Son instrumentos públicos respecto de los actos jurídicos... los asientos de los matrimonios en los libros parroquiales, o en los registros municipales, y las copias sacadas de esos libros o registros*”.

Sin prejuicio de los requisitos en particular que cada una de las partidas deben tener, podemos mencionar como contenidos mínimos los siguientes:

- Fecha y datos personales de los comparecientes.
- Inscripción de los hechos que se intentan consignar.
- Si el acto es a instancia de una sentencia, se deberá transcribir la misma, o cualquier otro acto cumplido ante un Oficial Público.
- Notas marginales referenciales que sirven para vincular los diferentes asientos entre sí.

²¹ L.L. 118-745; L.L. 131-1191; L.L. 101-683; L.L. 133-351.

Los artículos 79 a 86 del Código Civil, precisan el modo de comprobar el nacimiento, lugar, sexo, nombre, apellido, paternidad y maternidad; atribuyéndose expreso valor legal a los certificados auténticos extraídos de los asientos de los registros públicos en relación con los nacidos en el país, y a los instrumentos que según la legislación del lugar, resulte idóneo respecto de los extranjeros nacidos en el país de su nacionalidad o en otro país extranjero, con la exigencia de su legalización por los agentes consulares o diplomáticos de la República (arts. 82 y 83 C.C.). La prueba legalmente idónea del nacimiento de una persona, es lo que jurídicamente se denomina “la partida”, porque en relación con ese destino probatorio, tiene la calidad de instrumento público, o sea que da fe *erga omnes* de lo que contiene en ese sentido y, en consecuencia, se presume su autenticidad hasta que se pruebe lo contrario, por la vía adecuada.²²

Completando lo expresado en el párrafo que antecede, dado su carácter de instrumento público, las partidas de estado civil se encuentran sujetas a todas las causas de nulidad y anulabilidad que pueden afectar a dichos instrumentos. Así pueden ser nulas: por ausencia de capacidad en el oficial público otorgante; ausencia de competencia material en el funcionario interviniente y por inobservancia de las formalidades legales prescriptas. En caso de que alguna partida sea emitida con algún error material u omisión, puede ser instada su rectificación por vía administrativa o por vía judicial, siendo en este caso juez competente, el del lugar donde se encuentra el asiento original que pretenda rectificarse o el del domicilio del solicitante (art. 66, parte 2ª de la ley 14.586).

II.1.1.3.3.2.1. Disposiciones Legales sobre la Prueba del Nacimiento

Existen disposiciones legales referentes a distintos supuestos de nacimiento, a saber:

- **Prueba del nacimiento de los nacidos en el país:** Esta se realiza por medio de “*certificados auténticos extraídos de los asientos de los registros públicos*”. (art. 80 C.C.). Es decir, la partida prueba el lugar, día del nacimiento, el sexo, nombre, apellido, paternidad y maternidad del

²² Sala, A.; Trigo Represas, F. ; López Mesa, M. *Código Civil Anotado*. Tº 4-A – pág. 43

nacido; pero no la legitimidad de la filiación, ya que para dicho extremo se requiere la partida de matrimonio de los padres.

- **Prueba del nacimiento ocurrido en alta mar:** Se puede probar “*por copias auténticas de los actos que por ocasión de tales accidentes deben hacer los escribanos de los buques de guerra y el capitán o maestro de los mercantes, en las formas que prescriba la respectiva legislación*” (art. 81 C.C.).
- **Prueba del nacimiento ocurrido en el extranjero:** Para probar un nacimiento producido en país extranjero ha de recurrirse a los instrumentos que según la legislación de ese país sean idóneos para acreditar el hecho. Pero si se trata de una persona a la que corresponda la nacionalidad argentina, no obstante el nacimiento en el extranjero podrá probarse este hecho también por los certificados de los registros consulares.
- **Prueba del nacimiento de hijos de militares:** Según el art. 84 se prueba el nacimiento “*de los hijos de militares en campaña fuera de la República, o empleados en servicio del ejército, por certificados de los respectivos registros, como fuesen determinados en los reglamentos militares*”.

II.1.1.3.3.2.1.1. Prueba Supletoria

Cuando hay imposibilidad de producir la prueba legal de los hechos que confieren un determinado estado civil, es necesario recurrir a un procedimiento judicial a fin de demostrar los hechos alegados. En este procedimiento, la ley permite que las personas se valgan en forma amplia de todo tipo de elementos conducentes a demostrar al juez sobre dichos hechos, esto es lo que se ha denominado prueba supletoria, tales como: partidas parroquiales, pasaporte extranjero, libreta de familia, testigos, y todo tipo de prueba que puedan hacer presumir el estado solicitado por el interesado.

El Código Civil en su artículo 85 dispone: “*no habiendo registros públicos, o por falta de asiento en ellos, o no estando los asientos en la debida forma, puede*

probarse el día del nacimiento, o por lo menos el mes o el año, por otros documentos o por otros medios de prueba”.

Para instar la prueba supletoria en sede judicial, es requisito indispensable acreditar la procedencia de la misma, por encontrarse imposibilitada la persona de probar los hechos que se trata, por algunos de los supuestos previstos en el artículo 85 del Código Civil. Debemos agregar que la mencionada enumeración, es de carácter limitativa. Y comprende los siguientes aspectos:

- **Falta de Registros:** Procede en aquellos casos en que por cualquier circunstancia que fuera (incendio, inundación, terremoto, etc), se ha destruido el material existente en el Registro de Estado de Civil y Capacidad de las Personas.
- **Falta de Asientos:** Se refiere a omisiones producidas al momento de realizar algún asiento en las pertinentes partidas. La omisión puede ser por causa de la persona que realizó la inscripción o del empleado del Registro.
- **Irregularidad en la Partida:** Esta hipótesis procede, en casos de existir alguna causal de nulidad de la partida.

II.1.1.3.3.2.2. Prueba de la Defunción

El artículo 104 del Código Civil dispone: “la muerte de las personas, ocurridas dentro de la República, en alta mar o en país extranjero, se prueba como el nacimiento en iguales casos”.

Solo resta agregar, que son de aplicación todas las reglas oportunamente expuestas para los casos de nacimiento.

II.1.1.3.3.2.2.1. Prueba Supletoria del Fallecimiento

También en este punto debemos remitir a lo oportunamente expuesto respecto al nacimiento de la persona. Para formular la denuncia de una defunción, y poderse labrar el asiento pertinente en los libros del Registro Civil, se requiere

certificado médico de defunción o manifestación de dos testigos de haber visto el cadáver.

II.1.1.3.3.3. Extinción de la Persona

En la antigüedad eran varias las causas de extinción jurídica de las personas, tales como la muerte, la esclavitud y la muerte civil por profesión religiosa o condena perpetua. Actualmente, sólo la muerte pone término a la vida del hombre, hecho éste que altera la totalidad de las relaciones jurídicas constituidas en cabeza del difunto: así como algunas de las relaciones se extinguen (derechos y obligaciones personalísimos); otras en cambio se transmiten a los herederos quienes deberán continuar la persona del causante (art. 3417 C.C.).

II.1.1.3.3.3.1. La Muerte Natural

La muerte natural, es un hecho jurídico que determina la extinción de una persona física, y a partir del cual se producen una serie de efectos jurídicos. El artículo 103 del Código Civil, dispone: *“Termina la existencia de las personas por la muerte natural de ellas. La muerte civil no tendrá lugar en ningún caso, ni por pena, ni por profesión en las comunidades religiosas”*. Cabe aclarar que el Código Civil al referirse a muerte natural, lo hace en un tono genérico ya que no se ha querido excluir cualquier otro tipo de muerte, tal como podría ser la muerte violenta, cuyos efectos para el derecho civil son idénticos a la muerte por causa de enfermedad, vejez, etc.

Entonces, la existencia de las personas físicas se produce con la muerte, que es el hecho que pone fin a su vida, y con ello se alteran las relaciones jurídicas que se hubieran constituido en cabeza de ellas; o con la declaración de fallecimiento por parte del juez. Esto es así, porque algunas relaciones jurídicas se extinguen con la persona que le sirve o servía de soporte, son los llamados derechos u obligaciones inherentes a la persona; otras en cambio, se transmiten a los herederos del fallecido que resultan, por sucesión, investidos del carácter de propietario, acreedor o deudor que correspondía al causante.

Conforme analizaremos luego, uno de los efectos que tiene la muerte de una persona está directamente vinculada con el traspaso de sus bienes a las personas que la sucederán, es decir, sus herederos. Puede ocurrir, que una personas sea heredera de otra, pero al momento de fallecer se desconozca quien lo hizo primero, y por ende quien fue sucesora. Esto ha sido claramente resuelto por el Código Civil en su artículo 109 de la siguiente manera: *“Si dos o más personas hubiesen fallecido en un desastre común o en cualquier otra circunstancia de modo que no se pueda saber cuál de ellas falleció primero, se presume que fallecieron todas al mismo tiempo, sin que se pueda alegar transmisión alguna de derechos entre ellas”*. Por tal motivo, si se ha producido la muerte de dos personas susceptibles de suceder una a otra, y no se puede determinar cual falleció primero (sea en un mismo o en eventos distintos), la ley resuelve que se produjo el fallecimiento de todas al mismo tiempo y por ende no ha existido transmisión alguna de derechos entre ellas.

II.1.1.3.3.1.1. Efectos en relación con los Derechos

La muerte de una persona, es un hecho jurídico, ya que es un acontecimiento susceptible de producir adquisición, modificación, transferencia o extinción de derechos u obligaciones. Conviene analizar por separado, la influencia que ejerce la muerte de una persona sobre sus atributos inherentes a la personalidad, sus derechos patrimoniales y extrapatrimoniales.

II.1.1.3.3.1.2. Efectos en relación con los Atributos Inherentes

De su nombre se desprenden claramente los efectos, es decir, extinguida la persona desaparecen por consiguiente sus atributos inherentes. No se concibe que exista una persona sin atributos inherentes como así tampoco a estos sin que se constituyan en cabeza de alguna persona. En efecto, muerta la persona ya no tiene razón de ser su nombre, domicilio, capacidad, etc.

Por otra parte, la muerte no es obstáculo para que los hijos entablen acciones de filiación contra quienes consideren sus padres (art. 254 C.C.). Así también los herederos del difunto pueden promover o continuar acciones de impugnación de paternidad (art. 258 C.C.), o legitimidad de la filiación (art. 257 C.C.), o de impugnación de paternidad por parte de los herederos (art. 259 C.C.),

etc. Los sucesores universales del difunto pueden continuar todas las acciones de estado iniciadas por el causante, salvo la de divorcio.

II.1.1.3.3.1.3. Efectos en relación con los Derechos Extra-patrimoniales

La muerte produce la desaparición de los derechos extra-patrimoniales.

Así, la muerte disuelve el matrimonio y por consiguiente todo el cúmulo de derechos y deberes derivados de dicha unión. Lo mismo sucede respecto de la patria potestad, de la tutela y la curatela. También cesan con la muerte los derechos de la personalidad, tales como el derecho a la vida, a la salud, al honor, a la libertad, etc.

II.1.1.3.3.1.4. Efectos en relación con los Derechos Patrimoniales

En este caso, la regla es que los derechos patrimoniales no se extinguen con la persona, sino que se transmiten a los sucesores de éste. Esto es lo que da origen a la denominada sucesión por causa de muerte o “mortis causa”.

A ello se refiere expresamente el artículo 3279 del Código Civil, al decir: *“La sucesión es la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta, a la persona que sobrevive, a la cual la ley o el testador llama para recibirla. El llamado a recibir la sucesión se llama heredero en este Código”*.

La excepción a la regla antes mencionada, está compuesta por los denominados “derechos inherentes a la persona”, es decir aquellos derechos y obligaciones que en virtud de haber sido constituidos en cabeza de una persona por alguna especial calidad o cualidad de la misma, no pueden ser transmitidos a otra ya que no tienen razón de ser si no son ejercidas por ella misma. A este respecto el artículo 498 del Código Civil, expone: *“Los derechos no transmisibles a los herederos del acreedor, como las obligaciones no transmisibles a los herederos del deudor, se denominan en este Código: derechos inherentes a la persona, obligaciones inherentes a la persona”*. Como una suerte de efectos, que poseen los derechos y obligaciones inherentes a la persona, el 3417 del Código Civil dice: *“El heredero que ha entrado en la posesión de la herencia, o que sido puesto en ella por*

juez competente, continúa la persona del difunto, y es propietario, acreedor o deudor de todo lo que el difunto era propietario, acreedor o deudor, con excepción de aquellos derechos que no son transmisibles por sucesión...”.

Los derechos inherentes a la persona, pueden revestir ese carácter por voluntad del legislador o de las partes. Ejemplos de los primeros, son: los derechos reales de usufructo, uso y habitación (arts. 2920 y 2969 C.C.); los derechos emanados del mandato (art. 1963, inc. 3º C.C.); los derechos emanados de jubilaciones, pensiones, etc.; el derecho a obtener la reparación del agravio moral a menos que el difunto hubiera ya entablado la acción judicial (art. 1099 C.C.). Los derechos que no pueden pasar a los sucesores por voluntad de las partes o de quienes los han creado, pueden ser los casos de dominio imperfecto (arts. 261, 2662 C.C.), alguna ventaja sujeta a dicha modalidad en contratos de pensión vitalicia, mutuo, comodato, etc.

Desde la óptica de las obligaciones no transmisibles, son aquellas que los romanos dieron en llamar “*intuitu personae*”, muy común de observar en tipos de contratos de cómo locación de obra, caso en que por fallecimiento del empresario puede ser continuada la obra por los herederos, salvo que ésta (la obra) no exigiese en el empresario cualidades especiales (arts. 1640 y 1641 C.C.).

II.1.1.3.3.1.5. Prueba de la Muerte y Prueba Supletoria

Remisión a lo expuesto en los puntos donde se trató la Prueba del Nacimiento y la Prueba Supletoria del Nacimiento, en razón que le son aplicables esas disposiciones legales.

II.1.2. Personas de existencia ideal o jurídicas

El codificador no ha brindado un concepto o una definición específica sobre las mismas, solamente se ha limitado a diferenciarlas de las personas físicas de una manera muy particular y sin demasiados detalles. Así, el artículo 32 del Código Civil, expresa: *“Todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones, que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal, o personas jurídicas”.*

Mucho se ha discutido acerca de si las personas de existencia ideal y las personas jurídicas son idénticas. Tomando como referencia lo expresado en el artículo 46 del Código Civil, al determinar que *“Las asociaciones que no tienen existencia legal como personas jurídicas, serán consideradas como simples asociaciones civiles o religiosas, según el fin de su instituto, según el fin del instituto. Son sujetos de derecho, siempre que la constitución y designación de autoridades se acredite por escritura pública o instrumentos privados de autenticidad certificada por escribano público...”*, se deduce que el codificador ha determinado que las personas de existencia ideal y las personas jurídicas son dos especies de un mismo género. De manera tal que las personas de existencia ideal propiamente dicha, estaría reservada para distinguir a las personas ideales que como las sociedades civiles y comerciales, el consorcio de propiedad horizontal y las simples asociaciones, no dependen para existir como personas del derecho de un acto de reconocimiento expreso por parte del Estado.

II.1.2.1. Comienzo de la Existencia

Es claro lo que dispone el artículo 45 del Código Civil sobre el tema, al decir:

“Comienza la existencia de las corporaciones, asociaciones, establecimientos, etc., con el carácter de personas jurídicas, desde el día en que fueran autorizadas por la ley o por el gobierno, con aprobación de sus estatutos, y confirmación de los prelados en la parte religiosa.

Las decisiones administrativas en esta materia podrán ser revocadas judicialmente por vía sumaria, en caso de ilegitimidad o arbitrariedad.

En el supuesto de fundaciones cuyos estatutos no prevean el procedimiento para su reforma, podrá el Poder Ejecutivo disponer su modificación para hacer posible el cumplimiento del fin de la entidad. En este caso los órganos de gobierno de las fundaciones podrán interponer los recursos mencionados en el párrafo anterior”.

El artículo se refiere a las Asociaciones y Fundaciones, disponiendo que comienza su existencia con la aprobación del órgano estatal competente. Conforme se verá más adelante, no caben dudas que respecto las sociedades comerciales, la personalidad comienza con el acuerdo de voluntades de los socios en la celebración del contrato constitutivo.

En lo atinente a las instituciones de carácter religioso, interviene también la autoridad eclesiástica para dar su aprobación, sin la cual la entidad no adquiere el carácter de “persona jurídica”. Al hacer mención el artículo 45 del Código Civil de “*prelados*”, se está refiriendo los Obispos que invisten la autoridad de la Iglesia en cada diócesis bajo la subordinación del Papa.

II.1.2.2. Extinción de las Personas Jurídicas

Las personas jurídicas se extinguen a través de un medio similar al que le da vida. Siendo necesaria una decisión administrativa para comenzar la existencia, se requiere también de una decisión emitida por la autoridad competente para poner fin a la existencia de la persona. En tal sentido, podemos decir que el fin de la existencia de la persona procede, cuando la autoridad competente, por medio de un acto administrativo retira dicha personería.

Dicho acto, al igual que el que otorga o deniega la existencia de la persona no puede ser ilegítimo o arbitrario, por ende, debe fundarse en alguna causa legítima que justifique la adopción de tan grave medida.

Las causales que pueden dar lugar a la extinción de una persona jurídica, están expresamente determinadas en el artículo 48 del Código Civil, al decir:

“Termina la existencia de las personas jurídicas que necesitan autorización expresa estatal para funcionar:

- por su disolución en virtud de la decisión de sus miembros, aprobada por la autoridad competente;

- por disolución en virtud de la ley, no obstante la voluntad de sus miembros, o por haberse abusado o incurrido en transgresiones de las condiciones o cláusulas de la respectiva autorización, o porque sea imposible el cumplimiento de sus estatutos,

o porque su disolución fuese necesaria o conveniente a los intereses públicos;

- por la conclusión de los bienes destinados a sostenerlas...”

Dada la claridad de la norma, no eximimos de hacer comentario alguno, puesto que las causales están claramente explícitas.

II.1.2.3. Clasificación. Enumeración Legal.

El artículo 33 del Código Civil, no realiza distinción alguna sobre personas jurídicas o personas de existencia ideal. El mismo, se limita a expresar lo siguiente:

“Las personas jurídicas pueden ser de carácter público o privado.

Tienen carácter público:

- *El Estado Nacional, las provincias y los municipios.*
- *Las entidades autárquicas.*
- *La Iglesia Católica.*

Tienen carácter privado:

- *Las asociaciones y fundaciones que tengan por principal objeto el bien común, posean patrimonio propio, sean capaces por sus estatutos de adquirir bienes, no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado, y obtengan autorización para funcionar.*
- *Las asociaciones civiles y comerciales y entidades que conforme a la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar”.*

II.1.2.3.1. Personas Jurídicas Públicas

El Estado Nacional, Provincial y Municipal. La personalidad de los mismos, surge del régimen federal receptado por nuestra Constitución Nacional. En sociedades antiguas, incluida la Roma primitiva solos los individuos humanos eran personas de derecho, ya que la noción de Estado como órgano representativo del

pueblo, no era comprendida en los primeros tiempos en que las funciones propias del poder público se identificaban con la persona del Rey.

Por ello, existía una compenetración de la autoridad pública con el ser humano que la ejercía, pero en una posterior evolución se advirtió que la autoridad pública era muy diversa de la persona del soberano, por lo que nació el reconocimiento de la personalidad jurídica de la autoridad pública. Luego, una vez admitida la personalidad del Estado y superada la confusión entre este y la persona humana que ejercía el poder, se otorgó una doble personalidad según que actuara en el campo del derecho privado (persona jurídica) o del derecho público (poder administrador). En la actualidad, la mayoría de la doctrina comparte la idea de que el estado es una única persona o sujeto de derecho, independientemente si actúa en el campo del derecho privado o público.

La municipalidad tiene personalidad propia, a tenor de lo dispuesto por el artículo 5° de la Constitución Nacional.

Las Entidades Autárquicas son desprendimientos del Estado, a los que le encomienda funciones públicas específicas, y que para el cumplimiento de sus fines los dota de un patrimonio propio y atribuciones suficientes para su administración.

Son características de estas:

- De bien común
- Patrimonio propio,
- Organización humana específica para el cumplimiento de sus fines.

La Iglesia Católica es reconocida como persona jurídica de carácter público en el artículo 33 C.C., norma que tiene valor principalmente técnico, que reflejó la doctrina más moderna en la clasificación de las personas jurídicas y corrigió algunas deficiencias del texto original. Tanto en su anterior redacción como en la actual, este artículo ha traducido el reconocimiento de un “status” preferencial a la Iglesia Católica, ya exteriorizado en la Constitución Nacional, y que le permite el desenvolvimiento en el derecho público, a la vez que en el del derecho privado.²³

²³ Sala, A.; Trigo Represas, F. ; López Mesa, M. *Código Civil Anotado*. T° 4-A – pág. 25

La personalidad de la Iglesia, se predica tanto respecto de la Iglesia universal representada por el Papa, y que tiene su sede en Roma cuanto a las diócesis y parroquias, todas la cuales invisten el carácter de personas jurídicas públicas en nuestro ordenamiento jurídico. Invisten esa personalidad, independientemente de la jerarquía eclesiástica que tengan, el Papa, los obispos y los párrocos. En consecuencia, ostentan personalidad jurídica propia e independientemente cada diócesis o parroquia, que tiene patrimonio diferenciado y capacidad peculiar para obrar en derecho.

Las corporaciones religiosas no son personas públicas, sino privadas, lo que significa que para ser reconocidas como sujetos de derecho, deben estarse al trámite descripto en el artículo 45 del Código Civil. Distinto es lo que sucede con respecto a las “órdenes religiosas” existentes al tiempo de la sanción de la Constitución Nacional, puesto que ya quedaron reconocidas como personas jurídicas, a tenor del artículo 64° inc. 20 de la Constitución de 1853 (luego art. 67° inciso 20 de la Constitución de 1860). Respecto de las “órdenes religiosas” que se constituyan en la república con posterioridad a la sanción de la Constitución, requieren de un expreso reconocimiento de su personalidad a través de una ley.

II.1.2.3.2. Personas jurídicas privadas

Asociaciones y fundaciones. El ya transcrito artículo 33 del Código Civil, impone el requisito de que estas entidades deben tener como requisitos:

- principal objeto el bien común,
- patrimonio propio,
- capacidad conferida por sus estatutos de adquirir bienes,
- no subsistir exclusivamente de asignaciones del Estado,
- autorización para funcionar.

Las Asociaciones, son entidades conformadas y que por ende reciben la vida de la actividad de los miembros que la componen, es decir, sus asociados. Adquieren importancia por el hecho que sus asociados pueden mancomunar esfuerzos para el logro de determinados fines (de recreación, culturales, sociales, etc.) que en forma aislada le sería imposible de conseguir.

Poseen un “órgano de gobierno” deliberativo, que es la asamblea, autoridad superior de la asociación e integrada por todos los autorizados a participar según los estatutos cuya competencia es la toma de decisiones fundamentales para la entidad. Un “órgano ejecutivo”, que obra bajo las instrucciones del primero a quien debe rendir cuentas de su gestión, se reúne en ocasiones determinadas y realiza el manejo cotidiano de los asuntos sociales. Un “órgano de contralor o vigilancia”, cuya misión es fiscalizar los actos de la entidad como así también asesorar a la asamblea cuando debe expedirse sobre la gestión del órgano ejecutivo.

Por su parte la Fundación, es una organización para la realización de un fin altruista, a la que la ley le ha reconocido personería jurídica. Así, el artículo 1° de la Ley 19.836 expresa: *“Las fundaciones a que se refiere el art. 33 del Código Civil son personas que se constituyen con un objeto de bien común, sin propósito de lucro, mediante el aporte patrimonial de una o más personas, destinado a hacer posible sus fines. Para actuar como tales deberán requerir la autorización prevista en el art. 45 del citado Código”*.

No existe vinculación alguna entre el fundador con la fundación misma, luego de que ésta obtenga la personalidad jurídica. La independencia de personalidad es completa, ya que el fundador es un extraño con respecto a la institución que ha fundado sin tener injerencia alguna en la gestión y manejo de los bienes de la entidad, salvo lo establecido en los estatutos, aunque todo lo allí previsto será semejante a la de cualquier extraño a la fundación.

Esta se rige en primer término por lo prescripto en los estatutos, que son la carta magna de la institución. El patrimonio puede ser conformado por los bienes adquiridos mediante donación o sucesión, según sea por actos entre vivos o mortis causa. La administración está a cargo de un “Consejo de Administración” integrado por un mínimo de tres personas, que tendrá todas las facultades necesarias para el cumplimiento del objeto de la fundación dentro de las condiciones que establezca el estatuto (art. 10 Ley 19836). Asimismo, el estatuto puede prever la delegación de facultades de administración y gobierno a favor de un comité ejecutivo integrado por miembros del consejo de administración; que ejercerá sus funciones entre los periodos de reuniones del citado consejo. Igualmente pueden delegar facultades ejecutivas en una o más personas, sean éstas miembros o no del consejo de administración (art. 14 Ley 19836). Así también en el artículo 20 de la misma ley, se

prohíbe a los miembros del Consejo de Administración percibir retribuciones por el ejercicio de sus cargos.

Más allá de lo que dispongan sus estatutos, las fundaciones son estrictamente fiscalizadas que su funcionamiento se ajuste a las disposiciones legales y estatutarias, por parte de la autoridad de contralor (arts. 34, 35 y cc. Ley 19.836).

Sociedades Civiles y Comerciales. El artículo 1648 del Código Civil, ha definido a las Sociedades Civiles de la siguiente manera: *“Habrá sociedad, cuando dos o más personas se hubiesen mutuamente obligado, cada una con una prestación, con el fin de obtener alguna utilidad apreciable en dinero, que dividirán entre sí, del empleo que hicieran de lo que cada uno hubiere aportado”*. Este contrato origina a un nuevo sujeto de derecho que no se confunde con cada uno de los socios, y que es titular del patrimonio constituido con los bienes aportados por éstos.

La creación de un nuevo sujeto de derecho, tiene como principales consecuencias, las siguientes:

- la sociedad tiene el dominio de los bienes entregados por los socios en propiedad;
- existen relaciones jurídicas entre los socios y la sociedad;
- los deudores de la sociedad no son deudores de los socios;
- la sociedad como sujeto de derecho, posee todos los atributos inherentes a la personalidad independientemente de los socios

Las sociedades comerciales también son sujetos de derecho (art. 2º Ley 19.550), y por ende le corresponden los mismos efectos que a las sociedades civiles.

Simples asociaciones. Son sujetos de derecho, provistos por el concurso de los miembros que los constituyen, carentes de finalidad lucrativa.

Presentan las siguientes características:

- Tienen pluralidad de miembros que con su actividad colectiva brindan soporte a su personalidad;
- Son de duración indefinida;
- Disponen de un fondo social;

- Persiguen un fin altruista o desinteresado.

Dichas personas se encuentran reguladas por el artículo 46 del Código Civil, que fuera antes tratado.

II.1.2.4. Fin de la existencia

La vida de la persona jurídica culmina con el retiro de la personería. Dicho acto, no puede ser arbitrario o absolutamente discrecional sino que debe fundarse en la concurrencia de alguna causa legítima que justifique la adopción de tan extrema medida. Las posibles causas que puede dar lugar a que termine la existencia de dichas personas, se encuentran enumeradas en el artículo 48 del Código Civil:

“Termina la existencia de las personas jurídicas que necesitan autorización expresa estatal para funcionar:

- *por su disolución en virtud de la decisión de sus miembros, aprobada por la autoridad competente;*
- *por disolución en virtud de la ley, no obstante la voluntad de sus miembros, o por haberse abusado o incurrido en transgresiones de las condiciones o cláusulas de la respectiva autorización, o porque sea imposible el cumplimiento de sus estatutos, o porque su disolución fuese necesaria o conveniente a los intereses públicos;*
- *por la conclusión de los bienes destinados a sostenerlas...”*

El mismo Código Civil, en su artículo 50 determina el destino que debe darse a los bienes una vez disuelta la entidad, así: “Disuelta o acabada una asociación con el carácter de persona jurídica, los bienes y acciones que a ella pertenecían, tendrán el destino previsto en sus estatutos; y si nada se hubiese dispuesto en ellos, los bienes y acciones serán considerados como vacantes y aplicados a los objetos que disponga el Cuerpo Legislativo, salvo todo perjuicio a tercero y a los miembros existentes de la corporación”.

Del tenor de dicha norma, claramente se desprende que una vez disuelta la asociación, corresponde realizar los siguientes pasos:

1º- Liquidación del Patrimonio: Liquidar los bienes importa reducirlos a dinero en efectivo u otra calidad análoga que permita la adjudicación de los mismos

a quienes corresponda. En efecto, una vez decretada la extinción de la persona jurídica, al cesar la personalidad de la misma, se hace necesario proceder a la liquidación de su patrimonio, por lo que se prolonga la función de sus órganos al solo efecto de realizar la misma y por el tiempo necesario para ello. De ahí, que se prolonga la personalidad de la entidad ya extinguida, a ese solo efecto.

2° Pago de Deudas: Una vez que se haya practicado la liquidación del patrimonio de la extinta personalidad jurídica, el producido de la misma debe aplicarse al pago de las deudas de aquella. Al decir el artículo 50 del C.C. “... *salvo todo perjuicio a tercero...*”, se refiere justamente a que antes de que se dispongan los bienes liquidados conforme lo determina el estatuto o el cuerpo legislativo, deben ser canceladas la totalidad de las deudas oportunamente contraídas por la persona jurídica.

3° Destino Final de los Bienes: Siempre siguiendo lo prescripto por el artículo 50 del C.C., una vez satisfecha las deudas contraídas por la asociación, se procederá, a destinar los bienes conforme lo disponga el Estatuto y en caso de silencio de éste, según determine el cuerpo legislativo

CAPÍTULO III

CAPACIDAD

CAPITULO III

CAPACIDAD

III.1. Concepto

Se llama capacidad, a la aptitud de la persona para ser titular de las relaciones jurídicas. Esta aptitud (denominada capacidad de derecho) es la calidad saliente en la personalidad jurídica, a tal punto que con razón se ha dicho que no puede faltar en los individuos de una manera absoluta pues no sería concebible un individuo que no tuviera aptitud alguna para adquirir derechos y contraer obligaciones.

Pero tampoco puede existir plena e intacta en ninguno de ellos: *siempre la capacidad de derecho es una cuestión de grado, un oscilar entre ambos extremos sin alcanzar ninguno.* (Conf. Orgaz).

Por otra parte, existe también la capacidad de hecho, y consiste en la aptitud que tienen las personas para actuar por sí mismas, esto es, ejercer los derechos que ostentan.

Según Llambías, se trate de una u otra clase de capacidad, es siempre una aptitud del sujeto destinada a actuarse, es decir, a pasar de la potencia al acto. Esta expresión se entiende inserta en el campo de lo lícito, porque nadie tiene aptitud reconocida por el derecho para ejecutar actos ilícitos. Por lo tanto, las reglas referentes a la capacidad están siempre ordenadas en relación a concretar actos lícitos

El artículo 52 del Código Civil, dispone: “*Las personas de existencia visible son capaces de adquirir derechos o contraer obligaciones. Se reputan tales todos los que en este Código no están expresamente declarados incapaces*”. En este sentido, se consideran personas capaces a todas ellas, por el solo hecho de ser tales, salvo que exista alguna causal que expresamente le imponga una incapacidad.

III.1.1. Caracteres

La capacidad además de los caracteres comunes a todos los atributos de las personas, tiene los que les son propios, a saber:

Es susceptible de grados: Se la puede tener en mayor o menor extensión, aunque la capacidad de derecho no se la podrá dejar de tener en una cierta medida. Téngase presente que la desigualdad de capacidad entre los hombres no afecta la igualdad ante la ley (artículo 16 Constitución Nacional).

Es un principio general: El derecho se interesa tanto en proteger a los alcanzados por el principio general como también a quienes están exceptuados.

Emanan de la Ley y son de interpretación estricta: Configuran una regulación de orden público que está más allá de la autonomía de la voluntad, quienes no pueden dejarla sin efecto, o renunciar a las mismas.

III.2. Incapacidad de Hecho y Derecho

Tener a una persona como incapaz, no significa otra cosa que considerarla carente de capacidad. Ahora bien, dicha carencia puede ser para ser titular de alguna o algunas relaciones jurídicas o para ejercer algún o algunos derechos. Lo que se quiere expresar es que una cosa es la **aptitud para ser titular** de derechos y obligaciones (capacidad de derecho), y otra es la **aptitud para ejercerlos** (capacidad de hecho). Ambos tipos de capacidades tienen sustanciales diferencias, no solo en su concepto sino también en su regulación.

Llambías explica que la capacidad de derecho (o incapacidad) mira al *aspecto estático* del derecho o constitución de la relación jurídica a que se refiere. En cambio la capacidad o incapacidad de hecho enfoca, al *aspecto dinámico* del

derecho o de la relación jurídica tal como ha quedado constituida. Supone la constitución de un derecho y mira el despliegue de su norma y lógico ejercicio.

El destacado especialista expone las diferencias entre ambos tipos de capacidades, de la siguiente manera:

Diverso Fundamento: La razón de ser de una y otra incapacidad es muy diferente.

La incapacidad de hecho se instituye, en razón de una insuficiencia psicológica del sujeto para el pleno ejercicio de sus derechos. Pero si la razón de ser de la incapacidad de hecho reside en una insuficiencia del sujeto, una vez impuesta la incapacidad adquiere un cierto carácter abstracto y se independiza de la razón que la motivó. De ahí que un menor de edad, no obstante su precocidad y talento, quede en situación de incapaz y un mayor de edad, pese a su rusticidad y atraso es apto para todos los actos de la vida civil, aun cuando comparativamente el primero pueda estar, en verdad, en mejor situación que el segundo para el manejo de sus asuntos. Es que la capacidad es una institución que funciona a través de los tipos rígidos que introducen una gran seguridad en las relaciones jurídicas, no obstante que en algún supuesto pueda traer algún resultado injusto.

La incapacidad de derecho se sustenta, generalmente, en razones de orden moral. Con su institución que impide que alguien sea titular de un derecho determinado, si para ello transgredió lo moralmente permitido. Es decir que cuando se veda al mandatario de adquirir bienes de su mandante, o al confesor de recibir por testamento bienes del testador a quien atendió en su última enfermedad, se trata de mantener las relaciones humanas en un nivel moralmente más saludable que si se permitiera lo que está prohibido. Pero la incapacidad, instituida por la ley, adquiere un carácter abstracto y se desentiende de las circunstancias reales de tal o cual persona; por cuanto podría ser que el mandatario hubiese pagado un precio mayor que el satisfactorio. O tal vez el confesor del difunto sea un sano varón a quien el causante habría dejado un legado para que lo distribuya según su criterio entre los menesterosos o a quienes acostumbrara socorrer.

Con prescindencia de esas particularidades concretas uno y otro son incapaces de derecho y, por tanto, ineptos para adquirir bienes por medio de actos que resultan nulos por ese motivo.

Diverso remedio: La incapacidad de hecho se suple por la institución de un representante que remedia la inferioridad en que se encontraba el sujeto. Inversamente la incapacidad de derecho no es susceptible de remedio, pues sería contradictorio de la prohibición legal que se previera algún modo de eludirla.

Diverso sentido de la institución: La incapacidad de hecho se establece para amparar al sujeto sobre quien recae. Es una medida de protección que se ha instituido para poner al titular de los bienes a cubierto de los inescrupulosos que quisieran aprovechar de su insuficiente madurez. En cambio, la incapacidad de derecho se instituye no para favorecer al incapaz, sino contra él, y para prevenir incorrecciones que pudieran intentarse si no existiese relato alguno.

Diverso rigor de la sanción de nulidad: Una y otra incapacidad dan lugar a la nulidad del acto jurídico obrando en contravención de la ley. Pero la nulidad funciona con un rigor muy distinto cuando la ley reacciona respecto de una incapacidad de hecho o de derecho.

Frente a la primera la ley reacciona benignamente e impone al acto obrado una nulidad relativa, que sólo puede ser articulada por el incapaz (arts. 1048, 1049 y 1164 C.C.). Por el contrario, frente a una incapacidad de derecho, la ley reacciona rigurosamente, imponiéndole al acto obrado en contravención la sanción de nulidad absoluta, que es la más intensa aniquilación al alcance del legislador.

Funcionamiento por Categorías: Las incapacidades de hecho pueden ser sistematizadas en dos categorías: absolutas y relativas. Las incapacidades de derecho no pueden ser absolutas, pues ello importaría el aniquilamiento de una persona.

III.3. Incapacidad Absoluta y Relativa

La incapacidad de hecho es la única que admite una división. De esta forma puede clasificarse en:

- Incapacidad absoluta
- Incapacidad relativa.

III.3.1. Incapacidad Absoluta

Es la que se refiere a quienes no tienen aptitud alguna para ejercer sus derechos, y por ello, no admite excepción. Solamente es concebible hablar de incapaces absolutos de hecho, ya que es impensable una persona incapaz absoluta de derecho, pues ello importaría el aniquilamiento de la personalidad.

En cambio, es posible hablar de incapacidad absoluta de hecho, porque ello no le impide a la persona adquirir derechos. En efecto, el fin que persigue la ley al tener a una persona como incapaz absoluta de hecho, es proteger a la misma sustituyéndola en el ejercicio de sus derechos, por intermedio de un representante que actúa en nombre y por cuenta del incapaz.

Solamente no podrá actuar el representante por cuenta y orden del incapaz, en aquellos actos que no admiten ser efectuados por otro que no sea la misma persona, son los denominados “actos personalísimos”, ejemplo: testamento.

El artículo 54 del Código Civil, enumera las personas que tienen incapacidad absoluta, de la siguiente forma:

“Tienen incapacidad absoluta:

- *las personas por nacer;*
- *los menores impúberes;*
- *los dementes;*
- *los sordomudos que no saben darse a entender por escrito”.*

Todas estas personas presentan como característica común la carencia de toda aptitud para ejercer por sí mismos sus derechos. La falencia apuntada es completa, y su incapacidad es absoluta.

III.3.1.1. Personas por Nacer

Está claro que por su propia naturaleza, las personas por nacer no pueden ejercer por sí ningún derecho, puesto que están en el seno materno. Conforme ya se expuso, la ley les otorga una muy restringida capacidad de derecho. El artículo 64 del Código Civil, admite que pueden adquirir bienes por donación o herencia. Esta

enumeración no es limitativa, debe reconocerse que las personas por nacer son capaces de adquirir otros derechos y aún de contraer ciertas obligaciones.

Además de lo dispuesto en el artículo 64 del Código Civil, debe reconocérseles los siguientes derechos:

- Adquirir bienes por legado, o por cargo impuesto a otro heredero o legatario.
- Poder ser reconocidos como hijos extramatrimoniales antes del parto (art. 248 C.C.).
- Tener derecho a alimentos, y poder reclamarlos por medio de su representante legal.
- Tener derecho a indemnización la persona por nacer, si durante el embarazo su padre u otra persona obligada a prestarle alimentos fallece por culpa de un tercero.
- Poder ser beneficiarias de un contrato de seguro.
- Eventualmente pueden contraer ciertas obligaciones, pero sólo en el caso de que ellas sean meros accesorios de los derechos adquiridos. Ej: el caso de un legado con cargo, que implique el cumplimiento de algunas obligaciones por parte del legatario; o la donación de un inmueble sobre el que pesare una servidumbre de paso; o la obligación de pagar impuestos que gravan una propiedad; etc.²⁴

III.3.1.2. Menores Impúberes

El artículo 127 del Código Civil dispone: “*Son menores impúberes los que aún no tuvieren la edad de catorce años cumplidos,...*”. El fundamento de este tipo de incapacidad, reside en la insuficiente madurez del sujeto humano desde que adquiere uso de razón hasta que por el paulatino desarrollo de la aptitud intelectual obtiene un aceptable conocimiento de la vida en relación. Cuando esto ha llegado ya

²⁴ Borda, G. Ob. Cit. p. 244

es factible dar a la persona normal con la plena capacidad civil la posibilidad de que encare a riesgo suyo todas las vicisitudes de la vida.

A tenor de lo dispuesto por el artículo 54 inc. 2º del Código Civil, los menores impúberes son personas absolutamente incapaces de hecho. Por tal motivo, están inhabilitadas para realizar acto jurídico alguno. No obstante ello, la realidad es distinta puesto que en la vida actual los menores impúberes realizan pequeños actos, tales como comprar algún bien en un negocio, como ej. almacén o kiosco; contratos de transporte, en el simple hecho de tomar un colectivo para trasladarse de un lugar a otro; adquirir entradas para un espectáculo público; etc.

III.3.1.3. Dementes Interdictos

Artículo 140 Código Civil: “Ninguna persona será habida por demente, para los efectos que en este Código se determina, sin que la demencia sea previamente verificada y declarada por juez competente”.

Artículo 141 Código Civil: “Se declaran incapaces por demencia las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes”.

El Código Civil usa la terminología dementes, para referirse a los enfermos mentales en general. Se ha señalado que esto es una terminología poco feliz y equívoca a la vez, ya que en medicina, la demencia es una forma clínica de alienación y los “dementes” sólo una clase de enfermedades mentales. Más allá de la denominación que se le otorgue, el fundamento de este tipo de incapacidad radica en que es necesario proteger al sujeto inepto para el gobierno de su persona y de sus bienes. Así entonces, se lo protege no permitiéndole que disponga de sus bienes ni a título gratuito ni a título oneroso si no concurre la voluntad del curador.

La mayoría de la doctrina, determina que para poder dictar una sentencia de incapacidad deben concurrir factores biológicos y jurídicos a la vez. Así, el factor psiquiátrico permite dar seguridad al pronunciamiento judicial, y el factor social indica la finalidad de ese pronunciamiento. Porque si se incapacita a un insano, es en tanto y cuanto la dolencia lo inhibe para el manejo de sí mismo y de sus bienes. Una

enfermedad mental carente de incidencia en la vida en relación, no interesa al derecho.

III.3.1.3.1. Requisitos para Declarar la Demencia

Para poder declarar a una persona “demente”, deben concurrir los requisitos mencionados en el ya transcrito artículo 140 del Código Civil, y el artículo 142 del mismo cuerpo legal, que expresa “*La declaración judicial de demencia no podrá hacerse sino a solicitud de parte, y después de un examen de facultativos*”.

Entonces, de la normativa antes mencionada se desprende la existencia de los siguientes requisitos:

- ***Solicitud de Parte:*** La declaración de demencia sólo procede a petición de parte, por ende no puede el juez de oficio iniciar trámite alguno para declarar demente a ninguna persona. Algunos autores se han planteado si la denuncia es facultativa u obligatoria para las personas enumeradas en el artículo 144 del C.C. Borda entiende, que la cuestión no puede ser discutida de una manera general y absoluta. Si el enfermo necesita amparo para su persona o posee bienes, la denuncia es un deber y no solamente un derecho; y tan es una obligación, que el Código Civil reputa indigno del derecho de sucesión al pariente del difunto del demente y abandonado que no cuidó de recogerlo o hacerlo recoger en un establecimiento público (art. 3295 C.C.). Pero si el demente no posee bienes y está cuidado con afecto por su familia o personas de su amistad, la denuncia deja de ser obligatoria, porque en tal caso no existe interés jurídico en la comprobación judicial de la enfermedad.²⁵
- ***Examen de Facultativo:*** Dada la trascendencia de la decisión a tomarse en esta materia, se requiere que el Juez sea auxiliado por un examen de un facultativo, quien deberá dictaminar respecto de la salud mental de la persona cuya incapacidad se solicita la declaración. Del análisis de la imperativa letra de la ley, claramente se deduce que no puede eximirse del examen del facultativo. Más claro queda luego de leer el artículo 143

²⁵ Borda, G. Ob. Cit. pág. 263

C.C.: “Si del examen de facultativos resultare ser efectiva la demencia, deberá ser calificada en su respectivo carácter, y si fuese manía, deberá decirse si es parcial o total”.

- **Declaración Judicial:** Ninguna persona, por mayor deficiencia mental que posea será tenida como incapaz de hecho absoluta, sino a expresa declaración del Juez competente, que en estos casos será el del domicilio del denunciado.
- **Enfermedad Mental:** El requisito primario para poder declarar la interdicción de una persona, es que ella se encuentre afectada por una enfermedad mental típica, cualquiera sea su denominación y ubicación dentro del cuadro de enfermedades mentales que la ciencia psiquiátrica de cada tiempo pueda formular.
- **Privación del Gobierno de su Persona y sus Bienes:** Independientemente de cual sea la forma clínica de alienación, las cuales pueden diferir de una época a otra por los adelantos de la ciencia psiquiátrica, lo redundante para el presente caso es que la enfermedad mental que padezca una persona, le impida gobernar su persona y bienes.

III.3.1.3.2. Validez de los Actos

En este punto es importante considerar si algún acto jurídico fue realizado por un insano mental interdicto o no.

Actos Celebrados por Insanos Interdictos: En estos casos estamos en presencia de actos celebrados por personas incapaces, declaradas tal en juicio. Por ello, los efectos de la sentencia de interdicción son muy importantes, en cuanto ese pronunciamiento incide sobre la capacidad del sujeto y consiguientemente sobre la validez de los actos jurídicos que la persona realice en adelante, e indirectamente sobre los que ya hubiere realizado.

De acuerdo a la letra del artículo 54 inc. 3º del Código Civil, el demente interdicto es una persona incapaz absoluta, motivo por el cual los actos jurídicos otorgados por éste son nulos (arts. 1040 y 1041 del Código Civil). Conteste con ello, el artículo 472 del Código Civil, dice: “Si la sentencia que concluya el juicio, declarase incapaz al demandado, serán de ningún valor los actos posteriores de

administración que el incapaz celebrare". Si bien la norma se refiere expresamente a los actos de administración, es obvio que también le está vedado realizar por sí sólo algún acto de disposición. A tal punto llega su incapacidad, que en ella se incluye la realización de actos de carácter extra-patrimonial como son los llamados "*actos personalísimos*", tales como el matrimonio, el testamento, el reconocimiento de filiación, la impugnación de paternidad, etc.

Actos Celebrados por Insanos no Interdictos: Como una suerte de principio general, podemos decir que mientras no se dicte la declaración judicial de interdicción el insano es una persona capaz de gestionar sus derechos y proveer al cuidado de su persona. Esto es así, porque la capacidad es un asunto que maneja la ley, y en este caso lo hace a través de un procedimiento especial para declarar la incapacidad de la misma, que no ha sido cumplido.

No hay que confundir responsabilidad con capacidad, puesto que para que exista aquella es necesario que haya discernimiento al momento de obrar. Es indispensable que exista discernimiento para que haya responsabilidad, y a la inversa si no hay discernimiento queda excluida la responsabilidad, por ser inimputable el sujeto. El codificador en el artículo 473 del Código Civil, ha determinado los efectos que deben tener los actos realizados por insanos mentales no interdictos: "*Los (actos) anteriores a la declaración de incapacidad podrán ser anulados, si la causa de la interdicción declarada por el juez, existía públicamente en la época en que los actos fueron ejecutados. Si la demencia no era notoria, la nulidad no puede hacerse valer, haya habido o no sentencia de incapacidad, contra contratantes de buena fe y a título oneroso*".

De la norma transcrita, surge que los actos jurídicos celebrados por los insanos no interdictos son "*anulables*", esto es, susceptibles de ser anulados por un pronunciamiento judicial que se dicte al respecto. Para que ello proceda, la causa de la interdicción debía existir públicamente en la época en que los actos fueron ejecutados. Explica Llambías, que este sistema fue impetrado por Velez Sarsfield, en razón que la sentencia de interdicción también ejercía cierta influencia sobre el pasado, haciendo nacer un periodo de "sospecha" a partir de la época de existencia pública de la enfermedad mental que dicha sentencia verificaba. Pues lógicamente la enfermedad ha necesitado un lapso de generación, y aun es dable pensar que antes del juicio o de la sentencia ha podido conocerse públicamente esa misma dolencia que luego comprobaran los jueces como existente en el incapaz. Por tanto, lo

razonable era invalidar los actos jurídicos efectuados por el insano con la sola prueba de que ellos fueron realizados luego de ser públicamente conocida su enfermedad mental. En caso de declararse la nulidad del acto jurídico, la misma será relativa, por cuanto su finalidad es la protección del insano mismo, para que su situación de inferioridad no se convierta en causa de males que vayan en detrimento de su persona.

Resulta claro, que para declarar la invalidez de un acto obrado por un insano no interdicto, es necesario acreditar que al momento de otorgar el mismo, se encontraba en estado de privación de la razón. Ahora bien, el segundo párrafo del artículo 473 del C.C., determina que el insano cuya demencia no fue notoria, nunca puede hacer valer su incapacidad para anular actos onerosos celebrados con contratantes de buena fe.

III.3.1.3.3. Cesación de la Incapacidad

La incapacidad provocada por la declaración de interdicción perdura indefinidamente mientras el incapaz no sea rehabilitado. Así lo prescribe el artículo 150 del Código Civil: *“La cesación de la incapacidad por el completo restablecimiento de los dementes, sólo tendrá lugar después de un nuevo examen de sanidad hecho por facultativos, y después de la declaración judicial, con audiencia del Ministerio de Menores”*. Sólo procede la rehabilitación si se produce el restablecimiento total del interdicto, ya que si éste tuviere un restablecimiento parcial o una simple mejoría no es motivo suficiente para declarar la rehabilitación. Tales aspectos médicos deben ser dictaminados por los facultativos, y de la misma manera en que se declaró la incapacidad, la rehabilitación debe ser declarada por el Juez competente, con audiencia del Ministerio de Menores.

Están facultados para pedir la rehabilitación, las mismas personas aptas para solicitar la declaración de incapacidad, a saber: el esposo/a no separados personalmente o divorciados; parientes; ministerio de menores; el respectivo cónsul, si el demente fuese extranjero; cualquier persona del pueblo, cuando el demente fuere furioso, o incomode a sus vecinos.

III.3.1.4. Sordomudos

Sordomudos, son aquellos que poseen una deficiencia tal que les impide hablar con otras personas u oír lo que se les dice. Evidentemente, esta situación los coloca en una posición de inferioridad respecto de sus semejantes, motivo por el cual la ley les crea una protección.

De todas formas la ley impone un requisito adicional a la sordomudez que pueda tener una persona, consistente en que no puedan darse a entender por escrito. Así se determina en el artículo 153 del Código Civil: *“Los sordomudos serán habidos por incapaces para los actos de la vida civil cuando fuesen tales que no puedan darse a entender por escrito”*.

Para la comprobación de tal incapacidad, se sigue un procedimiento semejante al de los dementes. En este sentido, el artículo 154 dispone: *“Para que tenga lugar la representación de los sordomudos, debe procederse como con respecto a los dementes; y después de la declaración oficial debe observarse lo que queda dispuesto respecto a los dementes”*.

Deben comprobarse dos requisitos en las personas:

- Sordomudez
- No saber darse a entender por escrito

Adviértase que a diferencia de lo que ocurre con los dementes, en este caso no se requiere ineptitud del sujeto para el gobierno de su persona y bienes. Asimismo, para levantar la interdicción del sordomudo debe procederse de la misma forma que respecto del demente. Tal lo prescripto por el artículo 158 del Código Civil: *“Cesará la incapacidad de los sordomudos del mismo modo que la de los dementes”*.

III.3.2. Incapacidad Relativa

A diferencia de la incapacidad absoluta, ésta admite excepciones. Esto se desprende del artículo 55 del Código Civil, al decir: *“Los menores adultos sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar”*. Los menores adultos se encuentran habilitados para realizar una mayor cantidad de actos que los

impúberes, pero el ejercicio de tales facultades va variando a través del cumplimiento de edades que la ley va fijando en cada caso en particular. Así, por ejemplo:

- Pueden contraer matrimonio los varones a los 18 años y las mujeres a los 16 años
- Pueden ejercer el comercio desde los 18 años (art. 10 y 11 del Cód. de Comercio).
- Pueden otorgar testamentos desde los 18 años (art. 3614 C.C.).
- Pueden reconocer hijos extra-matrimoniales (art. 286 C.C.).
- Pueden contraer obligaciones naturales (art. 515 C.C.).
- Pueden defenderse en juicio criminal (art. 286 C.C.).
- Pueden actuar en el fuero laboral.
- Concertar contratos concernientes a su empleo (art. 283 C.C.).
- Pueden actuar como mandatarios de otros, válidamente respecto de terceros. En relación con el mandante puede alegar la nulidad para excluir la responsabilidad (arts. 1897 y 1898 C.C.).
- Pueden ser testigos en juicios.
- Pueden obligarse como depositarios en caso de depósito necesario.²⁶

III.3.2.1. Menores que han Cumplido los 18 años de edad

Expresa la 2ª parte del artículo 128 del Código Civil: “...Desde los 18 años el menor puede celebrar contrato de trabajo en actividad honesta sin consentimiento ni autorización de su representante, quedando a salvo al respecto las normas del derecho laboral. El menor que hubiere obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión podrá ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización. En los dos supuestos precedentes, el menor puede

²⁶ Llambías, J. *Tratado de Derecho Civil*. (Parte General). Tº I, 650 – p. 446.

administrar y disponer libremente los bienes que adquiere con el producto de su trabajo y estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a ellos”.

Llambías afirma que “Esto significa que la capacidad laboral se adquiere a los 18 años y que en cambio la capacidad profesional, es decir, referente al ejercicio por cuenta propia de una profesión, se la adquiere independientemente de la edad y a mérito del título habilitante obtenido. Así se entiende, desde que el art. 128 C.C. contempla dos supuestos distintos de capacitación de menores, uno para celebrar contratos de trabajo, cuyo presupuesto fáctico es tener 18 años, y otro para el ejercicio de profesión por cuenta propia que se apoya en el título profesional habilitante. Son dos supuestos de capacidad diferentes, que funcionan en virtud de requisitos diversos”²⁷.

Los efectos que producen la capacidad laboral o profesional del menor, consiste en un fondo de bienes que tienen un régimen separado dentro del patrimonio del mismo menor, y que puede administrar y disponer libremente, sea a título oneroso o gratuito.

III.3.2.1.1. Efectos de los Actos de Menores Impúberes y Púberes

Ha quedado claro que en lo que a capacidad se refiere, ambas clases de menores sea en forma absoluta o relativa, son incapaces. No obstante que los menores adultos pueden realizar una diversidad cuantitativa mayor de actos, aún dentro de los menores adultos existe una sustancial diferencia respecto los actos que pueden realizar los mayores y menores de 18 años. A título de ejemplo en algún fallo se ha dicho que “los recibos firmados por un menor impúber son nulos. En cambio, son válidos los otorgados por un menor adulto”²⁸.

El menor adulto es un incapaz relativo de hecho que sólo puede otorgar actos por sí los actos lícitos que las leyes le autorizan, respecto de aquellos de los cuales no tiene autorización, igualmente podrá otorgarlos, pero por intermedio de su representante.

²⁷ Llambías, J. *Tratado de Derecho Civil*. (Parte General). Tº I, 650 bis – p. 447.

²⁸ SCBA, 26/09/1978, DJBA 116-122

III.3.2.2. Inhabilitados

Este es un sistema que algunos han dado en llamar de semicapacidad. Tiene por fin suplir las deficiencias psíquicas que adolecen ciertas personas médicamente normales, cuando esos defectos pueden traducirse en perjuicios patrimoniales para el sujeto y por ende para su familia. Para Llambías, el fin de la institución es, sobre todo, “el amparo de la familia de los deficientes y viciosos”.

Este instituto fue introducido en el Código Civil por la Ley 17711, y es por demás interesante conocer el fundamento dado por el autor de la misma respecto a este tema: “En el sistema de nuestro Código Civil no había más que locos y sanos. Pero ese esquema no se adecua a la realidad humana. En el campo de la patología psíquica existe una infinita gama de trastornos, desde la perfecta salud hasta la más franca y completa alteración de las facultades mentales. Simples trastornos de la afectividad y la volición, la debilidad de espíritu, las manías parciales, constituyen muchas veces estados fronterizos o intermedios, que no justifican una interdicción total del enfermo, pero que lo colocan en una situación de inferioridad ante sus semejantes, que hacen aconsejable una protección legal. En igual situación están algunas personas que aun conservando intacta su mente, se encuentran en una situación de enfermedad física grave. La parálisis, la mutilación, la ceguera, sobre todo cuando sobrevienen simultáneamente, suelen determinar verdaderas incapacidades naturales y colocar al enfermo en una situación de inferioridad y de dependencia respecto de terceros. En parecida situación se encuentran los seniles, los ebrios consuetudinarios, los toxicómanos, los pródigos. Era pues necesario arbitrar un sistema que protegiera a todas estas personas, pero sin colocarlas en la misma situación de incapacidad que los dementes, lo que sería excesivo e injusto. A ellos responde la institución de la inhabilitación. La idea general, es que el inhabilitado puede administrar sus bienes pero no disponer por sí solo de ellos, para lo cual requiere la conformidad del curador que debe nombrarse”.²⁹

La inhabilitación constituye una asistencia a favor de aquellos sujetos, que si bien están dotados de discernimiento para la generalidad de sus actos, posee falencias en otros aspectos de su personalidad, que lo lleva a realizar actos que menoscaban su patrimonio. Es por esto, que se hace necesario someter al

²⁹ Borda, G. Ob. Cit. pág. 281

inhabilitado al contralor de otra persona para la realización de ciertos actos, cuya trascendencia económica pueden incidir desfavorablemente en el patrimonio. De ahí que para dichos actos, se hace necesario la conformidad expresa del curador designado o del juez.

Es decir que estamos en presencia de personas que son capaces para la generalidad de los actos de la vida civil, pero a la vez, existen otros actos que requieren de cierta autorización. El fundamento, es que por ser actos que exceden la administración ordinaria requieren de dicha autorización. La inhabilitación tiene un sentido tutelar que se concreta con un restricción de la capacidad, y se aplica a aquellas personas que son capaces por razón de la edad, y que por diversas causas conviene retraer a una situación de incapacidad con relación a ciertos actos determinados.

Artículo 152 bis Código Civil:

“Podrá inhabilitarse judicialmente:

A quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio.

A los disminuidos en sus facultades cuando, sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio.

A quienes por lo pródigo en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio. Sólo procederá en este caso la inhabilitación si la persona imputada tuviera cónyuge, ascendientes o descendientes y hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio. La acción para obtener esta inhabilitación sólo corresponderá al cónyuge, ascendientes y descendientes.

Se nombrará un curador al inhabilitado y se aplicarán en lo pertinente a las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación.

Sin la conformidad del curador los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos.

Los inhabilitados podrán otorgar por sí solos actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso”.

Entendemos que si el curador negare la autorización para que el inhabilitado realice algún acto, puede éste hacer rever esa decisión al Juez. Están facultados para instar ante el Juez competente la declaración de inhabilitación, las designadas en el artículo 144 del Código Civil, con la limitación que indica el mismo artículo 152 bis, para los casos de pródigos.

III.3.2.3. Cesación de la Incapacidad

A tenor del 1º párrafo del artículo 128 del C.C., la incapacidad puede finalizar por el cumplimiento de la mayoría de edad o por la emancipación. Así: *“Cesa la incapacidad de los menores por la mayor edad, el día en que cumplieren veintiún años, y por su emancipación antes que fuesen mayores...”*.

III.3.2.3.1. Mayoría de Edad

De acuerdo con la norma antes transcrita, la incapacidad de las personas menores cesa al momento en que cumplen 21 años de edad. Conforme ya se expuso, para ser capaz de hecho no se requiere otro requisito que el cumplimiento de dicha edad, independientemente de la madurez mental que pueda tener el sujeto. A la hora de estudiar los efectos que ello produce, debemos tener en cuenta lo prescrito en el artículo 129 del Código Civil: *“La mayor edad habilita, desde el día que comenzare, para el ejercicio de todos los actos de la vida civil, sin depender de formalidad alguna o autorización de los padres, tutores o jueces”*. Esto nos indica que desde la 0 horas en que la persona cumple los 21 años de edad, queda habilitada para la realización de todo acto por sí mismo, no requiriendo para tales efectos del consentimiento o autorización de otra persona.

Así también, el artículo 130 del mismo cuerpo legal, dice: *“Para que los menores llegados a la mayor edad entren en la posesión y administración de sus*

bienes, cuando la entrega de éstos dependa de la orden de los jueces, bastará que simplemente presenten la prueba legal de su edad”.

Esta norma se encuentra vinculada a aquellos menores que poseen bienes, y que por la incapacidad misma se encuentran privados de la administración de los mismos. Debido a ello, sea que la administración la tengan los padres, algún tutor o un juez, deben inmediatamente entregar los mismos al ex menor, no necesitando éste de otro medio probatorio que la acreditación de la edad.

III.3.2.3.2. Emancipación Civil

Por medio de este instituto, los menores de edad quedan liberados de la incapacidad que pesa sobre ellos, en forma anticipada al cumplimiento de la mayoría de edad. Por otra parte, la emancipación también es causa de extinción de la patria potestad (art. 306, inc. 4 C.C.), y de la tutela (art. 455, inc. 2º C.C.). Por consiguiente, el menor emancipado queda en la situación de capacidad de las personas mayores de edad, y está habilitado para todos los actos de la vida civil, con la salvedad de los actos enumerados en los artículos 134 y 135 del Código Civil.

El Código Civil, ha instituido dos formas de emancipación: emancipación por matrimonio y emancipación por habilitación de edad.

III.3.2.3.2.1. Emancipación por Matrimonio

Dos artículos del Código Civil se refieren expresamente a este instituto, ellos son el artículo 131, *“Los menores que contrajeran matrimonio se emancipan y adquieren capacidad civil con las limitaciones previstas en el artículo 134...”*; y el artículo 306 inciso 4) *“La patria potestad se acaba:... 4) por emancipación legal de los hijos sin perjuicio de la subsistencia del derecho de administración de los bienes adquiridos a título gratuito, si el matrimonio se celebró sin autorización...”*.

El fundamento del artículo 306 C.C. reside en la incompatibilidad de que un cónyuge se encuentre sujeto a la patria potestad o tutela de otra persona. En lo referente a los requisitos para emanciparse por matrimonio, son tener edad hábil para contraer nupcias (18 años el varón y 16 la mujer), y haber celebrado matrimonio. El 2º párrafo del artículo 131 del C.C. dispone lo siguiente: *“...Si se hubieren casado*

sin autorización no tendrán, hasta los 21 años la administración y disposición de los bienes recibidos o que recibieren a título gratuito, continuando respecto de ellos el régimen legal vigente de los menores, salvo ulterior habilitación...”. Por tanto, si adulterando los documentos de identidad se hubiere burlado al funcionario del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, y obtenido la celebración del matrimonio, la emancipación producirá todos sus efectos con la salvedad hecha en la norma.

III.3.2.3.2.2. Emancipación por Habilitación de Edad

Siguiendo con el análisis del artículo 131, que en su 3º, 4º y 5º párrafo prescribe lo siguiente: “...*Los menores que hubieren cumplido dieciocho años podrán emanciparse por habilitación de edad, mediante decisión de quien ejerza sobre ellos la patria potestad. Si se encontraren bajo tutela, podrá el juez habilitarlo a pedido del tutor o del menor, previa sumaria información sobre la aptitud de éste. La habilitación por los padres se otorgará por instrumento público que deberá inscribirse en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.*”

Tratándose de la habilitación judicial bastará la inscripción de la sentencia en el citado registro. La habilitación podrá revocarse judicialmente cuando los actos del menor demuestren su inconveniencia, a pedido de los padres, de quien ejercía la tutela al tiempo de acordada o del ministerio pupilar”.

Así, el Código Civil ha adoptado un régimen dual si se quiere, ya que un menor se puede emancipar mediante un acto voluntario de los padres, o en su defecto por sentencia judicial. Está claro que para que procedan ambos regímenes, es indispensable el expreso consentimiento del menor, debiendo a su vez, a posteriori inscribirse en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, el instrumento público o la sentencia emitida por el Juez donde se formalizó la emancipación.

La emancipación por habilitación de edad es una institución organizada con un fin muy concreto; favorecer el desenvolvimiento de los menores de 18 años que evidencian una anticipada madurez y que requieran, en consecuencia –por su

ubicación en la vida o por alguna otra circunstancia especial-, una esfera mayor de capacidad.³⁰

En cuanto a sus efectos ambos tipos de emancipación poseen los mismos, con la salvedad que la emancipación dativa o por habilitación de edad, puede ser revocada por quienes la otorgaron.

III.3.2.3.3. Régimen de Capacidad de los Emancipados

Las personas que se hubieran emancipado quedan habilitados para todos los actos de la vida civil, con las excepciones previstas en los artículos 134 y 135 del Código Civil. Es importante tener en cuenta algunas consideraciones realizadas por Llambías: “Con todo, la condición del menor emancipado no es idéntica a la del mayor de edad, pues su capacidad general se ve modificada por la incidencia de los arts. 134 y 135 del Código. Por el juego de todas esas disposiciones el menor emancipado queda ubicado como persona capaz con restricciones para actos determinados; es capaz por regla general, e incapaz por excepción, respecto de ciertos actos de carácter patrimonial. Con ello se observa que su régimen de capacidad se rige por un principio contrario al que gobierna la capacidad del menor adulto. Éste es incapaz por regla general y capaz por excepción; el menor emancipado, a la inversa, es capaz por regla general e incapaz por excepción, con la particularidad de que las excepciones no inciden en las relaciones de familia”³¹.

III.3.2.3.3.1. Actos Absolutamente Prohibidos

El Artículo 134 C.C. detalla las acciones que quedan totalmente prohibidas realizar a los emancipados. El texto del mismo dice lo siguiente:

“Los emancipados no pueden ni con autorización judicial:

- **Aprobar cuentas de sus tutores y darles finiquito.**

³⁰ CNCiv. E, 12/04/84, ED 109-200

³¹ Llambías, J. *Tratado de Derecho Civil*. (Parte General). Tº I, 667 – p. 463.

Finiquitar cuentas del tutor, es dar la conformidad con la gestión realizada por el mismo, con el saldo patrimonial que hubiera arrojado la misma.

- **Hacer donación de bienes que hubieren recibido a título gratuito.**

Esto no es otra cosa, que la prohibición de disponer a título gratuito adquiridos a título gratuito.

- **Afianzar obligaciones”.**

Al emancipado también le está vedado, ser garante de deudas ajenas

III.3.2.3.3.2. Actos Sujetos a Autorización Judicial

Artículo 135 C.C.: “Los emancipados adquieren capacidad de administración y disposición de sus bienes, pero respecto de los adquiridos por título gratuito antes o después de la emancipación, sólo tendrán la administración; para disponer de ellos deberán solicitar autorización judicial, salvo que mediare acuerdo de ambos cónyuges y uno de éstos fuere mayor de edad”.

El artículo 136 del mismo cuerpo legal, expresa: “La autorización judicial no será dada sino en caso de absoluta necesidad o de ventaja evidente, y las ventas que se hicieren se sus bienes, serán siempre en pública subasta”.

La citada norma impone una doble directiva al Juez autorizante de la operación: por un lado debe verificar la existencia de necesidad de la venta para el emancipado o en su defecto, que obtenga de la operación una ventaja evidente (nótese la claridad de la directiva). Una vez determinado alguno de los extremos indicados, la venta deberá hacerse en pública subasta.

CAPÍTULO IV

OBJETO DE LA RELACIÓN JURÍDICA

CAPITULO IV

OBJETO DE LA RELACIÓN JURÍDICA

IV.1. Derechos Subjetivos

Derecho subjetivo, es la facultad reconocida por el ordenamiento jurídico para exigir de las demás personas un determinado comportamiento, por ejemplo el derecho que tiene el acreedor de exigirle al deudor el cumplimiento de la prestación debida. Por esto, al titular de un derecho subjetivo en virtud del mismo, puede exigir de los demás el respeto de su prerrogativa, y por ende exigir al deudor la entrega de la cosa, la realización del hecho o la abstención a la cual se hubiere obligado.

Los derechos subjetivos se dividen en patrimoniales o extrapatrimoniales, según tengan o no valor pecuniario.

- Los **derechos extrapatrimoniales** se subdividen en
 - Derechos de la personalidad
 - Derechos de familia
- Los **derechos patrimoniales** se dividen en
 - Derechos reales
 - Derechos personales
 - Derechos intelectuales

IV.2. Teoría del abuso del Derecho

Para entender este tema, es necesario distinguir entre uso y abuso de los derechos. Es inconcebible desconocer la existencia de los derechos subjetivos, puesto que del reconocimiento y ejercicio del mismo depende la dignidad de la existencia humana. No obstante ello, no puede permitirse que los derechos subjetivos se desvíen del fin para el cual han sido reconocidos, y se utilicen, como armas de agresión para aprovecharse de ciertas y determinadas situaciones que redundarán en perjuicio de los demás. Esto hace que el titular de los derechos no pueda ejercerlos en cualquier dirección, sin que exista un real interés en su favor. En síntesis, el ordenamiento jurídico ampara el ejercicio. Es decir el uso de los derechos, no su abuso.

Enseña Louis Jossereand que *“los derechos tienen una misión social que cumplir, contra la cual no pueden rebelarse; no se bastan a sí mismos, no llevan en sí mismos su finalidad, sino que ésta los desborda al mismo tiempo que los justifica; cada uno de ellos tiene su razón de ser, su espíritu, del cual no podrían separarse. Si pueden ser utilizados, no es en atención a un objeto cualquiera, sino únicamente en función de su espíritu, del papel social que están llamados a desempeñar: no puede ser legitimados sin más ni más, sino a sabiendas, para un fin legítimo y por razón de un motivo legítimo. Por ejemplo, no podrían ser puestos en ningún caso al servicio de la malicia, de la mala fe, de la voluntad de perjudicar al prójimo, no pueden servir para la realizar la injusticia, no pueden ser apartados de su vía regular; de hacerlo así sus titulares no los ejercitarían verdaderamente, sino que abusarían de ellos, cometerían una irregularidad, un abuso de derechos”*.

Ciertos derechos son discrecionales porque la ley defiere de su ejercicio a la apreciación subjetiva del titular. Lo discrecional, sin embargo, es distinto de lo arbitrario. Hay arbitrariedad cuando no se sigue “ninguna regla”, y se trata de “lo caprichoso, lo antojadizo” (Ricaséns Siches). Es el caso previsto en el art. 659 C.C., que da derecho al acreedor de la cláusula penal para elegir entre el pago de la prestación principal o de la pena.

Pero la nómina de derechos discrecionales es escasa. Así, por principio, el ejercicio de la rescisión unilateral del contrato *“ha de ser conforme a su fin de buena fe”* (Boggiano); y si bien ésta es una facultad ordinariamente prevista en los

contratos de agencia, distribución, franchising o concesión sin plazo de duración, no es admisible que sea ejercida abusivamente (Marzorati) o arbitrariamente.³²

IV.2.1. Criterios

Diversos han sido los criterios doctrinarios expuestos para caracterizar el ejercicio abusivo de los derechos. Así han sido analizados desde una óptica subjetiva, objetiva o mixta. Sintéticamente, los exponemos a continuación:

Criterios Subjetivos: Para esta corriente, el abuso se configura cuando el titular del derecho *actúa con intención de perjudicar a otro*. De la misma forma, dentro de esta corriente, otros autores entienden que el abuso del derecho se produce cuando el titular obra sin interés legítimo o sin utilidad alguna. La ausencia de interés en el ejercicio de un derecho que causa un perjuicio a otra persona, hace ver que el titular no ha podido actuar sino con la intención de dañar, lo cual no puede ser amparado por la ley.

Criterios Objetivos: El abuso del derecho consiste en el ejercicio anormal o contrario al destino económico o social del derecho subjetivo. Jossérand se enrola en esta postura, entendiendo que el acto abusivo es el contrario al objeto de la institución del respectivo derecho, a su espíritu y a su finalidad. En fin, para los partidarios de esta postura, se abusa de un derecho cuando, permaneciendo dentro de sus límites, se busca un fin diferente del que ha tenido en vista el legislador; se desvía, por así decir, su derecho del destino normal para el cual ha sido creado. Dentro de esta posición, el Dr. Borda, opina que el abuso se caracteriza por el ejercicio del derecho en forma contraria a la moral y buenas costumbres³³.

Criterios Mixtos: Se entiende que no es posible fijar un criterio o un parámetro fijo sea subjetivo u objetivo. Todo queda librado a la apreciación judicial, ya que en algunas situaciones se requerirá la intención de perjudicar, y en otras será el ejercicio del derecho en forma anormal o contraria a su destino.

³² Alterini, A. *Contratos Civiles-Comerciales-de Consumo*. (Teoría General) – pág. 82.

³³ Borda, G. *Ob. Cit.* - pág. 31

IV.2.2. Criterio de Nuestro Código Civil

El tema está legislado en el artículo 1071 del Código Civil, que dispone:

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

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

Explica el Dr. Llambías que *“el criterio seguido por el código a fin de determinar cuando es abusivo el ejercicio de un derecho, se establece en una doble directiva, sumamente interesante. Una primera, es específica y se relaciona con la índole del derecho que se ejerce, en lo que se sigue la opinión de Porcherot y de Josseland: hay abuso de derecho cuando se lo ejerce contrariando el objeto de su institución, a su espíritu y a su finalidad; cuando se lo desvía del destino para el cual ha sido creado, cuando se contrarían los fines de su reconocimiento, dice la Ley 17711 acertadamente. La segunda directiva, es más amplia y traslada a esta situación –el ejercicio de un derecho- la necesaria subordinación del orden jurídico al orden moral. Por ello, siguiendo los reformadores, la idea de René Savatier, Goldschmidt y Borda, quienes califican como abusivo el ejercicio de un derecho que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”³⁴.*

El transcripto artículo 1071 C.C. es un *standard* genérico del sistema y, por lo tanto, se aplica al contrato. El abuso puede ser cometido al celebrarlo, al imponer cláusula abusivas, al ejecutarlo, al extinguirlo unilateralmente, etc. En materia contractual es de rigor el comportamiento acorde con la regla de la buena fe (art. 1198 C.C.); el ejercicio regular del derecho exige comportamientos de buena fe, y adecuados a la moral y las buenas costumbres, y el contratante que ejerce irregularmente sus derechos contractuales lo hace abusivamente.

Los efectos del contrato abusivo son:

- Despojar de toda virtualidad al acto desviado, privándolo de efectos;
- Impedir el ejercicio de una acción judicial que se funde en el abuso;

³⁴ Llambías, J. *Tº II* .(Parte General), nº 1279 bis, p. 186

- Generar el derecho al resarcimiento de los daños.³⁵

IV.3. El Patrimonio

El artículo 2312 del Código Civil, expresa: “*El conjunto de los bienes de una persona constituye su patrimonio*”. Así el patrimonio es una masa de bienes considerados en abstracto e independiente de los elementos que la componen, los que pueden cambiar sin que se altere el conjunto como tal.

Llambías fija el concepto de patrimonio como “el conjunto de derechos y obligaciones de una persona, susceptibles de apreciación pecuniaria”³⁶. En este mismo sentido, opina Borda “*dentro del conjunto vasto y heterogéneo de derechos de que las personas son titulares (derechos personalísimos, políticos, de familia, reales, creditorios, etc.) hay algunos que sirven para la satisfacción de sus necesidades económicas y que, por ello, pueden apreciarse en dinero; el conjunto de estos derechos constituye su patrimonio. Quedan por consiguiente, fuera de él los inherentes a la personalidad (tales como el derecho al honor, a la vida, a la libertad) y los de familia (patria potestad, tutela, etc.), aunque a veces tienen repercusión económica*”.³⁷

El patrimonio presenta los siguientes caracteres:

- ***Es una universalidad jurídica***, pues la unidad de la pluralidad de elementos que lo componen están dados por la ley.
- ***Es necesario***, ya que por ser un atributo inherente a la personalidad, no puede haber una persona sin patrimonio.
- ***Es único e indivisible***, ya que nadie puede tener dos o más patrimonios.
- ***Es inalienable***, ya que no puede existir sino en cabeza del titular, quien no puede enajenarlo en su conjunto, sino que sólo puede disponer de bienes en particular.

³⁵ Alterini, A. *Contratos Civiles-Comerciales-de Consumo*. (Teoría General) – pág. 81.

³⁶ Llambías, J. *Tº II* .(Parte General), n° 1286, p. 193

³⁷ Borda, G. *Ob. Cit.* - pág. 351

IV.4. Derechos Patrimoniales

Los derechos patrimoniales son aquellos susceptibles de tener un valor económico. En contraposición a ellos, se encuentran los derechos extrapatrimoniales, que son aquellos no susceptibles de ser valuados económicamente. Se dividen en derechos reales, derechos personales, y derechos intelectuales.

IV.4.1. Derechos Reales

Estos conceden al titular un señorío inmediato sobre la cosa, el cual es pleno o completo en el dominio, y menos pleno en las desmembraciones del dominio (usufructo, servidumbres, etc.), y en los derechos sobre la cosa ajena.

IV.4.2. Derechos Personales

Se denominan también derechos creditorios u obligaciones; y son aquellos que establecen relaciones entre personas determinadas, en razón de las cuales el respectivo titular puede exigir de alguien la prestación debida. Existen 3 elementos esenciales:

- **Sujeto Activo**, que es quien tiene la prerrogativa de exigir el cumplimiento de una prestación debida del sujeto pasivo.
- **Sujeto Pasivo**, se encuentra condicionado a efectuar la prestación.
- **Objeto**, es la prestación de la obligación, y puede ser de *dar*, *hacer* o *no hacer*.

Existen diferencias entre los Derechos Personales y Derechos Reales, que podríamos enunciarlas de la siguiente manera:

- **Diversa Naturaleza:** Mientras los derechos reales son *absolutos*, en cuanto se ejercen contra cualquier persona que perturbe al titular en el goce del mismo; los derechos personales son *relativos*, ya que se ejercen solamente en relación al deudor de la relación jurídica.

- ***Jus Preferendi y Jus Persequendi:*** El titular de un derecho real posee derecho de preferencia, es decir, si concurren sobre un bien del deudor un acreedor con un derecho real (acreedor hipotecario, prendario, etc.) y un acreedor meramente personal, el primero desplaza al último. Esto, porque el titular del derecho real goza del jus preferendi, que no alcanza sino excepcionalmente al titular del derecho personal. Así también, el titular de un derecho real a diferencia del titular de un derecho personal goza de jus persecuendi, esto es, que si el dueño de una cosa es despojado de ella, puede recuperarla de manos de quien la tenga] eliminar. En cambio, el comprador que es titular de un derecho personal carece de acción contra el adquirente: la cosa quedará perdida para él y solo gozará de una acción personal de daños y perjuicios.
- ***Creación Legal:*** Los derechos reales son de creación exclusivamente legal. Su número está limitado a los enumerados en el artículo 2503 del Código Civil. A diferencia de ello, los derechos personales son de creación particular, y por ende su número es ilimitado.
- ***Régimen Legal:*** Como una consecuencia de lo antes expuesto, la constitución, transmisión y facultades que corresponden al titular, de un derecho real se encuentran definidos y regulados por la ley. En cambio, para los derechos personales, rige el principio de la autonomía de la voluntad (art. 1197 C.C.).

IV.4.3. Derechos Intelectuales

Es el derecho que tiene un autor de una obra científica, literaria o artística para disponer de ella y explotarla económicamente por cualquier medio.

Los derechos intelectuales tienen su régimen legal en la Ley 11.723, en cuyo articulado expresa:

Artículo 1° “A los efectos de la presente ley, las obras científicas, literarias y artísticas comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión; las obras dramáticas, composiciones musicales, dramático-musicales; las cinematográficas y pantomímicas; las obras de dibujo, pintura, escultura, arquitectura;

modelos y obras de arte o ciencia aplicadas al comercio o a la industria; los impresos, planos y mapas; los plásticos, fotografías, grabados y fonogramas [según ley 23.741], en fin: toda producción científica, literaria, artística o didáctica, sea cual fuere el procedimiento de reproducción”.

Artículo 2º “El derecho de propiedad de una obra científica literario o artística comprende para su autor la facultad de disponer de ella, de publicarla, de ejecutarla, de presentarla y ponerla en público, de enajenarla, de traducirla, de adaptarla o de autorizar su traducción y de reproducirla en cualquier forma”.

IV.5. El Patrimonio como Garantía de los Acreedores

Uno de los aspectos importantes en determinar cual es el patrimonio de una persona, está dado por el cumplimiento de las obligaciones asumidas por esa persona. De ahí, que se enuncia que el patrimonio es la prenda común de los acreedores. Ello no debe interpretarse en sentido estrictamente literal, ya que no significa que los acreedores constituyan sobre los bienes del deudor un derecho real de prenda, sino que ellos pueden dirigirse sobre dichos bienes y ejecutarlos a fin de obtener la satisfacción de sus créditos.

IV.6. Bienes y cosas

“Se llaman cosas en este Código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor.

Las disposiciones referentes a las cosas, son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación”. (Artículo 2311 Código Civil)

“Los objetos inmateriales susceptibles de valor, e igualmente las cosas, se llaman bienes. El conjunto de los bienes de una persona constituye su patrimonio”. (Artículo 2312 Código Civil)

Para nuestro Código, los bienes de una persona son el género y las cosas la especie. El segundo párrafo del artículo 2311 fue agregado por la Ley 17711, a partir

de la cual se aplicó a la energía y a la fuerzas naturales susceptibles de apropiación todas las disposiciones referente a las “cosas”.

IV.6.1. Cosas Muebles e Inmuebles

IV.6.1.1. Cosas Inmuebles

Para nuestro Código Civil, las cosas pueden ser inmuebles por su naturaleza, por su accesión física o moral, y por su carácter representativo. Esto implica tener en cuenta:

Inmuebles por su Naturaleza: Enunciadas en el artículo 2314 del C.C., que expresa: “*Son inmuebles por su naturaleza las cosas que se encuentran por sí mismas inmovilizadas, como el suelo y todas las partes sólidas o fluidas que forman su superficie y profundidad: todo lo que está incorporado al suelo de una manera orgánica, y todo lo que se encuentra bajo el suelo sin el hecho del hombre*”. De aquí se desprenden tres subgrupos:

- El suelo con sus partes sólidas y fluídas, tales como los ríos y sus cauces, las canteras y la minas, arenas, piedras, yacimientos, etc.
- Todo lo incorporado de una manera orgánica, como vegetales.
- Todo lo que se encuentra bajo el suelo sin el hecho del hombre.

Inmuebles por Accesión Física: Artículo 2315: “*Son inmuebles por accesión las cosas muebles que se encuentran realmente inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con tal que esta adhesión tenga el carácter de perpetuidad*”.

Existen cosas que han comenzado siendo muebles, y que por estar adheridas e inmovilizadas al suelo, se transforman en inmuebles, tales como: los ladrillos, maderas y cementos que forman parte de una casa.

La adhesión al suelo tiene que ser perpetua, no transitoria, como es el caso de las casilla, pabellones, tinglados o pabellones armados para ocasiones especiales.

La adhesión de las cosas al suelo no tiene que ser en mira a la profesión del propietario, tales como los instrumentos utilizados por el dentista, médicos, etc.

Inmuebles por accesión moral: Artículo 2316: “*Son también inmuebles las cosas muebles que se encuentran puestas intencionalmente, como accesorios de un inmueble, por el propietario de éste, sin estarlo físicamente*”.

Son ejemplos, los arados y útiles de labranza, las semillas que se tienen para la siembra, etc.

Inmuebles por su carácter representativo: Artículo 2317: “*Son inmuebles por su carácter representativo los instrumentos públicos de donde constare la adquisición de derechos reales sobre bienes inmuebles, con exclusión de los derechos reales de hipoteca y anticresis*”.

Entiende Salvat, que los instrumentos públicos en que constan derechos reales son simples papeles desprovistos de valor económico, independientemente del derecho al cual se refieren, y en sí mismo objetos perfectamente transportables de un lugar a otro. Por esta doble consideración resulta poco razonable estimar a tales instrumentos como cosas inmuebles desde que no son cosas jurídicamente hablando, ni son inmuebles³⁸.

IV.6.1.2. Cosas Muebles

Tienen la particularidad de poder trasladarse de un lugar a otro sea por sí misma o por una fuerza externa.

Muebles por su Naturaleza: El artículo 2318 del Código Civil, dispone: “*Son cosas muebles las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismas, sea que sólo se muevan por una fuerza externa, con excepción de las que sean accesorias a los inmuebles*”.

Semovientes: Los semovientes son cosas muebles que tiene la propiedad de moverse por sí mismas, tal como el ganado, animales en general, etc. Debemos aclarar que si bien las cosas muebles en general, se transmiten por la simple tradición de las cosas, no ocurre lo mismo con respecto al ganado y gran parte de los animales que se encuentran regulados por la Ley de Marcas y Señales, y por ende no basta la sola tradición de la cosa para traspasar el dominio de la misma.

³⁸ Salvat R. N° 1426, p. 652.

Locomóviles: Se denominan locomóviles, los artefactos rodantes de propulsión propia, tales como locomotoras, automóviles, tractores, cosechadoras, etc. La escasa difusión de los locomóviles en la época de sanción del Código Civil hizo que esta categoría no fuera contemplada, por lo que están sometidos al régimen de las cosas muebles. Debemos aclarar que al igual que gran parte de semovientes, la mayoría de los locomóviles tienen un régimen de constitución y transferencia de dominio propio (Decreto-Ley 6582/58, ratificado por Ley 14.467). (Decreto-Ley 6582/58, ratificado por Ley 14.467).

Muebles por su carácter Representativo: Artículo 2319 in fine: “...*todos los instrumentos públicos o privados de donde constare la adquisición de derecho personales*”. Esta categoría de cosas muebles, como la correlativa estudiada en los inmuebles, carece de justificación ya que los instrumentos mencionados o no son cosas por carecer de valor económico, o si tienen valor son cosas muebles por su naturaleza, ya que es posible trasladarlas de un lugar a otro.

IV.6.2. Cosas Fungibles y No Fungibles

Según el artículo 2324 Código Civil: “*Son cosas fungibles aquellas en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie, y que pueden sustituirse las unas por las otras de la misma calidad y en igual cantidad*”. Un ejemplo por excelencia es el dinero, ya que cien pesos prestados por el acreedor al deudor, pueden ser reemplazados por otros cien pesos que oportunamente se restituyan a él. El interés de la distinción radica en que es diverso el régimen de las obligaciones y en segundo lugar que hay contratos que sólo pueden versar sobre cosas de una clase u otra.

Diverso Régimen: Si se trata de obligaciones de dar cosas no fungibles, luego de individualizadas, el deudor no se libera sino por la entrega de las mismas cosas que forman el objeto de la deuda. De ahí, que cuando la cosa no fungible y ya individualizada perece sin culpa del deudor, éste queda exonerado de la obligación (arts. 578 y 584 C.C.); si perece por culpa del deudor, éste debe indemnizar al acreedor los daños y perjuicios sufridos (arts. 579 y 603 C.C.).

En cambio, la pérdida de la cosa fungible aún individualizada en nada afecta la obligación, ya que el género y la cantidad nunca perecen. Si en un incendio se quema el cereal que el deudor debía entregar, no queda desobligado, sino que

tiene que adquirir otros granos de la misma especie y calidad para satisfacer la obligación.

Objeto de Contratos: La locación, el comodato, el depósito regular sólo proceden sobre cosas no fungibles; en tanto que el mutuo requiere de cosas fungibles.

IV.6.3. Cosas consumibles y no consumibles

El Artículo 2325 Código Civil afirma que *“Son cosas consumibles aquellas cuya existencia termina con el primer uso y las que terminan para quien deja de poseerlas por no distinguirse en su individualidad. Son cosas no consumibles las que no dejan de existir por el primer uso que de ellas se hace, aunque sean susceptibles de consumirse o de deteriorarse después de algún tiempo”*.

La importancia de esta clasificación radica, en que ciertos actos deben referirse exclusivamente sea a cosas consumibles, sea a no consumibles.

Así, un usufructo solo puede constituirse sobre cosas no consumibles, puesto que el usufructuario puede usar y gozar de una cosa ajena sin alterar su substancia (art. 2807 C.C.). Por otra parte, el contrato de mutuo versa sobre un bien consumible, en tanto que el comodato al ser un préstamo de uso, recae siempre sobre un objeto no consumible.

IV.6.4. Cosas Divisibles e Indivisibles

Artículo 2326 C.C. *“Son cosas divisibles, aquellas que sin ser destruidas enteramente pueden ser divididas en porciones reales, cada una de las cuales forma un todo homogéneo y análogo tanto a las otras partes como a la cosa misma.*

No podrán dividirse las cosas cuando ello convierta en antieconómico su uso y aprovechamiento. Las autoridades locales podrán reglamentar, en materia de inmuebles, la superficie mínima de la unidad económica”.

Ejemplos de cosas divisibles son: la tierra, las obligaciones cuyo objeto es entregar una cantidad de cosas, el dinero, etc. Dado que las cosas indivisibles no han sido definidas por el codificador, debemos contraponerlas a las cosas divisibles, teniendo por tales: un edificio, un animal, un rodado, un libro, vestimentas, etc.

Resta aclarar que el supuesto contemplado en el último párrafo, se refiere a un criterio económico, de manera que cuando la división material resulte factible, la cosa será indivisible si la partición de la misma redundaría en una disminución de su valor económico, como sucede con un minifundio.

IV.6.5. Cosas Principales y Accesorias

El Código Civil también precisa la idea de cosas principales y accesorias en los siguientes artículos:

Artículo 2327 C.C.: “Son cosas principales las que pueden existir para sí mismas y por sí mismas”.

Artículo 2328 C.C.: “Son cosas accesorias aquellas cuya existencia y naturaleza son determinadas por otra cosa, de la cual dependen, o a la cual están adheridas”.

De esto se desprende, que las cosas accesorias no tienen un régimen propio y autónomo sino que deben seguir la suerte de la cosa principal, a la que se encuentran adheridas o de la cual dependen. La accesoriedad en las cosas puede resultar de una cosa mueble adherida a un inmueble o a otra mueble. Tales son los siguientes casos:

Artículo 2331 C.C.: “Las cosas que natural o artificialmente estén adheridas al suelo, con cosas accesorias al suelo”. Tales son los cimientos de una casa, las semillas depositadas en la tierra, etc.

Artículo 2332 C.C.: “Las cosas que están adheridas a las cosas adherentes al suelo, como a los predios rústicos o urbanos, son accesorias a los predios”. Ejemplo de ellas son: los pisos de una casa que descansan sobre los cimientos, las pinturas en las paredes, etc.

Artículo 2333 C.C.: “Cuando las cosas muebles se adhieran a otras cosas muebles sin que se altere su sustancia, serán cosas

principales aquellas a que las otras no se hubiesen unidos sino con el fin de uso, ornato, complemento o conservación”. Así, en los anteojos los lentes son la cosa principal y la armazón la cosa accesoria (función de uso); en un anillo de brillantes, éstos son la cosa principal y el engarce la cosa accesoria (función de complemento); en un cuadro, la tela es principal y el marco lo accesorio (función de ornato). Adviértase que el mayor valor de la cosa accesoria no priva a ésta de su carácter, que depende exclusivamente del fin para el cual se han unido ambas cosas consideradas. Sólo cuando el criterio funcional no permite distinguir cuál es la cosa principal y cuál la accesoria, se acude a la compulsión del valor económico y aun supletoriamente a la comparación de su volumen.

Artículo 2334 C.C.: “Si las unas se han adherido a las otras, para formar un todo, sin poderse distinguir la accesoria de la principal, se tendrá por principal la de mayor valor. Si los valores y volúmenes fueren iguales, no habrá cosa principal ni cosa accesoria”. En suma, la ley señala, en primer término el criterio de la función, y considera accesoria a la cosa que se une a otra para uso, ornato, complemento o conservación de ésta. Si ese criterio no resulta adecuado, el Código indica en subsidio el criterio del valor, y si aún entonces la distinción no es viable, recurre al criterio del volumen. Finalmente, cuando no haya diferencia de valor, ni de volumen, no habrá cosa principal ni accesoria.³⁹

³⁹ Llambías, J. *Tº II* .(Parte General), nº 1339, p. 23

CAPÍTULO V

CAUSA DE LA RELACIÓN JURÍDICA

CAPITULO V

CAUSA DE LA RELACIÓN JURÍDICA

V.1. Los Hechos en General

Toda relación jurídica, lo mismo que cualquier fenómeno del mundo de la naturaleza, está sujeta al principio de razón suficiente, que conduce a la investigación de la causa de dicha relación jurídica. Si analizamos la relación que vincula al acreedor con el deudor, para determinar exactamente la medida de los derechos y deberes de uno y otro será menester acudir al estudio de la causa de esa vinculación. Según sea ella un delito, un cuasidelito, un contrato, un enriquecimiento injusto, una situación de familia, u otro hecho generador de prerrogativas jurídicas, así será el contenido y alcance de la relación jurídica de que se trate.

Es dable, pues, concluir en primer lugar que toda relación jurídica reconoce su origen –causa eficiente- en un hecho que le antecede. En segundo término, la índole y calidad de la relación jurídica depende de la índole y calidad del hecho que constituye su causa.⁴⁰

Como muestra de la importante función que desempeñan los hechos en el campo jurídico, son ilustrativos los conceptos vertidos por el codificador en la nota a la Sección Segunda del Libro Segundo del Código Civil. Para un correcto

⁴⁰ Llabrás, J. *Tº II*. (Parte General), nº 1358, p. 250

entendimiento de ello, se transcribe en forma parcial, la misma: "...Respecto a la materia objeto de esta sección podemos decir con Ortolan, que hecho que por su etimología supondría una acción del hombre, se toma en el lenguaje jurídico en su sentido más amplio, como designando un suceso cualquiera, que ocurra en el mundo de nuestras percepciones. En esta significación es usada esta palabra por los jurisconsultos romanos en todo el título de *Juris et facti ignorantia*. El hecho puede producirse, ya por una causa que se halle enteramente fuera del hombre, y a la que éste no haya podido ni auxiliar ni poner obstáculo, ya con participación directa o indirecta del hombre, y ya finalmente por efecto inmediato de su voluntad.

Se aplica también la idea y el nombre de hecho, a los que no es más que la negación del hombre a hacer tal cosa, es lo que vulgarmente se dice un hecho negativo.

Por último, de la misma manera que el derecho, por su poder de abstracción crea persona y cosas que no existen en la naturaleza, así a veces llega hasta crear hechos imaginarios que no tienen realidad ninguna, y obran como si hubieran existido: por ejemplo, la muerte de un ausente después de los años que fija a la ausencia para crear la presunción de fallecimiento... Los hechos pueden recaer sobre el hombre mismo, tales son, por ejemplo: su nacimiento, de donde procede un hecho de filiación para uno, de paternidad u origen común para otros; su matrimonio, la unión legal o ilegal de un sexo con otro, y por último su muerte.

O sobre las cosas como por ejemplo, su creación o composición, el embellecimiento de ellas, sus mejoras, deterioros, transformaciones, sustracciones, pérdidas o destrucción.

O en fin, sobre uno y otro objeto, combinado, considerando las relaciones del hombre con las cosas, como la ocupación, toma o pérdida de la posesión de una cosa por el hombre.

La función de los hechos en la jurisprudencia es una función eficiente. Si los derechos nacen, si se modifican, si se transfieren de una persona a otra, si se extinguen, es siempre a consecuencia o por medio de un hecho. No hay derecho que no provenga de un hecho, y precisamente de la variedad de hechos procede la variedad de derechos...".

Así, la importante trascendencia de los hechos resulta verificada por el más simple análisis de la norma jurídica, que muestra en ella dos partes perfectamente

definidas. La primera parte está constituida por los hechos previstos por la ley, cuya ocurrencia dará lugar a la consecuencia que la norma impone... Toda norma tiene una parte fáctica, constituida por la previsión hipotética de ciertos hechos del acontecer humano, que serán hechos humanos o ajenos al hombre, pero capaces de influir sobre él, como una inundación que al provocar la pérdida de una cosecha exonera al vendedor de la obligación de entregarla. La segunda parte de la norma, o parte dispositiva, se refiere al deber ser, a lo que debe suceder, supuesto que los hechos mentados por la ley ocurran en la forma prevista por ella. Existe una indestructible lógica entre la parte fáctica y la parte dispositiva de la norma, de manera que, producido el factum previsto, se seguirá inexorablemente el efecto impuesto por la regla jurídica. Y sucesivamente, una vez establecida la consecuencia o situación jurídica consecuente, permanecerá inalterada en el tiempo mientras no acaezca otro factum dotado de fuerza modificatoria o extintiva de la situación jurídica existente.⁴¹

V.2. Hechos Jurídicos

Los hechos que interesan al derecho son aquellos que tienen la virtualidad de causar un efecto jurídico: tales son los hechos jurídicos que se encuentran definidos por el artículo 896 del Código Civil: *“Los hechos de que se trata en esta parte del Código son todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos u obligaciones”*.

Para nuestro sistema, basta que exista la posibilidad de que un acontecimiento produzca un cierto efecto jurídico para que el ordenamiento legal pueda considerarlo como hecho jurídico a fin de someterlo a su imperio. Para que el derecho pueda prevenir o evitar cierto efecto jurídico inconveniente, es suficiente que exista un hecho –que por esto será hecho jurídico– con aptitud bastante para crear ese riesgo sin que sea menester esperar a la efectiva realización de la consecuencia, para recién entonces reputar el hecho antecedente como hecho jurídico, y encarar la reparación nocivo efecto ocurrido. El legislador, con buen criterio, ha preferido seguir lo que Henoch Aguiar denomina una política de justicia

⁴¹ Llabrás, J. Tº II. (Parte General), nº 1359, p. 250

preventiva, que es ventajosa para la protección del hombre, cuyas prerrogativas jurídicas pueden resultar amenazadas por la ocurrencia de consecuencias futuras provenientes de hechos actuales. Desde que exista el hecho portador de ese peligro será posible considerarlo como hecho jurídico y prevenir las malas consecuencias futuras que puedan ocurrir. En suma, el hecho jurídico se caracteriza por poseer la virtualidad de producir una consecuencia de derecho, aunque aún esa consecuencia no haya ocurrido, o pueda resultar frustrada.⁴²

Dentro del sinnúmero de hechos que acaecen constantemente en el mundo externo, hay algunos que tienen la propiedad de producir efectos jurídicos. A éstos se los llama *hechos jurídicos*. Si se analiza esta relación entre el hecho y la consecuencia jurídica, es fácil advertir que esta última no deriva de alguna condición o calidad propia de la naturaleza de ciertos hechos, sino simplemente de que la ley así lo establece. De ahí que el hecho jurídico pueda ser definido como el presupuesto de hecho necesario para que se produzca un efecto jurídico; en otras palabras, es el conjunto de circunstancias que producidas, deben determinar ciertas consecuencias de acuerdo con la ley.⁴³

Al decir la norma “susceptibles”, da la idea de capacidad, de posibilidad o potencialidad, está referido a un supuesto hipotético. La ley ha definido el acontecimiento abstracto legal que, para que pueda producir el despliegue de los efectos o consecuencias de derecho, debe coincidir más o menos plenamente con el acontecimiento natural y concreto. Es decir, cuando dice “*acontecimientos susceptibles de producir*” es porque define el supuesto de hecho enunciado en la norma, en su formulación lógica, abstracta y general. Esta proposición hipotética – antecedente- no será susceptible de producir el efecto de la segunda parte, o parte dispositiva de la norma –consecuente-, si no existe un acontecimiento real que se corresponda en sus elementos definitorios con ella.⁴⁴

Es también sumamente interesante la nota al artículo 896 del C.C., que expresa: “No se trata de los hechos como objeto de derecho, sino únicamente como causa productora de derechos. El hecho del hombre puede ser considerado bajo dos

⁴² Llambías, J. *Tratado de Derecho Civil*. (Parte General). Tº II, 1360 – pág. 251

⁴³ Borda, G. *Ob. Cit.* - pág. 393

⁴⁴ Belluscio, A.; Zannoni, E. *Código Civil Comentado, Anotado y Concordado*. Tº 4 – pág. 9.

relaciones: 1ª como objeto de un derecho, por ejemplo, cuando alguno debe hacer algo en nuestro favor, como la entrega de un cosa, la ejecución o abstención de alguna acción, materia que hemos tratado; 2ª, como fuente de un derecho. Así cuando alguno me vende y me entrega una casa, el hecho de la venta seguido por la tradición, tiene por efecto darme la propiedad de una casa. O bien alguno destruye una cosa mía, y de este hecho me resulta el derecho de demandar la reparación del perjuicio que tal hecho me ha causado. Los hechos como objeto de derechos y de los actos jurídicos, son siempre actos humanos, positivos, acciones u omisiones. Los hechos, causa productiva de derechos, pueden ser actos humanos o actos externos, en que la voluntad no tenga parte. Los hechos humanos, no son los únicos generadores o destructores de derechos, pues hay numerosos e importantes derechos que se adquieren o se pierden, sólo por el mero efecto de otros hechos, que no son acciones u omisiones voluntarias o involuntarias, que llamamos hechos externos y que podrían llamarse hechos accidentales, o hechos de la naturaleza, como son los terremotos, tempestades, etc., que hacen perder muchas veces los derechos constituidos por obligaciones o contratos, o como son los que hacen adquirir derechos, tales como las accesiones naturales, la sucesión ab intestato, cuya causa productiva de derechos es el hecho del fallecimiento de la persona a que se sucede, o como son también los derechos que se derivan del nacimiento”.

Cabe analizar el artículo antes transcrito, ya que el mismo menciona tres momentos que recorre un hecho jurídico, cual es su nacimiento, su modificación y su muerte o extinción.

- **Adquisición:** acontece cuando un derecho se une al sujeto que resulta su titular, entendiéndose por título de adquisición el hecho al cual la ley asigna fuerza bastante para causar la adquisición. Se suelen mencionar dos clases de adquisiciones: originaria y derivada. La primera, ocurre cuando el derecho que se une al sujeto surge en él directamente y de un modo autónomo, independientemente de toda otra relación jurídica, ej. la apropiación de una cosa sin dueño (art. 2525 C.C.). Es derivada, cuando el derecho procede de una relación jurídica preexistente, de la cual proviene la prerrogativa del titular, ya sea que se transmita de uno a otro sujeto, ya que sobre el derecho preexistente se constituya a favor del adquirente alguna parte de las prerrogativas que antes permanecían incluidas en el conjunto de atribuciones del primitivo titular, ej. servidumbres, prenda, etc.

- **Modificación:** la modificación puede realizarse de tan variables formas, que resulta imposible hacer una adecuada clasificación. Acontece tan velozmente la modificación, entre quien adquiere y quien pierde el derecho que normalmente se abraza con estos conceptos. Así, puede existir una modificación subjetiva, que es cuando el cambio opera sobre la persona sea sustituyéndola o agregando otras en el goce del derecho, tal como ocurre con la enajenación de cuotas del dominio sobre una cosa; o la modificación puede ser objetiva, cuando el cambio opera sobre el objeto.
- **Extinción:** es la pérdida, la destrucción de un derecho que deja de existir para el titular sin que comience a existir para otra persona, ej., destrucción de una cosa o el agotamiento de una prerrogativa.

V.2.1. Clasificación de los Hechos Jurídicos

Para clasificar los hechos jurídicos, debe atenderse a la causa que los produce. Así entonces, un hecho jurídico puede provenir de un hecho humano, son los que realizan las personas, o de un hecho externo, que son aquellos no causado por una persona, ej. terremoto, inundación, etc.

Son más importantes los hechos humanos, los que pueden a su vez ser voluntarios, cuando son realizados con discernimiento, intención y libertad; o involuntarios, si falta alguno de estos elementos.

A su vez, los hechos humanos voluntarios pueden ser lícitos, si no contravienen ninguna disposición legal; o ilícitos en caso contrario. Así lo dispone el artículo 898 del Código Civil, al decir: *“Los hechos voluntarios son lícitos o ilícitos. Son actos lícitos, las acciones voluntarias no prohibidas por la ley, de que puede resultar alguna adquisición, modificación o extinción de derechos”*. La licitud, es este sentido, es lo permitido, y la ilicitud, lo prohibido, de donde la primera se vincula con el ejercicio de la libertad personal, ya que lícito es, por tanto, todo lo que no está prohibido. Esta es una concepción genérica y objetiva, pues se considera que la división comprende hechos, actos y omisiones conformes con el orden jurídico (lícitos) o contrarios a ese orden (ilícitos), sin ninguna otra connotación. Este concepto deja de lado el aspecto subjetivo. Pone el acento sobre el acto transgresor y no sobre el agente que lo lleva a cabo. De modo que lo ilícito se

desentendiéndose aquí de la edad, la salud mental y hasta la voluntariedad, desde que se acepta la existencia de los actos involuntarios lícitos e ilícitos. Ambos tipos de hechos, admiten dos subdivisiones, respectivamente.

Los actos ilícitos, pueden ser delitos, cuando son realizados con dolo (intención); o cuasidelitos, cuando el agente obró con culpa (negligencia, imprudencia o impericia).

Finalmente, los hechos humanos, voluntarios, lícitos, se dividen según el autor del mismo haya tenido intención de producir un efecto jurídico con otras personas, en cuyo caso estaremos en presencia de un Acto Jurídico; o en caso contrario, ante un simple acto lícito propiamente dicho.

Adviértase que todo acto jurídico es un hecho jurídico, pero la inversa no siempre es así, es decir, pueden haber hechos jurídicos que no sean actos jurídicos.

V.3. Teoría de los Actos Jurídicos

Llamaremos Teoría de los Actos Jurídicos a las condiciones o requisitos (internos y externos) que deben tener los actos para poder ser reputados como voluntarios. Una vez hecho esto, nos adentraremos en el Acto Jurídico propiamente dicho, analizando los tipos de actos existentes, para finalmente estudiar los vicios que pueden tener los mismos y las consecuencias que esos vicios producen o pueden producir.

V.4. Actos Voluntarios

El quehacer del hombre se concreta mediante hechos, acontecimientos –que adquieren trascendencia jurídica cuando se realizan voluntariamente– con consecuencias inmediatas, mediatas y casuales, siendo siempre imputables las primeras según lo establecido por el art. 903 del Código Civil; también, en medida distinta, las segundas; en menor medida las casuales, nunca las remotas; y excepcionalmente las provenientes de hechos involuntarios.⁴⁵

⁴⁵ Salas, A.; Trigo Represas, F.; López Mesa, M. “Código Civil Anotado”, tº 4-A – pág 373.

El Código Civil impone requisitos o condiciones internas y externas a fin de reputar un acto como voluntario. Es indispensable que se encuentren presentes ambas condiciones para que el acto sea reputado realizado con voluntad.

La buena fe, la seguridad de los negocios, la confianza que debe presidir las relaciones humanas, están interesadas en que los actos jurídicos reposen sobre una base cierta y segura, que no puede ser otra que la voluntad declarada; las intenciones que no existen sino en el espíritu de las partes, no entran en el dominio del derecho. Bien claro que por declaración de voluntad no debe entenderse tan sólo la palabra hablada o escrita, sino toda conducta o proceder que de acuerdo con las circunstancias y apreciada de buena fe, permita inferir la existencia de una voluntad de obligarse.⁴⁶

V.4.1. Condiciones Internas

Artículo 897 C.C.: “Los hechos humanos son voluntarios o involuntarios. Los hechos se juzgan voluntarios, si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad”.

Este artículo debe ser complementado con el art. 900, que expresa: “*Los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento, intención y libertad, no producen por sí obligación alguna*”. Como se advierte, la importancia que tiene para nuestro código el determinar si un acto es voluntario, es a los fines de imputar las consecuencias del mismo a su autor.

La imputabilidad es la atribución del acto y de sus consecuencias al sujeto que lo realizó voluntariamente; es lo que el sujeto ha querido; se supone que ha estado en condiciones de valorar el alcance de su acción; es subjetiva, porque importa una vinculación subjetiva entre el acto y su autor, mientras que la relación de causalidad es un vínculo externo entre el acto y sus consecuencias. Enseñaba Freitas que la teoría de la imputabilidad o imputación debe extenderse tanto a los actos ilícitos como a los actos lícitos, ya que puede distinguirse una *imputación de bien* como una *imputación de mal*. Pero cuando no puede haber una imputación de bien, no es que deba haber forzosamente una imputación de mal, ya que en el simple

⁴⁶ Borda, G. *Tratado de Derecho Civil*. (Parte General). Tº II, 833 – pág. 89

error no puede verse acto ilícito; lo mismo si falta el discernimiento: los actos de un loco no son ilícitos, son involuntarios y sin moralidad, pero no hay imputación de mal.⁴⁷

Ha dicho Alsina Atienza que, en la aprehensión del ordenamiento de los hechos del cosmos o de la conducta humana, se funda la división en hechos jurídicos voluntarios e involuntarios. Los primeros requieren una “conducta”, un obrar por acción u omisión, consciente y querida; la imputación de las consecuencias jurídicas realizada por el ordenamiento, y que al imputárselas se tome al acto como “conducta” y no en cuanto mero hecho del cosmos. De ahí que no sean hechos jurídicos voluntarios los estados anímicos, que pueden sin embargo ser meros hechos jurídicos (ej: buena o mala fe); las decisiones voluntarias no exteriorizadas; las conductas aparentes o en estado de inconsciencia, ebriedad, hipnosis o por fuerza irresistible; y las no tomadas en consideración por éste.⁴⁸ La voluntad, es el elemento por el cual el hecho asume la calificación de “acto”, pues independientemente de la voluntariedad el actuar del hombre es un puro “hecho” y no un “acto”.

Reiteramos la aclaración, que los tres requisitos detallados por el artículo tienen que estar indefectiblemente presentes en su conjunto, puesto que la falta de uno de ellos determina que el acto sea involuntario. Debe aclararse que el Dr. Borda, sostiene una postura contraria sobre el tema (ver: Borda, G. "Manual de Derecho Civil - Parte General - pág. 395).

V.4.1.1. Discernimiento

Consiste en la aptitud del espíritu humano que permite distinguir lo verdadero de lo falso, lo justo de lo injusto, y apreciar las consecuencias convenientes o inconvenientes de las acciones humanas. Podemos identificarlo con el entendimiento o la inteligencia de una persona.

Según Aguiar, es un estado de conciencia determinado por el desarrollo intelectual del individuo, que invistiéndolo de la facultad de conocer, en general, lo

⁴⁷ Belluscio, A.; Zannoni, E. *Código Civil Comentado, Anotado y Concordado*. Tº 4 – pág. 19.

⁴⁸ Alsina Atienza, D. *Los Hechos Voluntarios*. JA-IV-62.

coloca en condición de formar un juicio por cuyo medio percibe y declara la diferencia que existe entre varias cosas; y aprecia los actos propios y ajenos y sus consecuencias.

Desde que el hombre es un ser racional, a partir del despuntar de la razón ya aparece en él un principio de discernimiento, que requerirá para la generalidad de las acciones un cierto desarrollo intelectual, a fin de que el sujeto adquiriera un grado de madurez aceptable. Por otra parte, aun cuando la aptitud de discernir existe en forma genérica en los seres humanos, ya que es la nota característica de la especie, se dan casos en que falta en el sujeto el señorío de sus facultades mentales, ya por un trastorno orgánico de ellas, ya como consecuencia de cualquier accidente.⁴⁹

El discernimiento, puede expresarse como *la madurez intelectual para razonar, comprender y valorar el acto y sus consecuencias*. La falta del mismo por causas que lo suprimen, está especialmente regulada por la ley, la cual se basa en circunstancias y conveniencias predeterminadas, ya sea fijando *standars* jurídicos o patrones mínimos de aptitud, ya defiriendo el caso a la investigación concreta.⁵⁰

V.4.1.1.1. Causa Obstativas del Discernimiento

Obstaculizan e impiden que los actos de las personas sean realizados con discernimiento la inmadurez del sujeto, y la insanidad mental, sea proveniente de un factor orgánico o accidental.

Artículo 921 C.C.: “Los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos por menores de diez años; como también los actos de los dementes que no fuesen practicados en intervalos lúcidos, y los practicados por los que, por cualquier accidente, están sin uso de razón”.

⁴⁹ Llambías, J. *Tratado de Derecho Civil*. (Parte General). Tº II, 1368 – pág. 256

⁵⁰ Belluscio, A; Zannoni, E. *Código Civil Comentado, Anotado y Concordado*. Tº 4 – pág. 22.

V.4.1.1.1.1. Inmadurez

La persona humana, hasta haber cumplido cierta edad, variable en función de factores étnicos, geográficos, y culturales, no adquiere una suficiente madurez intelectual que lo habilita para el conocimiento general de las cosas y para apreciar el alcance de sus acciones. Entonces cada hombre, conforme al desarrollo más o menos rápido de su inteligencia y a otras circunstancias, alcanza a tal o cual edad ese dominio de sí mismo que constituye el fundamento de la imputabilidad de sus acciones, y consiguientemente de su responsabilidad.

Nuestro Código Civil, ha seguido en este tema el denominado “sistema rígido”, es decir, fija una edad determinada para apreciar si un acto fue realizado con discernimiento por parte de una persona, sin atender a casos particulares en que pudiera haber alguien con mayor o menor desarrollo de su inteligencia, y por ende comprensión de los actos que realiza y las consecuencias que de éste se derivan. Así se ha prescripto que los actos lícitos, serán voluntarios si los realiza una persona impúber; y los ilícitos, realizados por personas que hayan cumplido 10 años.

La diferencia de edad entre los actos lícitos e ilícitos tiene su justificación en un orden de desarrollo y naturaleza, ya que la conciencia sobre los actos lícitos se forma más tardíamente que cuando se trata de los actos que rompen el equilibrio y provocan desorden. Sobre los lícitos no solamente se trata de comprender el acto, sino también la conveniencia y sus efectos patrimoniales.⁵¹

V.4.1.1.1.2. Insanidad Mental

Aquí la falta de salud mental del agente, debe tener la magnitud suficiente como para privar al sujeto de discernimiento, con lo que deberá juzgarse ello en cada caso en particular. A diferencia de lo prescripto en el artículo 54 C.C., no se requiere que el demente haya sido declarado tal en juicio, puesto que no debe confundirse falta de capacidad con falta de discernimiento. Se requiere la interdicción para lo primero, pero no para que el acto sea reputado involuntario por carente de discernimiento.

⁵¹ Belluscio, A; Zannoni, E. *Código Civil Comentado, Anotado y Concordado*. Tº 4 – pág. 146.

Por otra parte, al referirse el artículo 921 C.C. a “cualquier causa”, puede ser orgánica (enfermedad mental o lesión cerebral congénita, etc), o provenir de una causa externa (embriaguez, hipnosis, intoxicación por estupefaciente, traumatismo, etc.).

En síntesis, de dicho artículo se desprende que son realizados sin discernimiento los siguientes actos:

- Actos Lícitos por menores impúberes, es decir, menores de 14 años;
- Actos Ilícitos por menores de 10 años;
- Actos Lícitos o Ilícitos realizados por dementes, en tanto no fueren realizados en intervalos lúcidos;
- Actos Lícitos o Ilícitos, realizados por aquellos que por cualquier razón están sin uso de la razón.

V.4.1.2. Intención

Consiste en el propósito de la voluntad en la realización de cada uno de los actos. La ausencia de intención se caracteriza por la discordancia entre el fin o propósito del acto y el resultado que éste produce. Cuando concuerda el acto que ha querido realizar la persona y el resultado obtenido, entonces el acto es intencionado. Siempre se ha graficado este elemento de la voluntad, al decir que la intención del agente es como la flecha que lanza el tirador hacia el blanco y que alcanza su objetivo: la analogía es completa, pues la intención que es el impulso interno que mueve a la voluntad para la consecución de un fin, puede asemejarse a la flecha que es disparada por el arco para alcanzar el blanco. Cuando existe discordancia entre el propósito del acto y el resultado efectivamente logrado, el acto es inintencionado: es la flecha que no da en el blanco.

El discernimiento y la intención son dos estado de presentación sucesiva, de ahí que la ausencia de discernimiento excluya la mera posibilidad de la intención, y la presencia de ésta presuponga el discernimiento, porque la intención no es más que una aplicación específica de la aptitud de discernir.

El Dr. Borda sostiene que los tres elementos internos del acto voluntario pueden reducirse a uno solo: la intención, ya que si falta discernimiento, no puede

hablarse de acto intencional, porque la intención presupone la aptitud de discernir; tampoco puede decirse que un acto es intencional, si el agente ha obrado bajo violencia, lo que significa que la falta de libertad afecta también la intención.⁵²

V.4.1.2.1. Causas Obstativas de la Intención

Obstaculizan la intención de una persona los actos que realiza por error o ignorancia; o por dolo.

Artículo 922 C.C. “Los actos serán reputados practicados sin intención, cuando fueren hechos por ignorancia o error,...”.

V.4.1.2.1.1. Error o Ignorancia

El error aludido por la norma tiene que ser sobre algún hecho, puesto que el error de derecho es inexcusable. Error, es el falso conocimiento que se tiene sobre algo; y la ignorancia, es la falta de conocimiento. A su vez el error, debe producirse por una contingencia no imputable a persona alguna determinada, sino que tiene que ser un desencuentro o una discordancia entre el fin o propósito del acto y el resultado del mismo: tal ocurre si alguien quiere comprar un inmueble, pero por “error” termina alquilándolo; o quiere comprar dos bolsas de papas y el acto se traduce en una compra de doce bolsas. Remitimos a Capítulo V, punto 5.5.1.

V.4.1.2.1.2. Dolo

Si el error explicado en el punto que antecede, se produce porque alguien ha inducido intencionalmente a una persona para que yerre, entonces estamos en presencia de un acto doloso, ya no errático. No obstante ello, acarrea la misma consecuencia, cual es que el acto será involuntario por ausencia de intención. En efecto, si por alguna astucia o ardid, la persona terminó alquilando el inmueble que pretendía comprar, o adquirió doce bolsas de papas cuando su intención era comprar

⁵² Borda, G. Ob. Cit. – pág. 399.

solo dos, el acto se tendrá como inintencionado, pero por causa de dolo. Remitimos a lo expuesto en Capítulo V, punto 5.5.3.

V.4.1.3. Libertad

Consiste en la espontaneidad de la determinación del agente. Freitas, entiende que la libertad, radica en el imperio de sí, en la posibilidad que tiene efectivamente el agente de elegir entre diversos motivos.

Para Aguiar, la facultad de elección puede recaer sobre motivos propios del agente que toma la decisión, y es la libertad moral, como sobre la posibilidad material de ejecutar o manifestar el acto, y es la libertad física. De modo que las causas que la suprimen forzándolo a obrar en cierto sentido provienen de presión exterior, y son las propias de la *intimidación* y de la *violencia material*, o bien del *estado de necesidad*, por circunstancias externas que han eliminado la espontaneidad de la decisión.

V.4.1.3.1. Causa Obstativas de la Libertad

El acto será efectuado con libertado cuando no se ejerza sobre el agente una fuerza externa o una intimidación.

Por error el codificador incluyó en el artículo 922 del C.C. a la fuerza o intimidación como causas que obstaculizan la intención, pero en realidad éstas producen que el acto esté privado de libertad.

La fuerza, o violencia física, existe cuando se emplea contra el sujeto “una fuerza irresistible” (art. 936 C.C.). La intimidación, o violencia moral, “cuando se inspire a uno de los agentes, un temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona, libertad, honra o bienes, o de su cónyuge, descendientes o ascendientes, legítimos o ilegítimos” (art. 937 C.C.).

Es importante recalcar que para que el acto sea involuntario por falta de libertad, debe concurrir una causa externa, que elimine la espontaneidad del sujeto, forzándolo a obrar en un cierto sentido.

V.4.2. Condiciones Externas

Artículo 913 C.C.: “Ningún hecho tendrá el carácter de voluntario, sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste”.

El artículo que antecede muestra que la presencia de las condiciones internas de la voluntad, son por sí solas insuficientes para conformar el acto voluntario, que requiere la traducción al mundo exterior del estado de conciencia del sujeto, mediante un hecho perceptible, lo cual se conoce como manifestación de la voluntad.

De ahí entonces, que el acto voluntario que está constituido por los tres elementos internos de la voluntad (discernimiento, intención y libertad), requiere el cuarto elemento, que es la exteriorización.

Nuestra ley admite una amplitud de formas para manifestar la voluntad, así lo dispone el artículo 915 del Código Civil: *“La declaración de la voluntad puede ser formal o no formal, positiva o tácita, o inducida por una presunción de la ley”.*

V.4.2.1. Declaración Formal y no Formal

Artículo 916 C.C. “Las declaraciones formales son aquellas cuya eficacia depende de la observancia de las formalidades exclusivamente admitidas como expresión de la voluntad”.

No hay que confundir la forma como elemento externo de la voluntad, a que se refiere el art. 913 C.C., con las formalidades del art. 916. Cualquier actitud que importe ser una manifestación de la voluntad, debe necesariamente tener una modalidad exterior. Todas las manifestaciones tienen una forma, que no es más que el modo como la manifestación se hace. Modos o formas que van desde la solemnidad del instrumento público hasta el comportamiento de hecho, llamado por Barbero “tácito concluyente”. A este sentido, que es la mera exteriorización, se lo ha catalogado de *amplio o genérico*.

En sentido *estricto o técnico*, en cambio, se habla de forma cuando en virtud de la ley o de la voluntad en el acto jurídico se hace necesaria una modalidad exterior determinada. Aquí, no cualquier modo es trascendente para que la

manifestación consiga su efecto, sino uno particular, más o menos riguroso, que debe asumir una determinada declaración para que consiga un cierto efecto. A este sentido es al que se refieren los arts. 915 y 916. Es por ello que las declaraciones son formales si su eficacia depende de la observancia de “formalidades” exclusivamente admitidas (por la ley o por la voluntad) como expresión de voluntad.⁵³

De allí, que existen actos jurídicos que deben ser indefectiblemente realizados bajo la forma prescripta por la ley para poder ser válidos, tales como el matrimonio. A diferencia de ello, hay otros cuya forma se deja a la libre elección de las partes.

V.4.2.2. Declaración Expresa y Tácita

Por declaración expresa, se entiende la manifestación de la voluntad de las partes realizada con la intención de exteriorizar dicha voluntad. Así lo conceptualiza el artículo 917 del C.C. *“La expresión positiva de la voluntad será considerada como tal, cuando se manifieste verbalmente, o por escrito, o por otros signos inequívocos con referencia a determinados objetos”*. El artículo refiere a tres modos de manifestar la voluntad, si comparamos la expresión escrita con la verbal, queda claro que esta es más simple de emitir pero en caso de duda resultará más difícil de probar, especialmente por la limitación para hacerla por medio de testigos (art. 1193 C.C.). Luego, la tercera forma, consistente en la expresión por signos inequívocos, tiene en derecho una aplicación muy limitada. En efecto, sólo tiene lugar en los contratos de la vida corriente, de escaso monto pecuniario, ej. compra de alimentos, mercaderías de escaso valor, etc.

La declaración tácita de la voluntad, surge de la conexión de diversos actos cumplidos por el sujeto, que muestran la existencia de una determinada voluntad en el agente, con independencia de la intención de exteriorizarla que éste haya tenido. Ésta forma de manifestación ha sido conceptualizado por el artículo 918 C.C.: *“La expresión tácita de la voluntad resulta de aquellos actos, por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad, en los casos en que no se*

⁵³ Belluscio, A; Zannoni, E. *Código Civil Comentado, Anotado y Concordado*. Tº 4 – pág. 124.

exija una expresión positiva, o cuando no haya una protesta o declaración expresa contraria”.

V.4.2.3. Declaración Presumida por la Ley

Esta clase de manifestación de voluntad es considerada como una subespecie de la manifestación tácita, con la particularidad que es la ley –y no la lógica del hombre- la que deduce de la conducta cumplida por las partes, la existencia de una determinada voluntad.

Artículo 920 C.C.: “La expresión de la voluntad puede resultar igualmente de la presunción de la ley en los casos que expresamente lo disponga”. A título de ejemplo, citamos: si el deudor posee el documento donde consta su obligación, se presume que el acreedor se lo ha entregado voluntariamente (art. 878 C.C.).

V.4.2.4. El Silencio como Manifestación Tácita de la Voluntad

Artículo 919 C.C.: “El silencio opuesto a actos, o a una interrogación, no es considerado como una manifestación de voluntad, conforme al acto o a la interrogación, sino en los casos en que haya una obligación de explicarse por la ley o por las relaciones de familia, o a causa de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes”.

Queda claro que el silencio no es una manifestación de la voluntad en la que el sujeto asiente determinado acto o interrogatorio, salvo en los siguientes casos:

- Cuando hay obligación legal de explicarse, ej. si se imputa a alguien la firma de un documento, el silencio del firmante importa el reconocimiento de la firma.
- Cuando hay obligación de explicarse proveniente de las relaciones de familia, ej. el silencio que guardado por el marido ante la denuncia de su embarazo hecha por la mujer divorciada dentro de los treinta días de la separación, importa la admisión de la paternidad.

- Cuando hay una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes, ej. si ha habido periódicas remisiones de mercaderías a una persona, y se notifica a ésta un cambio de precio con la indicación de que se ha de seguir enviado la mercadería al nuevo precio salvo contraorden, el silencio aquí importa aceptación de la propuesta.

V.5. Prevalencia de Condiciones Internas o Externas

Ya dijimos que el acto voluntario posee elementos internos y externos, a la vez que todos deben concurrir para que el acto sea considerado en ese carácter. Puede suceder que existan discrepancias entre la voluntad interna y la exteriorización de ella, cuando ello ocurre hay que determinar si se hará prevalecer el querer íntimo de la persona (voluntad real) o su exteriorización (declaración), a fin de fijar el alcance del acto realizado.

Existen dos posturas al respecto, los partidarios de la teoría clásica de la intención o voluntad real, que privilegian las condiciones internas, y quienes adhieren a la teoría de la declaración o voluntad declarada, que lo hacen por lo que el sujeto manifestó.

Nuestro código adopta la concepción clásica, prueba de ello es: 1- la relevancia del requisito de la intención, pues cuando la declaración carece de este elemento se la tendrá por involuntaria; 2- cuando existe discrepancia entre la voluntad interna y la declaración suscitada por error, dolo o violencia prevalece la real intención del agente; 3- el error sobre la substancia de la cosa, anula el acto (art. 926 C.C.); 4- cuando la declaración de la voluntad desfigura la verdadera intención, se hace prevalecer a ésta (art. 1198 C.C.).

V.6. Imputabilidad de los Actos Voluntarios

Todo lo que acontece con relevancia en el mundo jurídico siempre tiene un hecho que le sirve de causa generadora, es decir, todo responde al principio causa-efecto. Usualmente sucede que para un efecto, concurren más de una causa formada por una serie de acontecimientos que actúan como factores determinantes, condicionantes de sucesivos fenómenos, y se interfieren recíprocamente que termina

siendo dificultoso discernir cuales han sido las causas, y en que medida contribuyeron las mismas para la ocurrencia de ese efecto.

Para determinar hasta donde resultan imputables los actos voluntarios (causa) por los efectos que emergen de los mismos, es necesario analizar la teoría de la imputabilidad de los actos voluntarios.

Toda consecuencia proveniente de la actividad humana le serán imputadas a su autor, pero dado que pueden existir elementos externos que incidan en tales consecuencias, deberá determinarse el alcance sobre dicha atribución.

En materia de responsabilidad, el código parte en determinar la aptitud que tuvo la persona en conocer y aceptar las consecuencias de sus actos voluntarios.

Artículo 919 C.C.: “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de de las consecuencias posibles de los hechos”.

El citado artículo es una muestra del criterio que sigue el codificador, pues a mayor conocimiento impone mayor responsabilidad. Para determinar la extensión de la responsabilidad deberá considerarse la magnitud del daño causado, la medida en que pueda atribuírsele a él o a otros factores externos, y también incidirá si actuó con dolo o culpa.

Para determinar el límite de la responsabilidad por los actos voluntarios, el código distingue entre consecuencias inmediatas, mediatas, casuales y remotas.

Artículo 901 C.C.: “Las consecuencias de un hecho que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman es este Código consecuencias inmediatas. Las consecuencias que resultan solamente de las conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman consecuencias mediatas. Las consecuencias mediatas que no pueden preverse, se llamaan consecuencias casuales”.

- Consecuencias inmediatas: son imputables a su autor (art. 903 C.C.);

- Consecuencias mediatas: son imputables al autor, cuando las hubiere previsto, y cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas (art. 904 C.C.);
- Consecuencias casuales: no son imputables al autor del hecho, sino cuando debieron resultar, según las miras que tuvo al ejecutar el hecho (art. 905 C.C.);
- Consecuencias remotas: son las que no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad, por ende, nunca son imputables a su autor (art. 906 C.C.).

V.7. Efectos de los Actos Involuntarios

El Código Civil ha sentado como principio general, que solo los hechos voluntarios producen obligaciones (art. 900 C.C.), por ello, el autor de un hecho involuntario carece de responsabilidad, por lo que no se le puede imputar ninguna consecuencia proveniente de sus actos.

Pero la ley no impide que se le atribuyan los derechos provenientes de esos actos involuntarios, de ahí que quien actúa bajo error o dolo ajeno puede aprovechar los beneficios del acto si no lo impugna. En idéntica situación se encuentra el insano.

El principio sentado en el art. 900 C.C., amerita dos aclaraciones:

- Si por un hecho involuntario se causare a otro algún daño en la persona y bienes, deberá indemnizarse a la víctima, si con el daño se enriqueció el autor del hecho y en tanto, en cuanto se hubiera enriquecido (art. 907, 1ª parte C.C.). El fundamento de esta disposición es evitar un enriquecimiento sin causa a quien actuó involuntariamente;
- Determina el art. 908 C.C., que en caso de existir daño, se dejan a salvo los derechos de los perjudicados, a la responsabilidad de los que tienen a su cargo personas que obren sin el discernimiento correspondiente. La citada norma guarda coherencia con los arts. 1113, 1114 y 1117 C.C.

El riguroso principio acerca de que los hechos involuntarios no producen por sí obligación alguna (art. 900 C.C.) se completa con el art. 907 C.C., que faculta a los jueces a determinar un resarcimiento a favor de la víctima de daño, fundado en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación persona de la víctima.

V.8. Actos Jurídicos

La teoría del acto jurídico reviste en el derecho la mayor importancia, por cuanto dicho acto es el medio por el cual el hombre impone un orden de relaciones jurídicas adecuado a las diversas finalidades que se propone realizar. Un amplio sector del derecho privado ha sido entregado por el legislador, en lo substancial, al gobierno de los particulares. Son relaciones jurídicas de contenido patrimonial que quedan sometidas en su regulación al principio de la autonomía de la voluntad. Por lo demás, aun en la parte restante del derecho privado, lo que podría denominarse el sector autoritario, puesto que su régimen proviene exclusivamente de la autoridad pública que lo determina, ej: derecho de familia, el derecho hereditario, los derechos reales, etc., aún allí, se advierte la importancia de la voluntad del sujeto que puede decidir sobre la aplicabilidad concreta de tal o cual estatuto en lo que a él respecta... No cabe duda, por lo que se ha dicho, que aun en un plano subordinado a la ley, la voluntad humana individual constituye un medio de expresión de derecho, siendo el acto jurídico el conducto por el cual aquella voluntad se exterioriza e impone. De ahí la trascendencia de la teoría del acto jurídico, que es una de las fundamentales de la ciencia del derecho.⁵⁴

Dentro de la categoría de actos voluntarios lícitos existe una especie, los actos jurídicos, que tiene una enorme importancia en el campo del derecho. Es el medio con que cuentan los hombres para establecer entre ellos el tejido infinito y complejísimo de sus relaciones jurídicas. La inmensa masa de actos jurídicos comprende hechos de tan diversa importancia y naturaleza como, por ejemplo, las pequeñas compras de mercaderías al contado (cigarrillos, golosinas, comestibles,

⁵⁴ Llambías, J. *Tratado de Derecho Civil*. (Parte General) Tº II, 1435 – pág. 313

etc), la adquisición de un inmueble, de un establecimiento comercial o industrial, un pago, etc.⁵⁵

Artículo 944 C.C.: “Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos”.

V.8.1. Caracteres del Acto Jurídico

- **Hecho Humano:** solo pueden ser actos jurídicos, aquellos realizados por los seres humanos, en contraposición a los hechos naturales.
- **Acto Voluntario:** el acto jurídico está vertebrado en la noción de la voluntad, razón por la cual el sujeto que celebra un acto formalmente jurídico, sin discernimiento, intención o sin libertad, puede impugnarlo para desentenderse de sus efectos propios. Aquí es donde se advierte la vinculación existente entre la teoría de los actos voluntarios y de las nulidades.
- **Acto Lícito:** ello surge desde que el derecho no puede regular ni muchos menos estar al servicio de actos ilícitos. Aquí también existe una estrecha relación con la teoría de las nulidades, pero es de hacer notar que mientras en el caso anterior la sanción de nulidad actúa a favor del agente, como una medida de protección, por lo que puede ser aducida por él, cuando el agente realiza un acto ilícito, la sanción reacciona contra el autor del acto que no se somete a la ley, a punto que la nulidad puede ser invocada por todos menos por el mismo agente.
- **Fin Inmediato de Producir Efectos Jurídicos:** es característica exclusiva del acto jurídico, que el mismo tiene que tener por fin inmediato, la creación, o la modificación, o la extinción de una relación jurídica. Este aspecto lo distingue de todo otro acto, que pese a ser voluntario y lícito,

⁵⁵ Borda, G. Ob. Cit. – pág. 406.

no son expresión del querer o propósito fuertemente coloreado de jurídico.

V.8.2. Clasificación de los Actos Jurídicos

V.8.2.1. Actos Positivos o Negativos

Artículo 945 C.C.: “Los actos jurídicos son positivos o negativos, según que sea necesaria la realización u omisión de un acto, para que un derecho comience o acabe”.

Un contrato de compraventa es un acto positivo porque requiere la entrega de la cosa para que comience el dominio sobre ella, a favor del comprador.

El pacto para que no se eleve una pared arriba de cierta altura, es un acto negativo, porque el derecho del beneficiario requiere para su plena subsistencia la continuada abstención del obligado.

V.8.2.2. Actos Unilaterales o Bilaterales

Artículo 946 C.C.: “Los actos son unilaterales o bilaterales. Son unilaterales, cuando basta para formarlos la voluntad de una sola persona, como el testamento. Son bilaterales, cuando requieren el consentimiento unánime de dos o más personas”.

Se enseña que esta clasificación no debe confundirse con la similar de los contratos que aun cuando utiliza la misma nomenclatura tiene su fundamento enteramente diferente. Así la clasificación de los actos jurídicos se basa en el número de voluntades que entran en la formación del acto; en cambio, la clasificación de los contratos toman en cuenta el número de partes obligadas o las obligaciones que se generen para las partes.

La importancia de esta clasificación interesa al sistema de las nulidades, pues la nulidad parcial sólo funciona en principio respecto de los actos unilaterales.

V.8.2.3. Actos Entre Vivos o de Última Voluntad

Artículo 947 C.C.: “Los actos jurídicos cuya eficacia no depende del fallecimiento de aquellos de cuya voluntad emanan, se llaman en este Código actos entre vivos, como son los contratos. Cuando no deben producir efecto sino después del fallecimiento de aquellos de cuya voluntad emanan, se denominan disposiciones de última voluntad, como son los testamentos”.

La diferencia entre unos y otros radica en el comienzo de su existencia. Los actos entre vivos, comienzan a existir desde la celebración del acto; en tanto, que las disposiciones de última voluntad no existen sino a partir de la muerte del disponente, tal como sucede con los testamentos.

V.8.2.4. Actos Onerosos y Gratuitos

Actos onerosos son aquellos que confieren alguna ventaja a alguna de las partes, que a su vez queda obligada a satisfacer determinada contraprestación; ej., la compraventa, la locación, etc.

Actos gratuitos, son los que benefician exclusivamente a una sola de las partes interviniente, sin que ella quede obligada a contraprestación alguna; ejemplo: la donación, el legado, etc.

Sintéticamente podemos decir que en relación a la capacidad de las partes, ella es más restringida para realizar actos gratuitos que para celebrar actos onerosos. En cuanto a la posición de los herederos frente a los actos de enajenación realizados por el deudor insolvente, es más cómoda si la índole de tales actos es gratuita, pues no necesitará acreditar la mala fe del donatario. Finalmente, en los actos onerosos concurre la garantía de evicción del adquirente, lo que no existe en los actos gratuitos, salvo pacto expreso.

V.8.3. Elementos Esenciales de los Actos Jurídicos

Los elementos esenciales de un acto jurídico son aquellos, cuya concurrencia resulta indispensable para que exista el mismo acto. Por ello, la

ausencia de cualquiera de los elementos importa la inexistencia de un acto jurídico. Ellos son: sujeto, objeto, forma.

- El **sujeto** es el autor del acto, o persona de quien emana.
- El **objeto** es la cosa o hecho sobre el cual recae la obligación contraída. En otras palabras, es la prestación adeudada. Esto resulta claro cuando se trata de obligaciones de hacer o de no hacer; aquí el objeto es exclusivamente una conducta humana. Pero la idea se vuelve menos nítida en las obligaciones de dar. ¿cuál es aquí el objeto, la cosa misma prometida o la conducta del que se obliga a entregarla? En tales casos, el objeto del acto jurídico es la prestación, al decir de Hernández Gil, se encuentra caracterizado por dos factores. Uno de ellos constante, que es el comportamiento del deudor: otro variable, que puede o no concurrir, la cosa. Entonces, la prestación, que siempre es conducta, puede o no estar referida a las cosas, como en las prestaciones de dar, en que aquéllas se incorporan al objeto. Si no va referida a las cosas, como en las prestaciones de hacer, es sólo conducta lo que integra el contenido de la obligación.
- La **forma** es la manera como se relaciona el sujeto con el objeto, osea la exteriorización de la voluntad del sujeto respecto del objeto, en orden a la consecución del fin jurídico propuesto.

V.8.4. Requisitos de los Elementos de los Actos Jurídicos

V.8.4.1. Sujetos

El acto jurídico para ser válido requiere que no se encuentre viciada la voluntad del sujeto que lo emite, a la vez que éste deberá poseer capacidad suficiente para cambiar su estado de derecho.

Si bien el sujeto, a partir de los 14 años la ley entiende que adquiere pleno discernimiento para la realización de toda clase de actos, la ley impide hasta cierta edad ulterior la celebración de los actos jurídicos por la repercusión desfavorable que éstos pueden reportarle a la persona. Conforme a ello, dicha ineptitud se extiende hasta los veintiún años, momento en que adquiere la mayoría de edad.

Por otra parte, en la relación jurídica, todos los elementos constitutivos deben estar determinados o ser, en el peor de los supuestos, determinables.

Los negocios o actos jurídicos tienen, con relación a las personas, lo que se llama un *efecto relativo*. Esto quiere decir que sus consecuencias, tanto ventajosas como perjudiciales, sólo atañen a las partes que en ellos intervienen (Parte, son las personas que con la declaración de voluntad ejercen una prerrogativa jurídica propia, como en la compraventa, el comprador y el vendedor, que concurren a entregar la cosa el primero y adquirirla el segundo). Los terceros, en principio, por ser ajenos al acto o negocio, no pueden verse alcanzados por sus efectos.⁵⁶

V.8.4.2. Objeto

Artículo 953 C.C.: “El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sea objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto”.

Así como la ley exige respecto del sujeto un requisito positivo para la validez del acto jurídico (capacidad), tratándose del objeto sólo indica requisitos negativos, señalando cuáles son las cosas y los hechos que no pueden constituir el objeto de los actos jurídicos. En esta materia rige el principio de raíz constitucional (art. 19 C.N.), según el cual la determinación del objeto del acto jurídico es asunto entregado a la libertad de los particulares, que pueden, según sus fines, concretar el contenido del acto jurídico, o su objeto-fin, conforme a la expresión usada entre nosotros por Spota. Desde luego, la voluntad del sujeto se tenderá en busca de un bien o de un hecho, aptos para satisfacer el fin propuesto.⁵⁷

⁵⁶ Belluscio, A; Zannoni, E. *Código Civil Comentado, Anotado y Concordado*. Tº 4 – pág. 279.

⁵⁷ Llambías, J. *Tº II* (Parte General). Nº 1455, p. 327

El objeto, es una entidad que puede ser material o inmaterial, sobre la cual recae el interés implicado en la relación y constituye el punto de incidencia de la tutela jurídica. Este interés, está regulado directamente por los sujetos, como una manifestación de la autonomía privada que el ordenamiento reconoce, no persigue en el negocio jurídico finalidades espirituales de orden superior y trascendentes respecto de los individuos (cultura, ciencia, moral, religión, etc.). Sin embargo, tales finalidades pueden determinar la celebración de actos o negocios jurídicos, puesto que los bienes a que pertenecen se estiman atendiendo a su aptitud para satisfacer necesidades de la vida en relación. Así, la elevación espiritual del artista en su creación no tiene significado jurídico, pero sí lo tienen, por ej.: la locación de obra intelectual y el contrato de edición que pueden derivar de aquella creación.⁵⁸

En cuanto a la materia que no puede ser objeto de los actos jurídicos, el codificador se refieren separadamente a las cosas y a los hechos, que se tratarán en ese orden:

V.8.4.2.1. Cosas⁵⁹

- Las cosas que están en el comercio, a que se refiere la disposición, son aquellas cuya enajenación no fuere expresamente prohibida o dependiente de una autorización pública (art. 2336 C.C.). Más allá de este principio general, corresponde atender en cada uno de los contratos cuales son las prohibiciones que se han estipulado particularmente para cada uno de ellos; ej: arts. 1327, 1491, 1799 Código Civil.
- Respecto de las cosas que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, es también una disposición general que remite a lo que en cada caso en particular se prohíba para que una cosa sea objeto de un acto jurídico.
- No lo expresa el artículo 953 C.C., pero tanto las cosas como los hechos que forman el objeto del acto jurídico, deben estar determinados, puesto

⁵⁸ Betti, E. *Teoría General del Negocio Jurídico*. Nº 5 – pág. 68.

⁵⁹ Debe atribuirse a la palabra "cosa" el concepto de "bienes", o sea, comprensible de aquéllas y de los objetos inmateriales.

que no sería posible constreñir al deudor al pago de una cosa o un hecho si no se puede precisar cuál es la cosa o hecho debido.

V.8.4.2.2. **Hechos**

- Al referirse a hechos que no sean imposibles, debe interpretarse el precepto desde una doble óptica; como una *imposibilidad jurídica*, esto es, que no pueden tener lugar según el ordenamiento jurídico (la dirección de una obra constructiva por quien no es ingeniero, el asesoramiento por quien no es abogado, etc.); y como una *imposibilidad natural*, trata de evitar actos jurídicos cuyo objeto sea absurdo, ej: tocar el cielo con las manos. La imposibilidad debe ser absoluta, no basta que el objeto resulte imposible para un deudor determinado, ya sea por falta de aptitudes o capacidades personales, o por otras razones circunstanciales. Es necesaria una total imposibilidad, sea física o jurídica. Si una persona que carece de condiciones artísticas se obliga a realizar un retrato o una escultura, no podrá alegar más tarde la ineficacia de la obligación por su imposibilidad de cumplir con la tarea para la cual se ha comprometido, puesto que, en términos absolutos, hacer una escultura o un cuadro es perfectamente posible.
- Hecho ilícitos, son aquellos que son prohibidos por las leyes; tales como: constituir una sociedad para cometer delitos.
- Los hechos que no deben ser opuestos a la libertad de las acciones de la conciencia. Caen en esta prohibición, el compromiso de habitar un determinado lugar o profesar una determinada religión, etc.
- Los hechos no deben perjudicar los derechos de un tercero, tales sucede en los actos fraudulentos.
- Hechos que no sean contrarios a las buenas costumbres, cuyo fundamento surge del contenido moral del acto jurídico. En efecto, el derecho es una disciplina de conducta al servicio del hombre, en la plenitud de su vida y en la dignidad de sus fines, motivo por el cual el derecho no ampara los actos contrarios a la moral. Buenas costumbres y moral son conceptos idénticos, y cuando el Código Civil hace referencia a esos conceptos, se toma como pauta la moral católica definida por la

misma Iglesia Católica Apostólica Romana, guardando total coherencia con la Constitución Nacional. Así, conforme explica Llambías, al apreciar el contenido moral concreto que debe tener el acto jurídico nos atenemos a la directiva que emana de nuestra Carta Magna. Esta tesis, además de ser correcta conforme a los principios básicos de la hermenéutica, tiene la ventaja de dar a la noción de ética una gran estabilidad y firmeza puesto que independiza el contenido moral del acto de una apreciación subjetiva del juez; no es asunto que dependa de la moralidad rigurosa o desaprensiva de los individuos que ejerzan la judicatura, sino de la moral católica definida por la Iglesia.

- El análisis de la moralidad de los actos debe ser realizado a partir de los conceptos objetivos correspondientes a la moral social o moral media, la cual no es otra que aquella que se adecua a los conceptos correspondientes de la moral cristiana. Ante la necesidad de recurrir a criterios de moral objetiva, la moral cristiana constituye un parámetro que descarta la aplicación de principios de la moral subjetiva que quisiera expresar cada juez, con grave riesgo para la seguridad jurídica, pues ello fácilmente conduciría a la arbitrariedad.⁶⁰

V.8.4.3. Forma

Enseña Ihering, que la forma es el contenido del acto desde el punto de vista de su visibilidad; supone siempre el contenido, porque no hay forma sin contenido, ni contenido sin forma.

Para Llambías, es la manera como se exterioriza la voluntad del sujeto respecto del objeto, en orden a la consecución del fin jurídico propuesto.⁶¹

Ya expusimos que la exteriorización del acto constituye un requisito esencial para que exista el acto voluntario, puesto que sin exteriorización de la voluntad del sujeto no hay acto voluntario (art. 913 Cód. Civil). Entonces, el modo

⁶⁰ Salas, A.; Trigo Represas, F.; López Mesa, M. *Código Civil Anotado*. T° 4-A – pág 404.

⁶¹ Llambías, J. “*Vigencia de la teoría del acto jurídico inexistente*”, en Rev. de la Fac. de Der. y Ciencias Soc de Bs. As. , año III – pág. 634.

adoptado por la persona para exteriorizar su voluntad, es la forma misma del acto, como magistralmente ha dicho Llambías, la forma es el elemento aglutinante del acto jurídico, porque es el que relaciona al sujeto con el objeto.

El Código Civil conceptualiza la forma, en su artículo 973, al decir: *“La forma es el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico; tales son: la escritura del acto, la presencia de testigos, que el acto sea hecho por escribano público o por un oficial público, o con el concurso del juez del lugar”*.

Coincidimos con quienes opinan que la noción de forma como elemento esencial de los actos jurídicos, difiere de la noción legal de forma dada por el artículo 973, ya que éste precepto transcrito confunde el concepto de forma con los eventuales requisitos de solemnidad que la ley exige para ciertos actos.

V.8.4.3.1. Principio de “Libertad de Formas”

Artículo 974 C.C.: “Cuando por este Código, o por las leyes especiales no se designe forma para algún acto jurídico, los interesados pueden usar de las formas que juzgaren convenientes”.

La mayoría de las civilizaciones adelantadas han adoptado el principio de “libertad de formas”, que se caracteriza por dejar a los particulares la elección de los medios de expresión que estiman más adecuados para la celebración de los actos jurídicos, salvo en aquellos casos excepcionales en que la ley determine la observancia de alguna forma en particular como requisito de validez del acto.

Nuestra ley instituye el principio básico de libertad de formas, en el sentido de que los actos formales son la excepción, por tratarse de acto o negocios jurídicos cuya solemnidad está expresamente establecida en la norma como forma impuesta, o bien por voluntad de las partes en ejercicio de la autonomía privada. La ley ha consagrado aquí un nuevo apuntalamiento de la autonomía de la voluntad que caracteriza al negocio jurídico, por encima de formalidades determinadas. Las partes son libres para expresar sus intenciones, de modo que toda manifestación (sea verbal, por signos, escrita), es jurídicamente relevante con tal de que sea idónea,

dejando a salvo los casos para los cuales está prescripta una especial carga de forma por la ley o por convenio de las partes, caso en el cual deben ajustarse a ella.⁶²

A partir del concepto de “forma legal”, esto es la forma prescripta por la ley relativas al modo en como deben celebrarse cada uno de los actos jurídicos, se suelen distinguir las formas en *ad probationem* y formas *ad solemnitatem*. Las primeras, la forma es exigida sólo como un medio de prueba del acto y como protección de los derechos de terceros, por lo que si el interesado demuestra la existencia del acto, puede obligar a su contraparte que cumpla con las formalidades que la ley impone, por ejemplo, la compraventa de inmueble debe hacerse por escritura pública, pero en la práctica se formalizan por un boleto privado. Si bien este boleto no da derecho al comprador para exigir la entrega del inmueble, sí lo habilita para reclamar al vendedor el otorgamiento de la escritura (art. 1185 C.C.).

Las formas legales *ad solemnitatem* son establecidas con un rigor categórico, de manera que si no se cumplen, la ley considera que el acto no ha quedado formado para producir su efecto propio, por ejemplo, la donación de los inmuebles debe realizarse mediante escritura pública, bajo pena de nulidad.

V.8.4.3.2. Actos Formales y no Formales

A partir de la división realizada en el punto que antecede, podemos clasificar los actos en formales y no formales. Son **formales**, los actos jurídicos cuya validez depende de su celebración bajo la forma exclusivamente determinada por la ley, ej: la cesión de créditos debe hacerse por escrito, bajo pena de nulidad (art. 1454 C.C.). En tanto, que los actos **no formales**, son aquellos a los cuales la ley no le señala forma determinada, cayendo dentro del principio general de la libertad de formas.

A su vez, los actos formales se subdividen en actos **solemnes** y **no solemnes**. Los primeros, son aquellos en los cuales la omisión de la forma establecida no sólo provoca la nulidad del acto como tal, sino que además lo destituye de cualquier otro efecto civil, ej: el matrimonio. Los actos formales no solemnes, son aquellos a cuyo respecto la omisión de la forma legal establecida determina la nulidad del acto en

⁶² Belluscio, A; Zannoni, E. *Código Civil Comentado, Anotado y Concordado*. Tº 4 – pág. 466.

cuanto tal, pero no le impide producir otros efectos diferentes, ej: si la transmisión del dominio sobre un inmueble no se realiza por escritura pública, el dominio no se ha transmitido, pero los actos realizados valen como contratos en los que las partes se han obligado a realizar la escritura pública.

V.8.4.3.3. Distintos Tipos de Formas

V.8.4.3.3.1. Forma Escrita

Artículo 978 C.C.: “La expresión por escrito puede tener lugar, o por instrumento público o por instrumentos particulares, salvo los casos en que la forma de instrumento público fuere exclusivamente dispuesta”.

V.8.4.3.3.1.1. Instrumentos Públicos

Son todos aquellos instrumentos otorgados con las formalidades que la ley establece, en presencia de un oficial público a quien la ley confiere la facultad de autorizarlos como tales.

El Código Civil no ha definido a los instrumentos públicos, solamente se ha limitado a enumerarlos en el artículo 979. Del análisis de los instrumentos consignados en dicho artículo, se extraen los siguientes requisitos:

- **Oficial Público Autorizante:** El oficial público interviniente ha de ser hábil para llenar esa función. Ha de ser apto para otorgar instrumentos públicos, lo cual proviene de la investidura que corresponde a su cargo. Esto deriva del nombramiento hecho por la autoridad pública competente, pero hasta que no haya sido puesto en posesión del cargo, el oficial público no es capaz, es decir, no está autorizado para otorgar válidamente los instrumentos públicos que corresponden a su función. La capacidad del oficial público originada en el nombramiento respectivo es independiente de que el sujeto reúna las condiciones de idoneidad exigidas por la ley.

- **Competencia del Oficial Público:** Asimismo, el instrumento público para ser válido debe ser autorizado por oficial público competente. La competencia del oficial público se refiere a un doble aspecto: en cuanto a la materia sobre que versa el instrumento, y en cuanto al territorio o lugar en que ha sido otorgado. Tal es lo prescripto en el artículo 980 C.C.: *“Para la validez del acto, como instrumento público, es necesario que el oficial público obre en los límites de sus atribuciones, respecto a la naturaleza del acto, y que éste se extienda dentro del territorio que se le ha asignado para el ejercicio de sus funciones...”*.
- **Formalidades Legales:** Artículo 986 Código Civil: *“Para la validez del acto es preciso que se hayan llenado las formas prescriptas por las leyes, bajo pena de nulidad”*. Como los instrumentos públicos son de diferentes clases, no es posible enunciar una forma que sea común a todos ellos, salvo actuación del oficial público que, como ya se dijo, es el elemento esencial que comunica a estos elementos su carácter propio. No obstante ello, como elementos comunes a todo instrumento público se pueden estipular los siguientes:
 - **Firma:** El instrumento público requiere esencialmente para su validez, que esté firmado por todos los interesados que aparezcan como partes en él, lo cual es una forma de controlar, en cierto modo, la actuación del oficial público. Ello se encuentra estipulado en el artículo 988 C.C.: *“El instrumento público requiere esencialmente para su validez, que esté firmado por todos los interesados que aparezcan como parte en él...”*.
 - **Testigos:** Algunas de las especies de instrumentos públicos mencionados por el codificador en el art. 979 C.C., requieren la presencia de testigos, que por ello reciben el nombre de testigos instrumentales. Además de esa clase de testigos se conocen otras dos: los testigos de conocimiento que justifican la identidad de una persona desconocida del oficial público, y los testigos honorarios, cuya presencia oficiosa redundará en honor de los intervinientes, ej: testigos suplementarios de casamiento.

V.8.4.3.3.1.1.1. Prueba de los Instrumentos Públicos

El instrumento público goza de presunción de autenticidad, efecto del que se hace meritorio por la actuación del Oficial Público, abonada por su firma y sellos. Al decir de Dumoulin, el instrumento público se prueba por sí mismo. La explicación deviene del hecho que este tipo de documentos están acompañados de signos externos, difíciles de imitar, tales como timbres y sellos característicos, y la firma de un funcionario, cuya autenticidad es fácilmente comprobable.

Artículo 993 C.C.: “El instrumento público hace plena fe hasta que sea argüido de falso, por acción civil o criminal, de la existencia material de los hechos, que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia”.

La expresión “hechos” comprende la fecha del acto, la autenticidad de las firmas consignadas y la observancia de las formalidades, cuyo cumplimiento hace constar el documento.

Los hechos pasados ante el Oficial Público o realizados por él tienen una fuerza de convicción casi irrefutable, que sólo es posible desvirtuar por la llamada querrela de falsedad, que debe intentarse por la vía civil o criminal.

Respecto del alcance que tiene su valor probatorio, hay que decir que los instrumentos públicos hacen plena fe, no solo entre las partes sino también respecto de terceros. Pero la fe debida a la palabra del oficial público no se extiende a todas sus afirmaciones, sino solamente a lo que él ha hecho, visto u oído, por suceder en su presencia y en el ejercicio de sus funciones. Así, el artículo 994 C.C., dispone: *“Los instrumentos públicos hacen plena fe, no sólo entre las partes, sino contra terceros, en cuanto al hecho de haberse ejecutado el acto, de las convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos, etc, contenidos en ellos”.*

Completa el artículo 995 del C.C.: *“Los instrumentos públicos hacen plena fe de las enunciaciones de hecho o actos jurídicos directamente relativos al acto jurídico que forma el objeto principal, no sólo entre las partes sino también respecto de terceros”.*

Cabe aclarar que dichas normas se refieren a los efectos del instrumento como medio de prueba de los hechos documentados, y no del efecto del acto jurídico

instrumentado, que se rige por otros principios: los contratos no pueden perjudicar a terceros, ni oponerse a ellos (arts. 1195, 1199 C.C.).

En verdad lo que confiere a un instrumento la calidad de *público* es su *autenticidad*: a diferencia de los privados prueban per se la verdad de su otorgamiento, sin necesidad de reconocimiento de la firma que lo suscribe. Esa fe pública que merecen estos instrumentos deriva ordinariamente de la intervención de un oficial público, aunque a veces basta con el cumplimiento de ciertas formalidades a las que están sometidos por la ley; todo lo cual les confiere una seguridad y seriedad muy superiores a las que puedan ofrecer los privados. Por ello la ley les atribuye autenticidad, ya entre las partes o con relación a terceros; poseen fuerza ejecutiva, su fecha es considerada cierta y la copia de ellos legalmente extraída, tiene el mismo valor que los originales.⁶³

V.8.4.3.3.1.2. Instrumentos Privados

La diferencia más ostensible entre los instrumentos públicos respecto de los privados, es que estos son papeles firmados por las partes sin la intervención de oficial público alguno. En tal sentido, estamos en presencia de documentos redactados por los particulares y firmados por los mismos, sin la presencia de otras personas fuera de ellos.

Artículo 1012 C.C.: “La firma de las partes es una condición esencial para la existencia de todo acto bajo forma privada. Ella no puede ser reemplazada por signos ni por las iniciales de los nombres o apellidos”.

De este artículo se infiere que el Código no impone a los instrumentos privados, formalidades especiales, es decir, que se encuentra un amplio campo de expansión al principio de libertad de formas, ya que además de poder elegir el tipo de formas que las partes consideren convenientes, una vez elegida la forma escrita, puede redactar los documentos privados de la manera que estimen más conveniente.

Es dable analizar como elementos integrantes de los instrumentos privados: la firma y el doble ejemplar.

⁶³ Borda, G. *Tratado de Derecho Civil*. (Parte General). Tº II, 964 – pág. 195

- **Firma:** Es el único requisito de forma común a todos los instrumentos privados, no debe confundirse con la mera indicación del nombre y apellido de la persona que suscribe el documento. Podemos caracterizar a la firma, como el trazo peculiar mediante el cual el sujeto consigna habitualmente su nombre y apellido, o sólo su apellido, a fin de hacer constar las manifestaciones de su voluntad. Es interesante, el concepto dado sobre éste tema por el codificador en la nota al artículo 3639 del C.C. “...La firma no es la simple escritura que una persona hace de su nombre o apellido: es el nombre escrito de una manera particular, según el modo habitual seguido por la persona en diversos actos sometidos a esta formalidad...”. El precepto dado en el artículo 1012 antes transcripto, (que no admite el reemplazo de la firma por signos o iniciales de nombre y apellidos, debe ser complementado con el artículo 1014 del C.C.: *“Ninguna persona puede ser obligada a reconocer un instrumento que esté sólo firmado por iniciales o signos; pero si el que así lo hubiese firmado lo reconociera voluntariamente, las iniciales o signos valen como la verdadera firma”*.
- **Doble Ejemplar:** Deben confeccionarse tantos ejemplares como partes hayan en el acto con un interés distinto. Tal es lo dispuesto por el artículo 1021 del Código Civil: *“Los actos, sin embargo, que contengan convenciones perfectamente bilaterales deben ser redactados en tantos originales, como partes haya con un interés distinto”*. De este precepto surge que deben realizarse tantos ejemplares como partes con obligaciones a su cargo hayan en un contrato, quedando por ende fuera de la obligación de formalizar el acto bajo doble ejemplar, los actos no contractuales, ej: el reconocimiento de un hijo; los contratos unilaterales; y los llamados contratos bilaterales imperfectos.

V.8.4.3.3.1.2.1. Prueba de los Instrumentos Privados

Los instrumentos privados no prueban per se, porque carece por sí mismo de autenticidad. Ésta es la diferencia sustancial que separa a los instrumentos públicos y privados, puesto que mientras los primeros están revestidos de autenticidad por la intervención del oficial público que les comunica su carácter peculiar, en tanto que los otros, al ser realizados entre particulares carecen de

autenticidad por no saberse de antemano si emanan de la persona a quien se atribuyen. De aquí la necesidad de establecer previamente la autenticidad del instrumento para poder apreciar después la eficacia probatoria de su contenido.

La autenticidad de un instrumento se determina por la verificación de si firma obrante en él, se corresponde con la persona que aparece como firmante. Dicha verificación puede ser efectuada mediante el reconocimiento del firmante o en su defecto por la declaración judicial.

En cuanto al valor probatorio del contenido del instrumento privado, cualquiera fuese la vía por la cual se ha establecido su autenticidad, es análogo al del instrumento público (art. 1026 C.C.). Corresponde distinguir, entonces, la verdad material de la relación de los hechos consignados en el documento, y la sinceridad de los mismos hechos. Con relación a la verdad material del instrumento, éste hace plena fe hasta la querrela criminal de falsedad o la acción civil de redargución de falsedad lo cual significa que para desvirtuar la eficacia probatoria del instrumento respecto de la realización de lo hechos aseverados bajo la firma de las partes, será menester demostrar su falsedad, que si es aducida por alguna de las mismas partes, no puede resultar sino de la prueba de la adulteración del documento.⁶⁴ En cambio, la sinceridad del instrumento vale hasta la prueba en contrario que es posible rendir por cualquier medio, y principalmente por el contradocumento que lo desvirtúa, de relevante aplicación en los casos de simulación.⁶⁵

El instrumento privado reconocido judicialmente, tiene el mismo valor probatorio entre partes y respecto de terceros que el instrumento público. Ello conforme lo determina el artículo 1026 C.C.: *“El instrumento privado reconocido judicialmente por la parte a quien se opone, o declarado debidamente reconocido, tiene el mismo valor que el instrumento público entre los que lo han suscrito y sus sucesores”*.

⁶⁴ Juzg. Paz Letrado. Mendoza, Bol. Jud Mendoza, tº 47 – pág. 15.

⁶⁵ Cám. Civ., Sala A, “J.A.”, 1962-II, - pág. 491.

V.8.4.3.3.1.2.2. Fecha Cierta

Conforme se expuso, el valor probatorio de los instrumentos privados sólo se extiende a los terceros, a partir del momento en que adquieren fecha cierta, pues con anterioridad son inoponibles respecto de ellos. El artículo 1034, expone: *“Los instrumentos privados, aun después de reconocidos, no prueban contra terceros o contra los sucesores por título singular, la verdad de la fecha expresada en ellos”*.

A su vez, éste precepto puramente negativo debe ser complementado por el artículo siguiente, que indica los modos por los cuales los instrumentos privados adquieren fecha cierta frente a terceros. Así, el artículo 1035 C.C. expresa: *“Aunque se halle reconocido un instrumento privado, su fecha cierta en relación a los sucesores singulares de las partes o a terceros, será:*

- *la de su exhibición en juicio o cualquiera repartición pública para cualquier fin, si allí quedase archivado;*
- *la de su reconocimiento ante un escribano y dos testigos que los firmares;*
- *la de su transcripción en cualquier registro público;*
- *la del fallecimiento de la parte que lo firmó, o del de la que lo escribió, o del que firmó como testigo”*.

V.8.5. Vicios de los Actos Jurídicos

Se denominan vicios de los actos jurídicos a ciertos defectos congénitos de ellos, susceptibles de producir la invalidez de los actos que los padecen.⁶⁶

V.8.5.1. Error de Hecho

Conforme se expresó, el error es el falso conocimiento que se tiene sobre una cosa, mientras que ignorancia es la ausencia de conocimiento acerca de algo.

⁶⁶ Llambías, J. *Tratado de Derecho Civil*. (Parte General) Tº II, 1710 – pág. 465

Amén de esta diferencia teórica, difícilmente puede ignorarse la totalidad de un acto a realizar, motivo por el cual la ley las asimila en sus consecuencias.

Por ello, podemos decir que es el error de hecho el que obstaculiza la voluntad. Ahora bien, no cualquier tipo de error de hecho vicia al acto jurídico, sino que el mismo tiene que ser “esencial”, a tenor de lo prescrito en el artículo 925 C.C., el tema es que el codificador no proporciona un criterio conceptual de lo que ha de entenderse por “error esencial”, sino que adopta un criterio enunciativo indicando los diversos casos que corresponden a este tipo. Tales son: 1- error sobre la naturaleza del acto (art. 924 C.C.); 2- error sobre la persona (art. 925 C.C.); 3- error sobre la causa principal del acto y sobre la cualidad substancial de la cosa (art. 926 C.C.); 4- error sobre el objeto del acto (art. 927 C.C.).

- **Error sobre la Naturaleza del Acto:** Artículo 924 C.C.: “*El error sobre la naturaleza del acto jurídico anula todo lo contenido en él*”. Ejemplo: si A entendió vender y B creía recibir la cosa en donación.
- **Error sobre la Persona:** Artículo 925 C.C.: “*Es también error esencial y anula el acto jurídico, el relativo a la persona, con la cual se forma la relación de derecho*”. En la comprensión del precepto, debe examinarse a- su alcance y b- qué es lo relativo a la persona que puede ser materia del error. Respecto del primer aspecto, el alcance tiene un sentido general, puesto que debe verificarse si la consideración de la persona ha podido influir en la realización del acto jurídico. Por ello, quien pretenda mantener la validez del acto, no obstante el error incurrido respecto de la persona, debe probar que ésta es indiferente para el resultado del acto, y que el acto se habría celebrado igualmente de haberse sabido la verdadera identidad o cualidad de ella. En cuanto al segundo punto, el error, tanto puede versar sobre la identidad de la persona, como sobre las cualidades de ella. Resta agregar, que el error sobre el nombre de la persona, si no se traduce en un error de identidad, es irrelevante y no afecta la validez del acto; en tanto, que quien intente impugnar el acto atendiendo a las cualidades personales de la contraparte, tendrá que demostrar fueron éstas mismas cualidades las que suponía existentes y que a su vez lo determinaron a celebrar el acto.
- **Error sobre la Causa Principal y Cualidad Substancial de la Cosa:** Artículo 926 C.C. “*El error sobre la causa principal del acto, o sobre la*

calidad de la cosa que se ha tenido en mira, vicia la manifestación de la voluntad, y deja sin efecto lo que en el acto se hubiere dispuesto". El presente artículo debe ser analizado cambiando la letra "o" por una "y", ya que ambos conceptos se complementan, porque la conjunción disyuntiva "o" no indica diferenciación entre ambos conceptos, sino que los mismos se complementan. El error sobre la cualidad de la cosa, es la que debe haber operado como causa principal del acto. No debe confundirse con el error sobre la identidad del objeto. Aquí la cosa es la misma que la que se ha tenido en mira al momento de celebrar el acto, pero hay una falla en cuanto a la cualidad substancial que se esperaba encontrar en ella. Ahora bien, el concepto "*cualidad substancial*" debe analizarse desde una óptica subjetiva, esto es, la cualidad de la cosa que los contratantes tuvieron en mira, y que precisamente los determinó a contratar por la misma, a tal punto, que si el interesado hubiera conocido su error no hubiera contratado. Ej: se puede anular la venta de un terreno que se adquiere para construir un edificio, si la edificación en la zona está prohibida.

- ***Error sobre el Objeto:*** Artículo 927 C.C.: "*Anula también el acto, el error respecto al objeto sobre que versare, habiéndose contratado una cosa individualmente diversa de aquella sobre la cual se quería contratar, o sobre una cosa de diversa especie, o sobre una diversa cantidad, extensión o suma, o sobre un diverso hecho*". Ejemplo de ello, es si A entiende vender su campo en Córdoba y B creer comprar el de Santa Fe.

Al momento de evaluar respecto la validez o la nulidad de un acto, no solo debe analizarse si el mismo se encuadra en los artículos antes transcritos, sino que en caso de duda deberá el intérprete cerciorarse que no se ajuste a lo prescripto en el artículo 928, que dice: "*El error que versare sobre alguna calidad accidental de la cosa, o sobre algún accesorio de ella, no invalida el acto, aunque haya sido el motivo determinante para hacerlo, a no ser que la calidad, erróneamente atribuida a la cosa, hubiese sido expresamente garantizada por la otra parte, o que el error proviniese de dolo de la parte o de un tercero, siempre que por las circunstancias del caso se demuestre que sin el error, el acto no se habría celebrado, o cuando la calidad de la cosa, lo accesorio de ella, o cualquier otra circunstancia tuviesen el carácter expreso de una condición*". Así, si se compra un caballo en vista de su

corpulencia, pero luego no resulta ser tan fuerte como lo esperado; si se compra una cosa por barata, cuando en realidad es cara; querer comprar en la tienda A, cuando se compra en la tienda B; etc.

El Dr. Borda expresa, que la falibilidad humana es tal que si cualquier error diera lugar a la anulación de los actos jurídicos, las nulidades serían frecuentísimas. Se ha hecho necesario, por consiguiente, introducir una distinción entre el *error esencial* y el *accidental*. El primero es aquel que se refiere al elemento del contrato que se ha tenido especialmente en mira al celebrarlo; sólo él da lugar a la anulación del acto. En cambio, el error que recae sobre circunstancias secundarias o accidentales no es suficiente para provocar la invalidez. El criterio que permite distinguir si el elemento del negocio ha sido o no esencial, es eminentemente objetivo; dependerá de lo que ordinariamente, en la práctica de los negocios, se tenga por tal; y nadie puede pretender que una cualidad o persona ha sido determinante de su consentimiento si, objetivamente considerada, no es esencial. Tal es la doctrina que se desprende claramente del art. 928 C.C. Queda, sin embargo, a salvo el caso de que esa cualidad accidental haya sido exigida expresamente como condición por la parte interesada (art. 928 C.C.); pero, en tal caso, el fundamento de la anulación no será el error, sino la falta de una de las condiciones exigidas en el acto.⁶⁷

Finalmente, para poder alegar la existencia de un error el mismo debe ser excusable y no debe haber mediado negligencia de parte de la víctima, tal lo prescripto en el artículo 929 C.C.: *“El error de hecho no perjudica, cuando ha habido razón para errar, pero no podrá alegarse cuando la ignorancia del verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable”*.

Este principio tiende a dar mayor seguridad a los negocios, pues si siempre que alguien sufriera un error esencial quedara habilitado para invalidar el acto, quedaría quebrantada la misma seguridad de las transacciones jurídicas. Así, la excusabilidad del error debe ser analizada y merituada en cada caso en particular.

⁶⁷ Borda, G. *Tratado de Derecho Civil*. (Parte General) Tº II, 1128 – pág. 303

V.8.5.2. Error de Derecho

Es imprescindible distinguir el Error de Hecho del Error de Derecho, puesto que éste último puede ser caracterizado como la ignorancia sobre la existencia, alcance o vigencia de una disposición legal, que conforme analizaremos a continuación nunca es excusable.

Artículo 20 C.C.: “La ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley”.

El fundamento de esta regla radica en la obligatoriedad misma de la ley, que se presume conocida por todos, sin admitir prueba en contrario (presunción *juris et de jure*), a partir de su entrada en vigencia (artículo 2 C.C.). Téngase presente que un criterio distinto a éste quebraría la obligatoriedad de todo el plexo jurídico vigente en el país, con lo cual se desnaturalizaría el carácter normativo imperante. Por otra parte, la posibilidad de aducir el error de derecho significaría la instauración del caos y de la inseguridad más completa, pues podría pretenderse desvirtuar la fuerza de los derechos mejor establecidos alegando el desconocimiento de su régimen.

Lo dispuesto por dicho artículo, es complementado por el artículo 923 del C.C.: *“La ignorancia de las leyes, o el error de derecho, en ningún caso impedirá los efectos legales de los actos lícitos, ni excusará la responsabilidad por los actos ilícitos”*. Es decir, el error de derecho no priva de sus efectos, tanto a los actos lícitos como a los ilícitos.

V.8.5.3. Dolo

Este concepto posee varios significados, así en materia de actos ilícitos, el dolo designa la intención del agente de provocar el daño que su hecho produce: es la característica del delito civil, y en tal sentido se opone a la culpa como elemento distintivo del cuasidelito. En lo referente al cumplimiento de las obligaciones, el dolo designa la deliberada inejecución por parte del deudor. Por último, el dolo

designa las maniobras engañosas empleadas por una de las partes, que vician la voluntad de la otra en la celebración del acto jurídico.⁶⁸

Trataremos a continuación al dolo, conforme al concepto dado en último término, esto es como una maniobra empleada por una de las partes, y que por ser engañosa vicia la voluntad del acto jurídico.

El Código Civil haciendo referencia a éste aspecto lo conceptualiza en su artículo 931, de la siguiente manera: “*Acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto, es toda aserción de los que es falso o disminución de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin*”.

Adviértase que el rasgo más saliente del dolo como vicio de la voluntad, es el engaño empleado por una de las partes, a fin de que la otra realice un acto que lo determine a realizar un acto jurídico.

Para que una acción sea considerada dolosa y el acto pueda anularse, deben concurrir los requisitos del artículo 932 C.C.: “*Para que el dolo pueda ser medio de nulidad de un acto es preciso la reunión de las circunstancias siguientes:*

- *que haya sido grave;*
- *que haya sido la causa determinante de la acción;*
- *que haya ocasionado un daño importante;*
- *que no haya habido dolo por ambas partes”.*

El dolo ha de ser grave, es decir apto para engañar a una persona que pone el cuidado y la diligencia suficiente en el manejo de sus asuntos. Téngase como parámetro que quien actúa con dolo deberá emplear cualquier artificio, astucia o maquinación suficiente como para inducir a engaño a una persona precavida.

Por otra parte, el dolo deberá ser la causa determinante del acto, esto es, debe ser lo que muchos autores han llamado “dolo principal”, este es, el que de no haber existido no se hubiera realizado el acto. Está claro que tal aspecto deberá ser analizado y meritudo en cada caso en particular.

⁶⁸ Llambías, J. *Tratado de Derecho Civil*. (Parte General). Tº II, 1752 – pág. 493

Que el dolo tenga que ocasionar un daño importante para argüir su nulidad refiere, que el mismo debe tener un significado económico para quien ha sido víctima del mismo.

Finalmente, no ha de ser recíproco, pues en tal caso, el quejoso podría perfectamente ser acusado por la contraparte, por el mismo tema. Un juez no puede disponerse a desentrañar quien hizo más o quien hizo menos trampa.

V.8.5.3.1. Sanciones a que da lugar el Dolo

El artículo 933 del Código Civil equipara la acción y la omisión dolosa, por lo que confiere idénticos efectos a los actos que se deriven a partir de dichos aspectos, a saber:

- Cuando el dolo reúne las características del art. 932 C.C., da lugar a las acciones de nulidad y la indemnización de daños y perjuicios, que funcionaran acumulativa o alternativa, a opción del interesado.
- Si el dolo no reúne todos los caracteres del art. 932 C.C., no da lugar a la nulidad del acto, pero siempre el damnificado podrá recurrir a la acción resarcitoria a menos que él también haya incurrido en dolo.
- Artículo 935 C.C.: *“El dolo afectará la validez de los actos entre vivos, bien sea obra de una de las partes, o bien provenga de tercera persona. Si proviene de tercera persona, regirán los arts. 941, 942 y 943”*. Se desprende de este artículo que nuestro código no admite diferencia alguna según que provenga el dolo de la contraparte o de un tercero.

V.8.5.4. Simulación

El Código Civil define la simulación en su artículo 955 de la siguiente manera: *“La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten”*.

Existe simulación cuando las partes de un negocio bilateral de acuerdo entre ellas, dictan una regulación de intereses distinta de la que piensan observar en sus relaciones, persiguiendo del negocio un fin (disimulado) divergente de su causa típica.

La simulación no es un vicio de la voluntad, sino del acto jurídico, pues entraña un engaño a terceros que no intervinieron en el acto. Pero, para ello se requiere el propósito común de las partes que la realizan a fin de aparentar lo que no es cierto. De manera que si una de ellas es ajena a la maniobra, no se puede hablar de simulación, ni está en la entraña de su condición la llamada causa simulandi, de la que deben participar lógicamente las dos partes simuladoras.⁶⁹

V.8.5.4.1. Requisitos

Son los siguientes:

- ***Una declaración de voluntad disconforme con la intención efectiva del sujeto:*** es decir, la declaración de voluntad carece de realidad, que puede recubrir una diversa voluntad efectiva, o que puede ser en verdad enteramente vacía. Esta alternativa da lugar a dos especies de simulación, la absoluta y la relativa.
- ***Concertada de acuerdo entre las partes del acto simulado:*** las partes, se ponen de acuerdo en aparentar un determinado acto.
- ***Propósito de engañar a un tercero:*** el acto simulado tiende a constituir una apariencia engañosa, es decir, busca provocar el engaño de los terceros, aunque sea un engaño inocente como ocurre con la simulación lícita.

⁶⁹ Salas, A.; Trigo Represas, F.; López Mesa, M. *Código Civil Anotado*. T° 4-A – pág 416.

V.8.5.4.2. Clases de Simulación

V.8.5.4.2.1. Simulación Absoluta y Relativa

Artículo 956 C.C.: “La simulación es absoluta cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real, y relativa cuando se emplea para dar a un acto jurídico una apariencia que oculta su verdadero carácter”.

En la *simulación absoluta*, se celebra un acto que nada tiene de real, es decir, las partes han constituido una pura apariencia, vacía de substancia, ej: si alguien realiza en forma ficticia la venta de un bien para burlar a sus acreedores.

En la *simulación relativa* concurren dos actos, uno irreal o ficticio que es el acto simulado; y el otro es serio o acto disimulado. Entonces, la inexistencia jurídica del acto simulado no se opone a la eficacia del acto disimulado, con tal que no haya en él la violación de una ley, ni perjuicio a tercero, ej: si A desea ausentarse durante un tiempo prolongado, y para no trabar la eficiente administración de sus bienes, los vende ficticiamente al administrador B cuyas facultades no podrán ser así discutidas por nadie, cualquiera sea la índole de los actos que realice.

V.8.5.4.2.2. Simulación Lícita e Ilícita

Artículo 957 C.C.: “La simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito”.

En este caso, el carácter de lícito o ilícito dependerá del fin para el cual se la emplea. Bien se ha dicho, que la simulación en sí misma, es neutra, ni mala ni buena; es incolora.⁷⁰

La simulación por sí misma no está reprobada por la ley, sino sólo cuando causa perjuicio a alguien o es ilícita. La naturaleza y realidad de un acto puede ser encubierto con la apariencia de otro, pero ello estará permitido a condición de que en la simulación no haya fraude de a las leyes o a los derechos de terceros.

⁷⁰ Conf. Borda, G. II, n° 1177 – pág. 304.

V.8.5.4.2.3. Acción de Simulación

Es la que compete a las partes del acto simulado o a terceros interesados, a fin de que se reconozca judicialmente la inexistencia del acto ostensible, y con ello queden desvanecidos los efectos que se imputaban a dicho acto.

Se encuentran facultados para ejercer la acción por simulación, las partes del acto o cualesquiera tercero interesado, como pueden ser acreedores de las partes, fiadores de ellos, herederos perjudicados, etc.

Es diferente según que la acción sea ejercida por las partes o por terceros.

V.8.5.4.2.3.1. Acción Deducida por las Partes

Cuando la simulación es lícita, cada una de las partes tiene siempre abierta la posibilidad de obtener la declaración de inexistencia del acto simulado.

Este principio se deduce de la propia naturaleza del acto simulado. Pues si las partes se han concertado para constituir un acto puramente aparente, cambiándose un consentimiento inefectivo, no se les puede negar el derecho de hacer establecer el verdadero estado de cosas, que en rigor no ha sido alterado en su substancia sino sólo aparentemente. Por otra parte, si la ley conceptúa un recurso admisible de la vida jurídica la simulación inocente de actos jurídicos, no podía menos que facilitar el restablecimiento de la verdad, cuando ello interesase a las partes

Otra cosa ocurre en casos donde ha habido una simulación ilícita, en los que procede el artículo 959 C.C.: *“Los que hubieren simulado un acto con el fin de violar las leyes o de perjudicar a un tercero, no pueden ejercer acción alguna el uno contra el otro, sobre la simulación, salvo que la acción tenga por objeto dejar sin efecto el acto y las partes no puedan obtener ningún beneficio de la anulación”*.

Como regla general, las partes carecen de acción si se trata de simulación ilícita. Por excepción la tienen si ellas no se oponen a consumar el acto ilícito realizado mediante la simulación, ni aprovechar de él, sino repararlo destruyendo las apariencias lesivas de los derechos ajenos.

El rechazo de la acción de simulación entre partes cuando ella es ilícita, no es absoluto. El sentido de la denegación es impedir que los simuladores después de haber defraudado a los terceros a quienes se ha ocultado la existencia de ciertos bienes en el patrimonio de su efectivo dueño, puedan muy sueltos de cuerpo, establecer la verdadera situación declarando la simulación del acto. Pero si los simuladores no se proponen consumir el acto ilícito realizado mediante la simulación, ni aprovechar de él, sino repararlo destruyendo las apariencias lesivas de los derechos ajenos, no hay impedimento para la promoción de una acción tendiente a dejar sin efecto el acto simulado.

Consecuencias de la Declaración de Simulación: La declaración judicial de simulación verifica la inexistencia del acto celebrado, carente de un consentimiento efectivo, con todas las consecuencias materiales que corresponden a esta sinceración de los hechos. Naturalmente esas consecuencias serán diversas según la especie de simulación empleada.

Tratándose de una simulación relativa, la declaración judicial desvanecerá el acto simulado pero al propio tiempo dará eficacia al acto oculto. Si en cambio, la simulación es absoluta, declarada la inexistencia del acto ostensible, cada parte quedará en la misma situación jurídica preexistente a la simulación. Así, después de la declaración de simulación de una enajenación de inmueble el adquirente ficticio debe restituir la cosa con los frutos percibidos.

Prueba de la Simulación: El Contradocumento: Según una doctrina muy difundida las partes del acto simulado no pueden en principio probar la simulación sino mediante el respectivo contradocumento, entendiéndose por tal la constancia escrita del verdadero carácter del acto simulado.

Artículo 960 C.C.: “*Si hubiere sobre simulación un contradocumento firmado por alguna de las partes, para dejar sin efecto el acto simulado, cuando éste hubiera sido ilícito, o cuando fuere lícito, explicando o restringiendo el acto precedente, los jueces pueden conocer sobre él y sobre la simulación si el contradocumento no contuviese algo contra la prohibición de las leyes, o contra los derechos de un tercero.*”

Sólo podrá prescindirse del contradocumento para admitir la acción, si mediaren circunstancias que hagan inequívoca la existencia de la simulación”.

La ausencia del contradocumento hace presumir la sinceridad del acto mientras no se pruebe inequívocamente lo contrario. Una prueba equívoca o dudosa no justifica una declaración de simulación. El asunto cae, en la prudencia judicial.

V.8.5.4.2.3.2. Acción Deducida por Terceros

Si la simulación es lícita, los terceros carecen de acción para verificar la inexistencia del acto simulado, pues sin interés no hay acción.

En cambio, cuando ella es ilícita, los terceros pueden demandar la declaración de simulación. Es el caso de los acreedores del enajenante aparente de bienes, los cuales mediante la simulación quedan sustraídos a la posible ejecución por parte de aquellos.

La acción de simulación compete a los terceros interesados, por derecho propio y no por vía de subrogación en los derechos de las partes del acto simulado. De aquí surgen dos consecuencias importantes:

- El demandado no puede hacer valer contra el accionante las defensas que tuviese contra la otra parte.
- El demandante puede recurrir a toda clase de medios de prueba para comprobar la simulación

La demanda de simulación tiene un carácter patrimonial, pues quien demanda la simulación busca la verificación de que tales o cuales bienes subsisten en el patrimonio de su deudor, pese a la apariencia contraria. Con ello se procura la reconstrucción de la prenda de los acreedores constituida por el patrimonio del deudor, a fin de hacer factible el cobro del crédito de que se trate. Resta decir, que la acción por simulación puede ser entablada por todo tipo de acreedores.

Consecuencias de la Declaración de Simulación: La simulación da lugar a dos consecuencias principales. En primer lugar, la declaración de simulación verifica la inexistencia del acto ostensible. De aquí se sigue la posibilidad de que los acreedores del enajenante ficticio ejecuten los bienes de su deudor, que como lo verifica la sentencia, no han salido del patrimonio de éste. Esta posibilidad favorece a todos los acreedores del enajenante aparente y no sólo al que ha promovido el juicio de simulación. En segundo lugar, la simulación ilícita constituye una especie

de acto ilícito que compromete la responsabilidad de los autores del acto simulado por los daños y perjuicios sufridos por los terceros a consecuencia de la maniobra engañosa. Esta responsabilidad se hace efectiva especialmente cuando la declaración de inexistencia del acto simulado es infructuosa por haber sido enajenados los bienes por el propietario aparente a favor de terceros de buena fe, contra los cuales la simulación es inoponible.

Para probar una simulación, los terceros pueden acudir a toda clase de medios de prueba, puesto que se trata de demostrar una serie de hechos sin voluntad de constituir efectos jurídicos aparentes, respecto de los cuales el demandante ha permanecido ajeno, y que son perjudiciales para él. El medio frecuentemente utilizado, es la prueba de presunciones o indicios suficiente como para que el Juez se convenza que ha ocurrido una simulación. La apreciación de la prueba de presunciones queda librada al criterio judicial. Ej: parentesco próximo entre comprador y vendedor; la carencia de recursos económicos del comprador; la continuación en la posesión de la cosa vendida por parte del vendedor, etc.

V.8.5.5. Fraude

Cuando una persona insolvente enajena bienes, a fin de sustraerlos a la ejecución de sus acreedores, queda configurada la situación cuyo remedio procura la ley mediante la acción pauliana o revocatoria concedida a los acreedores perjudicados por el fraude.

Artículo 961 C.C.: “Todo acreedor quirografario puede demandar la revocación de los actos celebrados por el deudor en perjuicio o en fraude de sus derechos”.

El acto fraudulento es perfectamente válido y eficaz, tanto respecto de las partes cuanto respecto de los terceros en general. Sólo frente a ciertas personas, los acreedores anteriores del enajenante de los bienes, el acto deja de ser eficaz, pudiendo tales personas prescindir de su realización, como si ello no hubiere ocurrido. Ello trae como consecuencia que el negocio dispositivo, ej: enajenación, cesión de créditos, gravamen sobre el bien, etc.; es, por principio eficaz entre los otorgantes, aunque fraudulento, porque importa un obrar en perjuicio de los acreedores, y por ende inoponible a estos.

Este desdoblamiento del acto jurídico que mantiene su validez y eficacia, salvo respecto de las personas autorizadas para impugnarlo se reconoce en doctrina con el término de “inoponibilidad”, diciéndose que el acto fraudulento no es inválido sino inoponible a los acreedores del enajenante.⁷¹

V.8.5.5.1. Requisitos

Artículo 962 C.C.: “Para ejercer esta acción es preciso:

1- que el deudor se halle en estado de insolvencia. Este estado se presume desde que se encuentra fallido”; esto es, tiene que haber un desequilibrio patrimonial en el que el pasivo supera activo. Deberá demostrarse el estado de insolvencia del deudor, salvo que el mismo se encuentre concursado, en cuyo caso la presunción será determinante en su contra.

“2- que el perjuicio de los acreedores resulte del acto mismo del deudor, o que antes ya se hallase insolvente”; esto significa que el demandante debe acreditar que la enajenación de bienes impugnada ha provocado o agravado la insolvencia del deudor. Es decir, que hay una relación inmediata y directa entre la celebración del acto y el estado de insolvencia del deudor.

“3- que el crédito, en virtud del cual se intenta acción, sea de una fecha anterior al acto del deudor”; este requisito se justifica, porque siendo el fundamento de la acción revocatoria el derecho a ejecutar los bienes del deudor integrantes de la prenda de los acreedores, los bienes enajenados con anterioridad a la constitución del crédito, nunca han formado parte de la prenda del acreedor. En otras palabras, tal enajenación no ha podido causar perjuicio a los acreedores, porque éstos deben atenerse al estado patrimonial del deudor al tiempo de la constitución del crédito.

⁷¹ Conf. Borda, G. II, n° 1224 – pág. 341.

V.8.5.5.1.1. Actos a Título Oneroso

Si el acto impugnado es a título oneroso, se exige un requisito adicional para admitir la acción, consistente en la complicidad del tercero adquirente de los bienes enajenados por el deudor. Así lo dispone el artículo 968 del Código Civil: *“Si la acción de los acreedores es dirigida contra un acto del deudor a título oneroso, es preciso para la revocación del acto, que el deudor haya querido por ese medio defraudar a sus acreedores, y que el tercero con el cual ha contratado haya sido cómplice en el fraude”*.

En este caso, la complicidad del adquirente constituye un extremo de prueba directa casi imposible, entonces también en este tema deberá recurrirse a la presunción, a fin de comprobar la “mala fe” del mismo.

V.8.5.5.1.2. Actos a Título Gratuito

Si el acto impugnado es a título gratuito, resulta indiferente la buena o mala fe del adquirente, tal es lo dispuesto por el artículo 967 Código Civil: *“Si el acto del deudor insolvente que perjudicase a los acreedores fuere a título gratuito, puede ser revocado a solicitud de éstos, aun cuando aquel a quien sus bienes hubiesen pasado ignorase la insolvencia del deudor”*.

En el conflicto de derechos que se plantea entre el acreedor que experimenta un perjuicio a consecuencia de la enajenación del deudor puesto que el crédito no podrá ser satisfecho, y el adquirente gratuito de los bienes, la ley da la preferencia al primero.

V.8.5.5.1.3. Subadquisición de Bienes

En caso de haber traspasos de bienes entre diversas personas, la acción procederá contra el propietario actual de los bienes, siempre que concurran los requisitos de la acción no sólo a su respecto, sino también con relación a los adquirentes intermedios. Así, se establece en el artículo 970 C.C.: *“Si la persona a favor de la cual el deudor hubiese otorgado un acto perjudicial a sus acreedores, hubiere transmitido a otro los derechos que de él hubiese adquirido, la acción de los*

acreedores sólo será admisible, cuando la transmisión de los derechos se haya verificado por un título gratuito. Si fuese por título oneroso, sólo en el caso que el adquirente hubiese sido cómplice en el fraude”.

Por consiguiente basta que en la cadena de las sucesivas transmisiones de los bienes, se interponga una persona contra la cual la acción no sea viable, para que queden a salvo las ulteriores adquisiciones.

V.8.5.5.1.4. Titular de la Acción

Si bien el artículo 961 del Código Civil confiere la acción revocatoria a los acreedores quirografarios, nada impide que aquellos acreedores que posean un privilegio en sus créditos puedan iniciar la acción al verse perjudicados por un acto fraudulento.

Consecuencias de la Acción: Al ser el acto válido y eficaz, aunque inoponible a los acreedores perjudicados, quienes pueden comportarse como si el acto no se hubiese efectuado, una vez admitida la acción revocatoria pueden darse diversas consecuencias.

- Los acreedores a quienes favorece la acción pueden ejecutar los bienes enajenados por el deudor, a fin de obtener con el producido de ellos la satisfacción de su crédito.
- De la revocación sólo aprovecha al acreedor demandante, y no al resto.
- El dueño actual de los bienes, podría detener la acción de los acreedores, satisfaciendo el crédito de los que se hubiesen presentado o dando fianzas suficientes sobre el pago íntegro de los créditos, si los bienes del deudor no alcanzaren a satisfacerlos (art. 966 C.C.).
- En caso que la acción revocatoria, aunque viable contra los primeros adquirentes de los bienes enajenados, no lo sea contra el propietario actual. En este caso la ley responsabiliza a los adquirentes de mala fe por los daños y perjuicios que sufre el acreedor, en razón de haberse prestado para maniobras fraudulentas.

V.8.5.6. Lesión Subjetiva

Artículo 954 C.C.: “Podrán anularse los actos viciados de error, dolo, violencia, intimidación o simulación.

También podrá demandarse la nulidad o 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.

Los cálculos deberán hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda. Sólo el lesionado o sus herederos podrán ejercer la acción cuya prescripción se operará a los cinco años de otorgado el acto.

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 la demanda”.

El vicio de la *lesión* fue introducido al Código por la Ley 17711. Se trata, no de un vicio relativo a la formación del acto o negocio jurídico, es decir, que afecte a cualquiera de sus elementos internos (discernimiento, intención o libertad del otorgante), y que, por ende, implique un defecto de formación de la voluntad, sino de una anomalía del negocio consistente en el perjuicio patrimonial que se irroga o provoca a una de las partes de aquél, cuando, en un acto jurídico oneroso y bilateral, se obtiene de ella prestaciones desproporcionadas mediante el aprovechamiento de su “necesidad”. “ligereza” o “inexperiencia”.

Del texto antes transcrito, surgen los siguientes requisitos:

- **Requisito Objetivo:** Se trata de la existencia, a favor de una de las partes, de una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Para establecer la desproporción los cálculos deben ser hechos según valores al tiempo del acto, pero aquélla deberá subsistir en el momento de la demanda.

- **Requisito Subjetivo:** Debemos analizarlo desde dos ópticas:
 - **Situación de la Víctima:** deberá encontrarse en una situación de “necesidad, ligereza o inexperiencia”.
 - **Necesidad:** Se entiende la falta o carencia de algo imprescindible; consiste en la falta o carencia de las cosas que llevan a una situación de angustia o agobio, en la falta de las cosas que son menester para la vida, en la falta continuada de alimentos que hacer desfallecer, en el peligro que se padece y en que se necesita pronto auxilio o, si se prefiere, en la causa de un peligro para la vida, la salud, el honor o la libertad.
 - **Ligereza:** Es la situación del sujeto que tiene una disminución mental. Existe en los casos en que el obrar irreflexivo, versátil, voluble, obedece a estados mentales patológicos de debilidad, estados de inferioridad mental, o estados patológicos de inferioridad (Zannoni), pues la situación de ligereza puede vincularse con estados patológicos que justificarían la aplicación al sujeto del régimen de inhabilitación previsto por el artículo 152 bis del Código Civil.
 - **Inexperiencia:** Se entiende la falta de conocimiento debido de un estado de cosas; corresponde apreciarla según el cartabón del hombre medio, lo cual descarta, por ej: los apremios que se cree a sí mismo alguien inconformista, o la precipitación de alguien irreflexivo. La noción de inexperiencia “se aproxima a la noción de error o ignorancia... y por eso la valoración judicial debe ser particularmente prudente.
 - **Situación del Lesionante:** Éste debe haber explotado o aprovechado la situación de la víctima.⁷²

⁷² Alterini, A. *Contratos Civiles-Comerciales-de Consumo*. (Teoría General) – pág. 382.

Es decir, que la desproporción o la ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada es el resultado de un actuar específico por quien se beneficia o aprovecha de cualquiera de estos estados del perjudicado o lesionado. La norma establece una presunción “*iuris tantum*”, de que existirá explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones.

V.8.6. Nulidades

El acto jurídico es inválido cuando la ley lo priva de sus efectos propios a causa de un vicio que incide en su formación. La invalidez y la nulidad denotan a un mismo concepto: a lo que carece de valor. *In-validus* es lo que no tiene salud, o lo que no tiene valor. El vicio debe afectar, imprescindiblemente, la estructura del acto celebrado.

Según la concepción clásica, la nulidad es una sanción legal que priva de sus efectos propios a un acto jurídico, en virtud de una causa existente en el momento de la celebración⁷³. De esta definición surgen los siguientes caracteres:

- **Sanción Legal:** Encuentra su fuente en la ley. Esto lo diferencia de la revocación o la rescisión, que operan a partir de la voluntad de un particular. Esto lo prescribe el artículo 1037 C.C. “*Los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en este Código se establecen*”.
- **Aniquila los Efectos del Acto:** Es decir, priva de los efectos al acto que las partes quisieron constituir. Excepcionalmente la ley detiene el efecto destructivo, como ocurre frente a los terceros de buenas fe que hayan adquirido el o los bienes a título oneroso.
- **Causa Originaria:** La causa que originó la nulidad, tiene que haber existido al momento en que se originó el acto.

⁷³ Conf. Borda, G. II, n° 1235.

V.8.6.1. Actos Nulos y Actos Anulables

Artículo 1038 C.C. “La nulidad de un acto es manifiesta, cuando la ley expresamente lo ha declarado nulo, o le ha impuesto la pena de nulidad. Actos tales se reputan nulos aunque su nulidad no haya sido juzgada”.

La ley, frente a los actos que ella prohíbe, puede encontrarse en una doble situación, radicalmente diferente e inconfundible. En una primera situación, la ley puede por sí misma, y sin la cooperación de otro órgano o poder, aniquilar el acto vedado, lo que ocurre cuando la imperfección de éste es taxativa, rígida, determinada, insusceptible de más o de menos, cuando existe en la misma dosis en todos los actos de la misma especie. En la segunda situación, la ley por sí misma es impotente para aniquilar el acto cuando la imperfección de éste es, por su propia índole, variable en los actos de la misma especie, indefinida, susceptible de más o de menos, ligada a las circunstancias concretas que condicionan efectivamente la realización del acto. En esta segunda situación la ley no puede sino establecer un principio de sanción, que será desenvuelto, definido y regulado por el juez en función de las circunstancias particulares que el caso presente, valoradas de acuerdo a su criterio: es una nulidad intrínsecamente dependiente de la apreciación judicial. Si en la primera situación, en razón de que la causa de invalidez es rígida, definida, invariable, insusceptible de estimación cuantitativa, la ley puede invalidar el acto y declararlo nulo, en la segunda situación no puede sino reputarlo anulable, es decir, susceptible eventualmente de ser anulado por la sentencia que determine, defina y declare que la causa de imperfección existe, y aun a veces que reviste la intensidad suficiente como para arrastrar la invalidez del acto. Si el acto nulo es invalidado inmediatamente por la ley misma, "expresamente", según la fórmula harto confusa del art. 1038 Cód. Civil, el acto anulable resulta invalidado por la sentencia del juez que, apoyada en el principio de sanción establecido en la ley, aniquila el acto, que sólo se tiene por nulo desde el día de la sentencia que lo anula, conforme al art. 1046 Cód. Civil.⁷⁴

Referido a los contratos, el Dr. Alterini expresa: “No obstante, por más que un contrato sea nulo el vicio aparece ostensible es necesario actuar la nulidad, o sea,

⁷⁴ Llambías, J. *Tº II* (Parte General), nº 1888, p. 573

deducir una pretensión ante un tribunal, tendiente a dismantelar el contrato viciado y los efectos que haya producido (Lopez Olaciregui). El contrato inválido es un acto, y quizás ha dado lugar a traslaciones patrimoniales, o influido en terceros, y para aniquilar esos efectos –aunque el vicio surja con toda evidencia del mismo acto-, es menester que un pronunciamiento judicial retorne las cosas al estado anterior (art. 1050 C.C.)”.⁷⁵

V.8.6.2. Nulidad Absoluta y Nulidad Relativa

Esta clasificación es fundamental, y no debe confundirse con los actos nulos y anulables. Esta subdivisión tiene un sentido diferente, ya que no responde a la esencia de la invalidez ni a su causa, sino al fundamento de ella, para determinar la intensidad de la sanción legal. De manera que si la imperfección del acto atenta contra los intereses generales o colectivos, será de nulidad *absoluta*; mientras que si solamente afecta a los intereses privados o particulares de los sujetos del acto, la nulidad será *relativa*.⁷⁶

Artículo 1047 C.C.: “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto. Puede alegarse por todos los que tenga interés en hacerlo, excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Puede también pedirse su declaración por el ministerio público, en el interés de la moral o de la ley. La nulidad absoluta no es susceptible de confirmación”.

Artículo 1048 C.C.: “La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedimento de parte, ni puede pedirse su declaración por el ministerio público en el solo interés de la ley, ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes”.

⁷⁵ Alterini, A. *Contratos Civiles-Comerciales-de Consumo*. (Teoría General) – pág. 360.

⁷⁶ Belluscio, A; Zannoni, E. *Código Civil Comentado, Anotado y Concordado*. Tº 4 – pág. 687.

Del análisis de estos artículos se desprenden las siguientes diferencias entre los actos susceptibles de ser nulos de nulidad absoluta de los nulos de nulidad relativa:

- **Mayor Rigor en la Sanción:** las nulidades absolutas tienen una sanción de mayor rigor, puesto que el acto afectado entra en directo conflicto con el orden público o las buenas costumbres. A contrario de ello, los actos susceptibles de ser nulos o anulables de nulidad relativa, el vicio no afecta al orden público o las buenas costumbres.
- **Funcionamiento:** Las nulidades absolutas pueden ser declaradas de oficio por el juez; pueden ser alegadas por cualquier interesado, salvo aquel que ejecutó el acto sabiendo o debiendo saber la existencia del vicio que invalidaba el acto, y por el Ministerio Público. Las nulidades relativas no pueden ser declaradas de oficio por el juez ni por el Ministerio Público, y solo pueden ser alegadas por aquellos en cuyo beneficio se ha establecido.
- **Confirmación:** Las nulidades absolutas no son susceptibles de ser confirmadas (artículo 1047 C.C.); a diferencia de lo que ocurre con las nulidades relativas, cuyos vicios pueden ser saneados por las partes (artículo 1058 C.C.).
- **Prescripción:** Los actos que adolecen de nulidad absoluta, son imprescriptibles, es decir, las partes facultadas para alegar la nulidad no tienen limitado el ejercicio de su acción por el tiempo; a contrario de ello, para interponer una acción por nulidad relativa deberá realizarse en el tiempo prescripto en los artículos 4023 in fine, 4030 y 4031 del Código Civil).

V.8.6.3. Nulidad Total y Nulidad Parcial

Artículo 1039 C.C.: “La nulidad de un acto jurídico puede ser completa, o sólo parcial. La nulidad parcial de una disposición en el acto, no perjudica a las otras disposiciones válidas, siempre que sean separables”.

Para que pueda funcionar una nulidad parcial, se requiere que el contenido del acto sea susceptible de división, sin que se destruya la esencia del conjunto. En este aspecto, es importante aplicar el concepto de la divisibilidad de las cosas (art. 2326 C.C.). Así por ejemplo, la nulidad de un legado o de la institución de herederos, u otra cláusula, deja en principio subsistentes las disposiciones exentas de vicios. A diferencia de ello, otra cosa ocurre con los contratos, en los que al ser sus cláusulas un conjunto, si se invalida una de ellas difícilmente puedan subsistir las restantes.

V.8.6.4. Actos Nulos

Los actos nulos pueden tener este carácter por vicios en el sujeto, en el objeto o en la forma. Se tratarán a continuación dichos aspectos en forma separada.

V.8.6.4.1. Actos Nulos por poseer Vicio en el Sujeto

El Código Civil en referencia a este tema, expresa una suerte de principio general en su artículo 1040, al decir: *“El acto jurídico para ser válido, debe ser otorgado por persona capaz de cambiar el estado de su derecho”*. Ello importa por ende, que para que el acto sea válido no debe contradecirse las disposiciones relativas a la capacidad. Dado que nuestro codificador estipuló varias clases de incapacidades, es menester tratar cada una de ellas en forma diferenciada.

- **Incapaces Absolutos de Hecho:** Artículo 1041 C.C.: “Son nulos los actos jurídicos otorgados por personas absolutamente incapaces por su dependencia de una representación necesaria”. Este artículo, ha sido justamente criticado, puesto que resulta una redundancia del anterior. Así, un menos impúber que realice un acto jurídico por sí, sin intervención de su representante, el mismo será inválido.
- **Incapaces Relativos de Hecho:** Artículo 1042 C.C.: “Son también nulos los actos jurídicos otorgados por personas relativamente incapaces en cuanto al acto, o que dependiesen de la autorización del juez, o de un representante necesario”. Para la primera parte del artículo cabe la misma consideración realizada en el punto anterior, ya que igualmente inválido

sería la venta de un inmueble realizada por un impúber como por un menor de 16 años. En lo referente a la segunda parte del artículo, es necesaria la autorización del juez para que realicen actos los emancipados, en los casos de estipulados por los artículos 134 y 135 C.C.

- **Incapaces de Derecho:** Artículo 1043 C.C.: “Son igualmente nulos los actos otorgados por personas, a quienes por este Código se prohíbe el ejercicio del acto de que se tratare”. Coincidimos con Borda, en que si bien es confusa la redacción del artículo, luego de leer la nota del artículo queda claro que el mismo se refiere a los incapaces de derecho.

V.8.6.4.2. Actos Nulos por poseer Vicios en el Objeto

Se configura esta causal en aquellos casos en que la ley presume, sin admitir prueba en contrario, la realización de un acto fraudulento o simulado, o cuando simplemente se prohíbe el objeto del acto.

- **Simulación o Fraude Presumidos por la Ley: Artículo 1044 del C.C.:** “*Son nulos los actos jurídicos en que los agentes hubiesen procedido con simulación o fraude presumido por la ley...*”. En estos casos es inútil que se intente probar contra la simulación, la efectiva realidad del acto; o contra el fraude, la buena fe de las partes. Obsta a ello la presunción *juris et de jure* de la ley, que fija definitivamente la índole del acto celebrado. Así como ejemplos de actos simulados tenemos: la venta efectuada por el causante a favor de un heredero forzoso, con cargo de renta o usufructo (art. 3604 C.C.); la transmisión testamentaria efectuada a favor del cónyuge, ascendientes o descendientes de una persona incapaz para suceder (art. 3741 C.C.); etc. Casos de actos fraudulentos: los pagos de deudas no vencidas efectuados por el fallido después de la fecha presenta de cesación de pagos; las hipotecas, prenda realizadas por el fallido luego de haber entrado en cesación de pagos; etc.
- **Objeto Prohibido:** Artículo 1044 del C.C.: “*..., o cuando fuese prohibido el objeto principal del acto...*”. Esta disposición debe ser concatenada con lo prescripto por el artículo 953 del C.C., que prescribe los requisitos que debe reunir el objeto de los actos jurídicos.

V.8.6.4.3. Actos Nulos por poseer Vicios en la Forma

La nulidad por vicio de forma puede resultar de la omisión de la forma establecida por la ley con carácter exclusivo, o de la nulidad del instrumento si el acto depende para su validez de la forma instrumental.

- **Omisión de la Forma Legal Exclusiva:** Artículo 1044 C.C. “..., o cuando no tuviese la forma exclusivamente ordenada por la ley,...”. Es el caso de los actos que son formales, tales como el testamento destituido de las formas legales (art. 3632 C.C.); el matrimonio celebrado ante persona carente de la investidura correspondiente; la constitución o transmisión de derecho reales sobre inmuebles que no se hiciera por escritura pública (art. 1184, inc. 1º C.C.).
- **Nulidad Refleja:** Artículo 1044 C.C. “..., o cuando dependiesen para su validez de la forma instrumental, y fuesen nulos los respectivos instrumentos”. Los casos que puedan contradecir esta disposición, de alguna manera quedan comprendidas en el principio general esbozado anteriormente, puesto que si el acto requiere para su validez de una forma determinada y dicho instrumento es nulo, es claro que al no haberse llenado la forma correspondiente, el acto carecerá de validez. Pero lo que interesa destacar es la vinculación que en la hipótesis existe entre el acto y el instrumento en que se otorga. En otras situaciones, acto e instrumento serán considerados independientemente. Por tanto la invalidez del acto dejará subsistente la eficacia del instrumento, con la fuerza probatoria que le corresponda (arts. 993, 994 y 1026 C.C.); y asimismo la invalidez del instrumento no perjudicará la eficacia del acto que no lo requiera como condición esencial. Sólo cuando depende el acto para su validez de la forma instrumental se da esta incidencia de la suerte del instrumento sobre la condición del mismo acto. La nulidad del instrumento arrastra la nulidad del acto instrumentado: es una nulidad refleja. A la inversa, la nulidad del acto jurídico, nunca acarrea la invalidez del instrumento en que está otorgado.⁷⁷

⁷⁷ Llambías, J. *Tº II* (Parte General), nº 1941, p. 597

V.8.6.5. Actos Anulables

Se seguirá idéntico método al utilizado para tratar los temas referentes a los actos nulos, es decir analizar los actos anulables desde la óptica del sujeto, el objeto, y la forma.

V.8.6.5.1. Actos Anulables por poseer Vicios en el Sujeto

El artículo 1045 del C.C. plantea tres alternativas en que el acto sería anulable por estar viciado el sujeto del mismo, a saber:

- **Incapacidad Natural o Accidental:** Artículo 1045 C.C. *“Son anulables los actos jurídicos, cuando sus agentes obren con una incapacidad accidental, como si por cualquiera causa se hallase privados de su razón, ...”*. Ha sido muy criticada la fórmula utilizada por el codificador respecto este tema, ya que se alude a una incapacidad accidental inconcebible. En efecto, siendo la capacidad la aptitud del sujeto para adquirir derecho o ejercerlos por sí mismo, proviene siempre de la ley. La naturaleza provee al sujeto de aptitudes psíquicas, que son las que toma en cuenta la ley para dotarlo de capacidad. Si en cambio el sujeto carece de aptitudes psíquicas suficientes, ello podrá ser un antecedente de la declaración de incapacidad que pronuncie la ley. Pero siempre la capacidad es asunto que maneja la ley, por lo que resulta desacertada la expresión “incapacidad accidental” que emplea Velez Sarsfield. Y no solo desacertada sino contradictoria, porque se predica una incapacidad, si bien accidental, de personas que son capaces pese al accidente mentado, y que seguirán siéndolo hasta que la ley (y no el accidente) las declare incapaces.⁷⁸ Entendemos incluidos en esta cláusula, los actos celebrados por insanos no interdictos, por personas bajo efectos de hipnosis, embriaguez, etc.
- **Incapacidad de Derecho Desconocida:** Artículo 1045 C.C. *“...cuando no fuere conocida su incapacidad impuesta por la ley al tiempo de firmarse el acto...”*. En el supuesto aquí contemplado, la invalidez deriva

⁷⁸ Llabrás, J. Tº II (Parte General), nº 1945, p. 599

de la falta de aptitud en el agente para ser titular de derechos, aunque el mismo desconoce la inhabilidad para realizar el acto al momento de la celebración. Normalmente este aspecto deberá ser dilucidado vía judicial.

- **Vicios en la Voluntad:** Artículo 1045 C.C. “...cuando tuviesen el vicio de error, violencia, fraude o simulación...”. Se incluyen en la misma especie de invalidez, los actos que adolecen un vicio en la voluntad y los que exhiben cierta particularidad.

V.8.6.5.2. Actos Anulables por poseer Vicios en el Objeto

Artículo 1045 C.C.: “...cuando la prohibición del objeto del acto no fuese conocida por la necesidad de alguna investigación de hecho...”.

Claramente se advierte que el codificado ha seguido idéntico criterio que al sustentado en el artículo 1044 C.C. cuando se refería a las causales de nulidad del acto, pero en el caso presente, el vicio no es ostensible sino que se impone la necesidad de realizar alguna investigación a fin que el juez determine si el acto está viciado en tal magnitud que amerita su anulación. Se pueden citar como ejemplos: la venta de cosa ajena, puesto que este carácter requiere para ser establecido una investigación de hecho, la locación de servicio que encubre un objeto inmoral, etc.

V.8.6.5.3. Actos Anulables por poseer Vicios en la Forma

Artículo 1045 C.C.: “...; y si dependiesen para su validez, de la forma instrumental, y fuesen anulables los respectivos instrumentos”.

Ocurre que en los actos cuya validez dependen de una forma determinada, la anulación del instrumento repercute sobre el acto mismo. Remitimos a lo expuesto en el punto 5.6.4.3.

V.8.6.6. Confirmación

Para Llambías, la confirmación, es un acto jurídico mediante el cual se expurga a otro acto jurídico inválido del vicio de que adolecía y en razón del cual era pasible una nulidad.

Así, el artículo 1059 del Código Civil, expresa: *“La confirmación es el acto jurídico por el cual una persona hace desaparecer los vicios de otro acto que se halla sujeto a una acción de nulidad”*.

V.8.6.6.1. Actos Susceptibles de Confirmación

El principio básico sobre el tema ya fue esbozado anteriormente, solamente los actos nulos de nulidad relativa son susceptibles de confirmación.

El fundamento es que la nulidad absoluta tiene una sanción más rigurosa porque posee un vicio que contraría al orden público, y ello lo hace inconfirmable. La nulidad relativa tiene su principal interés en la persona en cuyo beneficio se ha establecido la sanción, motivo por el cual la misma puede sanear el vicio.

V.8.6.6.2. Especies de Confirmación

Nuestro Código Civil, estipula que la confirmación puede ser expresa o tácita.

V.8.6.6.2.1. Confirmación Expresa

Artículo 1061 C.C.: “La confirmación puede ser expresa o tácita. El instrumento de confirmación expresa, debe contener, bajo pena de nulidad: 1) la sustancia del acto que se quiere confirmar; 2) el vicio de que adolecía; y 3) la manifestación de la intención de repararlo”.

De ahí que la confirmación expresa, es la que se realiza por escrito y con los requisitos estipulados en la norma que antecede, los que deben estar presentes en su totalidad bajo pena de nulidad.

V.8.6.6.2.2. Confirmación Tácita

Regulada en el artículo 1063 del Código Civil: *“La confirmación tácita es la que resulta de la ejecución voluntaria, total o parcial, del acto sujeto a una acción de nulidad”*.

En primer lugar, para que el efecto convalidatorio se produzca es menester que la ejecución del acto inválido sea voluntaria, por lo que la ejecución forzada mediante un procedimiento judicial no obtiene ese resultado.

En segundo lugar, no se excluye otra formas que permitan inducir la intención de confirmar el acto inválido, ej: la venta de una cosa adquirida por un título nulo o anulable. En general, se entiende que los actos de disposición en tales circunstancias importan confirmación.

V.8.6.6.2.3. Efectos

Artículo 1065 C.C. “La confirmación tiene efecto retroactivo al día en que tuvo lugar el acto entre vivos, o al día del fallecimiento del disponente en los actos de última voluntad. Este efecto no perjudicará los derechos de terceros”.

La confirmación es retroactiva, efecto que se explica por cuanto la misma se identifica con el acto inválido precedente. Su efecto consiste en expurgar a este acto del vicio que lo invalidaba, por lo que necesariamente debía proyectar su influencia sobre todo el lapso transcurrido desde que dicho acto pudo ser eficaz.

Si se trata de actos entre vivos, la retroacción es desde el día en que tuvo lugar el acto; en tanto, que si el acto es última voluntad, la retroactividad se extiende hasta el fallecimiento del disponente.

Independientemente del carácter del acto, nunca se puede perjudicar los derechos de los terceros.

CAPÍTULO VI

EXTINCIÓN DE LAS RELACIONES JURÍDICAS

CAPITULO VI

EXTINCIÓN DE LAS RELACIONES JURÍDICAS

VI.1. Introducción

Con este capítulo se cierra la teoría de los hechos y actos jurídicos, en su función de causa de las relaciones jurídicas.

Conforme se explicó los derechos tienen un ciclo, cual es su nacimiento o adquisición, modificación y extinción. Pero, sabido que para que alguna de estas consecuencias ocurra se requiere el acaecimiento de algún hecho al cual la ley le asigne el efecto de originar un derecho, o modificar un derecho ya existente, o finalmente extinguirlo. De ahí la importancia de los hechos, de cuya variedad provienen innumerables alteraciones de los derechos que están a ellos, de alguna manera, ligados.

VI.2. Hechos y Actos Jurídicos Extintivos

La diferencia entre un hecho y un acto extintivo, se produce según intervenga o no la voluntad de las partes. Los primeros son aquellos que, independientemente de la voluntad de los interesados, causan la extinción de algún derecho. Los segundos, en cambio, son los que alcanzan ese resultado por la precisa intención de las partes en tal sentido, y dado que los actos se efectúan con el “fin inmediato” de “aniquilar derechos” se trata de verdaderos actos jurídicos.

VI.2.1. Hechos Extintivos

Entre los hechos extintivos es dable mencionar, la confusión, la caducidad, la imposibilidad de subsistencia y la muerte del titular.

Confusión: Tiene lugar cuando se reúnen en una misma persona la calidad de acreedor y deudor de una obligación, o cuando se consolidan en ella el dominio sobre una cosa y sus desmembraciones. Ej: si el acreedor hereda de su deudor, o si el usufructuario de una cosa hereda al nudo propietario. En nuestro Código la confusión es legislada como un modo de extinción de las obligaciones (arts. 862 a 867 C.C.), pero su función es más amplia, ya que como se ve en el ejemplo dado, tiene su aplicación aun en materia de derechos reales (arts. 1270, 2928, 2929, 2969, 3055 y 3181 C.C.).⁷⁹

Caducidad de un Derecho: Se produce cuando se omite el ejercicio de un derecho en el lapso prefijado por la ley o por la voluntad de los particulares. En general, los derechos acuerdan un cúmulo de prerrogativas que pueden ser actuadas opcionalmente por su titular en el tiempo que éste estima oportuno, por el contrario hay ciertos derechos que no acuerdan a su titular esa facilidad, sino al contrario, caducan cuando no se ejercen en un término fijo. En síntesis, hay derechos que deben ser ejercidos en un término preciso, puesto que nacen originariamente con esa limitación de tiempo, de modo que no se pueden hacer valer después de transcurrido el plazo respectivo. Este instituto suele ser confundido con la prescripción, no obstante lo cual posee grandes diferencias, a saber:

- La caducidad extingue un derecho, en tanto que la prescripción no extingue el derecho, sino la acción judicial correspondiente. De ahí se desprende, que el derecho caduco carece de existencia, mientras el derecho prescrito sobrevive como una obligación natural.
- La prescripción es una institución general que afecta a toda clase de derechos, de manera tal, que para que ella no funcione se requiere de una norma excepcional que exima de la prescripción a una acción determinada. La caducidad no es una institución general, sino particular de ciertos derechos, que nacen con una vida limitada en el tiempo.

⁷⁹ Llambías, J. *Tº II* (Parte General), nº 2075, p. 661

- La prescripción puede ser suspendida o interrumpida en su curso, en tanto que la caducidad no.
- La prescripción siempre proviene exclusivamente de la ley, pero la caducidad, no se origina solo en la ley, sino que puede resultar de la convención de los particulares.

Imposibilidad: Tiene lugar cuando una causa sobreviniente a la creación del derecho, obsta a sus subsistencia, sin culpa de las partes. Ej: la disolución de la obligación de entregar un caballo vendido, si se muere por caso fortuito. El fundamento de este principio radica, en que a lo imposible nadie está obligado, puesto que excede sus posibilidades de actuación. Para que funciones este instituto se requiere la concurrencia de ciertas condiciones: a- La causa obstativa del derecho debe ser sobreviniente, pues si fuese originaria no se trataría de la extinción de un derecho actual, sino de la inexistencia del acto jurídico; b- el hecho obstativo debe concurrir sin culpa de las partes.

Muerte del Titular: Es causa extintivas solamente respecto a los derechos intransmisibles por herencia. Ej: extinción de renta vitalicia por muerte del titular, extinción del mandato por muerte del mandante o del mandatario, etc.

VI.2.2. Actos Extintivos

Son tales la resolución, la revocación, la rescisión, la transacción y la renuncia.

Resolución: Es un modo de disolución del acto jurídico en razón de una causa sobreviniente que extingue retroactivamente los efectos provenientes del acto. A diferencia de los demás modos de extinción de las relaciones jurídicas la resolución opera retroactivamente, no obstante lo cual no cabe confundirla con la nulidad. En efecto, mientras la nulidad deriva de una causa originaria que anida en los elementos constitutivos del acto jurídico, la resolución proviene de una causa sobreviniente que es independiente de la constitución misma del acto.

Revocación: Es un modo de disolución de los actos jurídicos, por el cual el autor o una de las partes, retrae su voluntad, dejando sin efecto el contenido del acto o la transmisión de algún derecho.

Rescisión: Es un modo de extinción de los actos jurídicos de tracto sucesivo, por el cual quedan sin efecto para lo futuro, en razón del acuerdo de las partes, o de la voluntad de una sola de ellas autorizada por la ley o por la propia convención.

Transacción: Es un medio de extinción de las relaciones jurídicas, consistente en un acto jurídico bilateral por el cual las partes haciéndose mutuas concesiones, extinguen derechos litigiosos o dudosos (art. 832 C.C.).

Renuncia: Es un modo de extinción de derechos consistente en un acto jurídico por el cual se hace abandono o abdicación de un derecho propio a favor de otro.

CAPÍTULO VII

OBLIGACIONES

CAPITULO VII

OBLIGACIONES

VII.1. Importancia

La importancia del tema puede resumirse en una frase “todas las relaciones pecuniarias que existen entre los hombres, son relaciones de obligación”.

Todos los días, a cada instante, creamos obligaciones. Los actos más comunes y ordinarios del diario acontecer, como la compra de víveres o el transporte de pasajeros, constituyen contratos, que a su vez son actos de donde nacen obligaciones. El hombre teje así a su alrededor una red de múltiples obligaciones que le permite subsistir y desenvolverse en el medio ambiente; y toda persona está necesariamente comprendida en esa red económica del derecho de obligaciones, pues aun cuando se limitara a mendigar, ya irrumpe en el campo de este derecho bajo la forma de la donación. El número de relaciones obligatorias que son concertadas cada día asciende a millones, y en un año se eleva a miles de millones, al punto que no hay estadística que pueda abarcar este fenómeno, patrocinado en tales partes por el factor económico. Por ello es que Ascoli ha podido decir, en ajustada síntesis, que el derecho de las obligaciones, es el derecho del cotidiano comercio de la vida, tomando el vocablo comercio en su sentido de intercambio de servicios y valores. De otra parte, también el hombre se vé obligado, pese y aún contra su voluntad, por un sinnúmero de otras obligaciones, tales como las que

nacen de la responsabilidad civil, al tener que indemnizar en determinadas circunstancias el daño ocasionado a otras personas.⁸⁰

VII.2. Concepto

El Código Civil no esboza una definición de lo que es una obligación, en virtud que según expresa Velez Sarsfield en la nota al artículo 495 del Código Civil, “nos abstenemos de definir, porque, como dice Freitas, las definiciones son impropias de un código”.

De ahí que existe una gran variedad de definiciones creadas por los doctrinarios del derecho, desde las *Institutas de Justiniano*: “*Obligatio est vinculum juris quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura*”. “La obligación es un vínculo jurídico que nos constriñe a pagar algo a otro, según el derecho civil”.

De esta definición se destacan los siguientes elementos:

- **Vínculo Jurídico:** esto es, la relación jurídica que une al deudor con el acreedor.
- **Sujetos:** estos son deudor por un lado, y el acreedor por el otro.
- **Prestación:** es decir, el objeto de la obligación, que a tenor del artículo 495 del C.C., la misma puede ser de dar, hacer o no hacer.

A nuestro criterio, la definición más completa es de autoría de Roca Sastre con la colaboración de Puig Brutau, quienes expresaron la siguiente fórmula: “La obligación es una relación jurídica en virtud de la cual un sujeto (o varios) tiene el derecho a exigir (pretensión) a otro sujeto (o varios) una determinada prestación (consistente en dar, hacer o no hacer) y en su defecto a procurarse una congrua satisfacción equivalente a base de la responsabilidad patrimonial del deudor”.

Debe destacarse que siempre habrá un Sujeto Pasivo (obligado a cumplir una prestación) y un Sujeto Activo (con facultad de exigir el cumplimiento de esa prestación), estando ambos unidos por un vínculo jurídico.

⁸⁰ Cazeaux, P; Trigo Represas, F. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Tº I – pág. 3.

VII.3. Antecedentes Históricos

En el primitivo derecho romano la obligación era considerada como un vínculo *estrictamente personal*, que acordaba al acreedor poderes efectivos sobre la persona del deudor, quien podía ser privado de su libertad y aún vendido.

Una de las principales consecuencias de esta concepción era la *intransmisibilidad* de la obligación. No se concebía que el vínculo entre acreedor y deudor pudiera subsistir entre personas diferentes de las originarias.

Este rigorismo se fue atemperando con el transcurso del tiempo. Así, la *ley poetelia papiria* año 326 a. C, que impidió que se esclavizara al deudor. Desde entonces el acreedor sólo podía requerir del deudor la prestación de servicios para imputarlos al pago de la deuda. De tal modo se entendió que eran los bienes del deudor y no su cuerpo, lo que respaldaba el pago de la deuda. Esta evolución se completa con el derecho moderno, pues ya no se concibe a la obligación como un vínculo personalísimo, sino, preeminentemente como un valor económico porque lo que se ampara es la intangibilidad y efectividad del valor patrimonial que la obligación representa. Con este enfoque no hay inconveniente alguno en que la obligación sea transmitida a otro acreedor, o a otro deudor, siempre que no cambie su valor patrimonial.

VII.4. Elementos Esenciales

Son factores irreductibles que entran indispensablemente en la noción de obligación. Ellos son: el sujeto que se desdobra en “activo” y “pasivo”, el objeto y la causa eficiente o fuente de la obligación.

VII.4.1. Sujetos

Son las personas vinculadas a la relación jurídica a que se refiere, ya que un vínculo o relación jurídica supone la existencia de sujetos entre los cuales tal vínculo o relación se establezca. Por ello, toda obligación tiene necesariamente dos sujetos, uno “activo”, llamado acreedor, que es la persona a cuyo favor debe satisfacerse la

respectiva prestación; y otro “pasivo” llamado deudor que es la persona que está en la necesidad de satisfacer la prestación debida.

Ordinariamente se piensa en las obligaciones como relaciones en las que cada uno de los sujetos oficia exclusivamente como acreedor o como deudor; este esquema es frecuentemente inexacto, sobre todo en el terreno de los contratos, en los que las partes son simultáneamente acreedores o deudores recíprocos; así, por ejemplo, en la compraventa, el comprador debe el precio y el vendedor la cosa. Es claro que aun en ese caso pueden aislarse conceptualmente dos obligaciones distintas, en cada una de las cuales una parte es acreedora y sola acreedora, y otra es deudora y sólo deudora.⁸¹

VII.4.1.1. Requisitos

Por aplicación de los principios generales, los sujetos de la obligación han de ser necesariamente personas del derecho. Por quienes invistan este carácter (personas de existencia visible; personas jurídicas, públicas o privadas; personas de existencia ideal no calificadas como personas jurídicas), pueden ser sujetos de obligaciones. A su vez, estas personas para poder ser sujetos de las obligaciones deben reunir los siguientes requisitos:

- **Capacidad:** Para que la obligación sea válida se requiere que los sujetos tengan capacidad de derecho, es decir, que el acreedor pueda ser titular del crédito y el deudor quedar obligado por la deuda. La ausencia de capacidad de derecho produce la nulidad de la obligación, que en principio es absoluta. No es preciso en cambio que los sujetos posean capacidad de hecho, pues en tal caso podrán actuar por intermedio de sus representantes. De todas formas, si faltara la capacidad de hecho en cualquiera de los sujetos, el acto constituido de la obligación sería nulo, pero de nulidad relativa.
- **Sujetos determinados o determinables:** Los sujetos de la obligación deben estar determinados al tiempo de contraerse la obligación, o ser susceptibles de determinación ulterior. Es decir, cabe cierto grado de

⁸¹ Borda, G. *Tratado de Derecho Civil*. (Obligaciones) Tº I, nº 6, p. 16.

indeterminación que debe cesar en el momento del pago, en el cual los sujetos deben estar perfectamente individualizados. En estos casos, la obligación se sustenta en la existencia actual del sujeto transitoriamente indeterminado. Son ejemplos de obligaciones de sujeto determinable: los títulos al portador, las rifas y sorteos, en general, las ofertas al público, las obligaciones ambulatorias, etc.

- ***Ser distintos:*** El acreedor y el deudor debe ser personas distintas entre sí: nadie puede ser acreedor ni deudor de sí mismo, o dicho de otra forma, desde un punto de vista jurídico, nadie puede obligarse a sí mismo.

VII.4.1.2. Obligaciones Ambulatorias o “Propter Rem”

Este tipo de obligaciones es una hipótesis de indeterminación relativa del sujeto activo o pasivo. Lo característico de ellas es que se constituyen en función de cierta relación de señorío que tiene una persona indeterminada sobre una cosa determinada. En rigor, no hay indeterminación del sujeto sino ausencia de su individualización, porque ello dependerá del momento en que se haga valer la obligación.

Se trata de obligaciones concernientes a una cosa, “que no gravan a una o más personas determinadas, sino indeterminadamente al poseedor, de una cosa determinada” (art. 2416 C.C.). De ahí que la obligación viaje o ambule, tanto activa como pasivamente con la cosa a la cual accede, lo que se explica muy fácilmente, porque siendo una obligación “que comprende al que ha transmitido una cosa, respecto a la misma cosa, pasa al sucesor universal y al sucesor particular” (art. 3266 C.C.). Por otra parte, el crédito “propter rem”: la deuda de medianería y el crédito respectivo; la deuda por expensas comunes en la propiedad horizontal; la contribución a los gastos de conservación de la cosa en el condominio; etc.

VII.4.2. Objeto

Determinar el objeto de las obligaciones es un tema controvertido, y sobre el que no existe consenso doctrinario.

Para la denominada *concepción clásica*, el objeto de la obligación es la prestación, es decir, la conducta humana comprometida por el deudor orientada a satisfacer el interés del acreedor, consistente en un dar, un hacer o un no hacer.

Los partidarios de las *teorías patrimoniales*, entienden que el objeto de la obligación no está dado por el comportamiento debido, pues sobre dicha conducta el acreedor no puede ejercitar su poder o señorío. De ahí, que se hace incapié en el crédito y al poder del acreedor, dejando a un plano secundario la deuda. Así, la esencia de la obligación está en el polo activo y el poder de ejecutar forzosamente la misma. Es en este aspecto donde se busca al objeto. Por ello, el objeto es la utilidad procurada por el acreedor o el bien debido.

Para los *teóricos revisionistas*, el objeto es el bien o entidad que permite satisfacer el interés del acreedor, asignándose a la conducta humana comprometida por el deudor (prestación) el valor de mero contenido de aquella. Dicen sus partidarios, el fin fundamental de la obligación consiste en conseguir el bien debido, a cuyos efectos es indiferente que éste se obtenga a través de la actividad del deudor o por otro medio (una ejecución forzada, cumplimiento por terceros, etc.). La conducta humana forma parte del contenido de la relación jurídica obligatoria, y es un actuar del deudor como medio para procurar al acreedor el bien o utilidad que constituye el objeto de la obligación.

Sin perjuicio de la posición que se adopte, lo cierto es que el objeto de la obligación debe poseer los siguientes requisitos:

- ***Debe ser posible:*** El objeto ha de ser material y jurídicamente posible en el momento de formarse la obligación. Los Dres. Cazeaux y Trigo Represas, parafraseando a Betti enseñan: “No se debe sino aquello que se puede. En derecho deber lo imposible, es un absurdo”. Si la imposibilidad del objeto ocurriera con posterioridad a dicho momento, podría estarse ante un caso de fuerza mayor, que excusaría el incumplimiento de la prestación, pero ello no impediría que la obligación en su origen se hubiera formado válidamente. La originaria imposibilidad material o física no presenta mayores problemas, máxime si lo que se ha prometido es un hecho notoriamente irrealizable (ej. cruzar a nado el océano), en cuyo caso es obvio que la obligación es inexistente por falta de objeto, pudiendo incluso dudarse de la seriedad del acto en el que se la estipuló. Para que el objeto de la obligación se juzgue imposible, debe tratarse de

una imposibilidad absoluta, objetiva, es decir, que lo sea para todos y no sólo para el deudor. La prestación puede consistir en una cosa futura (arts. 1168, 1173 y 1327 C.C.), en cuyo caso la obligación estará subordinada a la condición de que el objeto futuro llegue a existir (ej: la venta de una novela que se escribirá, la venta de una cosecha futura, etc.).

- **Lícito:** Siguiendo el artículo 953 del C.C., si el objeto del actor jurídico consiste en la entrega de una cosa, ésta debe estar en el comercio (art. 2336 C.C.), vale decir, que su enajenación no esté expresamente prohibida o dependa de una autorización pública. Tratándose de un hecho, no tiene que estar prohibido por la ley, ni ser contrario a las buenas costumbres, ni oponerse a la libertad de las acciones o de la conciencia, ni perjudicar los derechos de terceros.
- **Determinado o determinable:** Al igual que lo que sucede con los sujetos, respecto del objeto se admite cierto grado de indeterminación inicial que debe cesar en el momento del pago. Ahora bien, la indeterminación inicial permitida es relativa, ya que no puede ser objeto de una obligación una prestación absolutamente indeterminada, por ejemplo la obligación de entregar una cosa o la de entregar un animal, porque una falta de precisión tan extrema daría al deudor la posibilidad de liberarse, entregando cualquier cosa o animal. La estipulación es válida si se determina, por lo menos, la especie (art. 1170 C.C.), como por ejemplo, la obligación de dar un caballo o un piano, etc. En cuanto a la cantidad, puede quedar supeditada a una ulterior fijación (art. 1171 C.C.).
- **Interés para el Acreedor:** Ha dado lugar a una no extinguida controversia la cuestión relativa a si el objeto o el interés de las partes en el objeto tiene que ser susceptible de apreciación pecuniaria o si basta que consista en un interés moral, intelectual o cultural. En nuestro código el tema ha sido de resuelto de modo dispar, según lo hace notar la mayoría de los autores. A nuestro juicio, siempre el objeto de la obligación ha de ser estimable en dinero se trate de obligaciones contractuales o extracontractuales. Así, con respecto a las *obligaciones contractuales*, refiriéndose a las cosas el art. 1167 C.C. dice: “... las prestaciones que no pueden ser objeto de los actos jurídicos no pueden serlo de los contratos”. Ahora bien, el art. 953 C.C. dispone que el objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, y porque lo

están tienen valor económico. Con relación a los hechos el artículo 1169 del Código Civil establece que “*La prestación, objeto de un contrato puede consistir en la entrega de una cosa, o en el cumplimiento de un hecho positivo o negativo susceptible de apreciación pecuniaria*”. Con respecto a las *obligaciones derivadas de los hechos ilícitos* el criterio es similar, pues el artículo 1083 C.C., luego de la reforma introducida por la ley 17.711, dispone que “*El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización se fijará en dinero*”. Lo expuesto no significa que los intereses morales o extra económicos queden desamparados. Así por ejemplo en el campo de los actos ilícitos, en la medida que el legislador ha considerado prudente contemplar los intereses morales para graduar la indemnización a cargo del responsable, a ello se refiere el art. 1078 aludiendo al agravio moral.

VII.4.3. Causa

La palabra “causa” en esta materia es pasible de tener tres significados: *causa fuente, causa fin* y *causa motivo*.

Causa fuente, se refiere a los fenómenos reconocidos por el derecho, que son aptos para generar una relación jurídica;

Causa fin, es la finalidad más próxima o inmediata que persiguen las partes al contratar, y dado que forma parte del contrato es plenamente conocida por los contratantes. La palabra fin hacen referencia a los fines que las partes expresan al momento de concluir el contrato, y forman parte de su estructura, por ej: en una compraventa, la causa fin del comprador es que le entregan la cosa, y la del vendedor que le entreguen el precio;

Causa motivo, formada por los motivos subjetivos o motivos determinantes que las partes tuvieron en cuenta en forma mediata al momento de contratar, o sea sus fines mediatos. En el ejemplo anterior, serían los motivos concretos y personales que movieron al comprador comprar esa cosa.

El tercer elemento esencial de la obligación es su causa eficiente o fuente, es decir, el hecho que la ha originado, que puede definirse como el hecho dotado por el ordenamiento jurídico con virtualidad bastante para establecer entre acreedor y deudor el vínculo que los liga. No hay por tanto, obligación sin causa.

En efecto, el significado de la causa fuente es el origen o el antecedente de algo, vale decir: “la suma de condiciones positiva o negativas que hacen que el ser o el acontecer se produzca”. En otras palabras, “es algo real que hace que otro algo real pase del no ser al ser”.⁸²

Dado que no es posible pensar en una obligación que exista por sí y sin dependencia de un hecho antecedente que le haya producido, el Código Civil comienza el tratamiento de la causa fuente en el artículo 499 al decir: “*No hay obligación sin causa, es decir sin que sea derivada de uno de los hechos o uno de los actos lícitos o ilícitos, de las relaciones de familia, o de las relaciones civiles*”.

Es ilustrativa la nota a dicho artículo en que el codificador critica a quienes confunden la causa de las obligaciones con la causa de los contratos: “El Cód. francés y los demás códigos que lo han tomado por modelo han confundido las causas de los contratos con las causas de las obligaciones. Como éstas nacen, a más de los contratos y cuasicontratos que son los actos lícitos, de los actos ilícitos, delitos y cuasidelitos, y de las relaciones de familia, la causa de ellas debe hallarse en estas fuentes que las originan, y no sólo en los contratos...”.

Entonces, la obligación que se pretende hacer recaer en un sujeto, requiere como elemento esencial la existencia de una causa o fuente, esto es, el hecho o relación jurídica que la ha originado, pues no es posible pensar en una obligación que exista porque sí y sin dependencia de un hecho antecedente que la haya producido; tampoco en el mundo del derecho hay generación espontánea, de modo que si algo existe, esto postula la necesidad de otro algo que dé razón a la existencia del primero. Los créditos deben encontrar una causa en lo que se reconoce normalmente como fuentes de las obligaciones: contratos, cuasicontratos, delitos y cuasidelitos, a los que se podrá agregar la ley, el abuso del derecho o alguna otra.

⁸² Cazeaux, P.; Trigo Represas, F. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Tº I – pág. 62.

VII.4.3.1. Presunción de Causa

Artículo 500 C.C.: “Aunque la causa no esté expresada en la obligación, se presume que existe, mientras el deudor no pruebe lo contrario”.

Por lo general, en el instrumento de la obligación consta la clase del acto jurídico de que se trata, las prestaciones asumidas por las partes y más excepcionalmente los motivos que la impulsaban a contratar. En tal caso, no hay dificultad en cuanto a la expresión de causa. Por ej: , si en el título de la obligación se dice: “adeudo a José \$100 que me entregó en calidad de préstamo y me comprometo a devolverlos el 10 de diciembre próximo”. Pero puede ocurrir que en el título no se exprese por qué se debe, ej: “Adeudo a José \$ 100 que le pagaré el próximo 10 diciembre”. Debemos observar lo siguiente:

- Cuando el artículo dice: “Aunque la causa no esté expresada en la obligación...”, la palabra obligación está tomada en un sentido impropio, más concretamente en el sentido del instrumento probatorio de la misma. Debe leerse este artículo como si dijera: “Aunque la causa no esté expresada en el título de la obligación”.
- Desde un punto de vista lógico, debe presumirse que nadie se obliga sin causa.
- Desde un punto de vista jurídico, coincide con las leyes de la prueba. El actor debe probar su acción y el demandado sus defensas. Al acreedor le basta, pues, probar la existencia de la obligación y si el deudor pretende que la misma no tiene causa, debe justificar tal defensa.

En síntesis, se trata de una presunción simplemente “juris tantum” (admite prueba en contrario), pues no obstante la apariencia de una obligación, el presunto deudor puede comprobar que no ha habido causa y, por lo tanto, que no ha nacido obligación alguna. Producida esa prueba caerá la simple apariencia de obligación, quedando demostrada la inconsistencia de la pretensión del acreedor por falta de causa.

VII.4.3.2. Falsa Causa

Artículo 501 C.C.: “La obligación será válida aunque la causa expresada en ella sea falsa, si se funda en otra causa verdadera”.

A diferencia del caso anterior, acá la causa está expresada, pero ella es simulada. Entonces, la obligación será válida si la causa simulada se funda en otra causa que sea verdadera. El concepto de causa verdadera referida en el artículo, debe ser interpretada como causa oculta lícita, caso contrario, el acto será nulo.

Suele ocurrir que en el instrumento de la obligación se haga constar una determinada causa, pero que se trate, en realidad, de una causa falsamente invocada. En este caso, pueden darse dos variantes:

- Que la causa invocada sea falsa y que no exista otra verdadera. En este caso la obligación es inválida.
- Que si bien la causa enunciada sea falsa, haya una causa verdadera que la reemplace. Esta última es, en realidad, la situación prevista en el referido artículo. La simulación de causa prevista en la disposición legal que estamos comentando, tiene que ser relativa y lícita.

Al acreedor le basta con acreditar la existencia de la obligación. El deudor que alega la existencia de una causa falsa, tendrá que demostrar estos extremos (arts. 955 a 960 Cód. Civil). Debe tenerse presente que el acreedor siempre estará en condiciones de demostrar que existía una causa lícita y verdadera.

VII.4.3.3. Causa Ilícita

Artículo 502 C.C.: “La obligación fundada en una causa ilícita, es de ningún efecto. La causa es ilícita, cuando es contraria a las leyes o al orden público”.

La norma guarda estrecha armonía con el art. 953 de dicho Código. En tanto aquella regula la causa final ilícita del negocio jurídico, ésta se ocupa del objeto ilícito del mismo determinando la nulidad. Ambas normas constituyen un

plexo normativo invalorable para afirmar la vigencia de la regla moral y de las buenas costumbres en los actos jurídicos⁸³.

La causa contraria a las leyes es la que se opone al ordenamiento jurídico, entendido éste en su amplio espectro, tal así: Constitución Nacional y Provincial, Leyes Nacionales y Provinciales, Decretos Nacionales y Provinciales, Ordenanzas Municipales, inclusive no debe contrariarse la moral y buenas costumbres. Por ej: un contrato realizado sobre una herencia futura (art. 1175 C.C.); una obligación fundada en juegos ilícitos, contratos de venta de influencia, etc.

VII.5. Clasificación de las Obligaciones

Se pueden clasificar las obligaciones fundándose en los siguientes elementos: la naturaleza del vínculo, la naturaleza del objeto, la singularidad o pluralidad de los sujetos, el grado de autonomía o dependencia, la existencia o inexistencia de modalidades, y la fuente de la cual proceden.

VII.5.1. Según la Naturaleza del Vínculo

Según la naturaleza del vínculo y eficacia de la protección jurídica, las obligaciones se clasifican en *civiles* o *naturales*.

Artículo 505 C.C.: “Las obligaciones son civiles o meramente naturales. Civiles son aquellas que dan derecho a exigir su cumplimiento. Naturales son las que, fundadas en el derecho natural y la equidad, no confieren acción para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas por el deudor, autorizan para retener lo que se ha dado por razón de ellas, tales son:

1° [Derogado por la ley 17.711]

2° las obligaciones que principian por ser obligaciones civiles, y que se hallan extinguidas por la prescripción;

⁸³ Pizarro, Ramón D. y Vallespinos, Carlos G. “Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones”, t° 1 – pág. 186. Ed. Hamurabi. Bs. As. 2004.

3° las que proceden de actos jurídicos, a los cuales faltan las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles; como es la obligación de pagar un legado dejado en un testamento, al cual faltan formas substanciales;

4° las que no han sido reconocidas en juicio por falta de prueba, o cuando el pleito se ha perdido, por error o malicia del juez;

5° las que se derivan de una convención que reúne las condiciones generales requeridas en materia de contratos; pero a las cuales la ley por razones de utilidad social, les ha denegado toda acción; tales son las deudas de juego”.

Las obligaciones civiles son las que dan derecho a exigir su cumplimiento, es decir que en ellas sus titulares pueden hacer valer, plenamente, todos sus efectos, que se resumen en la llamada “ejecución de las obligaciones”. Toda la teoría general de las obligaciones se desarrolla y gira en torno a las obligaciones civiles, que son las que tienen mayor importancia práctica.

Las obligaciones naturales, tienen efectos muy limitados y reducidos. Así, conforme lo expresa el Código Civil, el efecto más importante es que no confieren acción para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas por el deudor autorizan para retener lo que se ha dado por razón de ellas.

Para el Código Civil, las ha definido expresando que son “las que fundadas sólo en el derecho natural y en la equidad no confieren acción para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas por el deudor autorizan para retener lo que se ha dado por razón de ellas”.

En síntesis, las obligaciones naturales poseen los siguientes caracteres:

- No dan acción para reclamar el pago;
- Cumplida la obligación por parte del deudor, el acreedor está autorizado para retener lo pagado;

VII.5.2. Según la Naturaleza del Objeto

Según la naturaleza del objeto, las obligaciones pueden ser de dar, hacer o no hacer.

Artículo 495 C.C.: “Las obligaciones son: de dar, hacer o de no hacer”.

Las obligaciones de dar consisten en la entrega de una cosa; las de hacer, en la realización de un hecho; y las de no hacer, en la abstención de un acto. Conforme a ello, trataremos estos tres tipos de obligaciones en forma separada.

VII.5.2.1. Obligaciones de Dar

Artículo 574 C. C.: “La obligación de dar es la que tiene por objeto la entrega de una cosa, mueble o inmueble, con el fin de constituir sobre ella derechos reales, o de transferir solamente el uso o la tenencia, o de restituirla a su dueño”.

De acuerdo al texto del artículo, la entrega de la cosa puede tener una de las siguientes finalidades:

- ***constituir sobre ella derechos reales;*** en nuestro derecho positivo, antes de la tradición de la cosa el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real, con excepción de la hipoteca y la prenda sin desplazamiento, que no exigen la tradición.
- ***transferir solamente su uso;*** tal como ocurre al celebrar un contrato de locación de cosas, en que el locador debe ceder el uso y goce de la cosa al locatario.
- ***transferir su tenencia;*** como ocurre en al entregar la cosa en la prenda o el depósito.
- ***restituir la cosa a su dueño;*** como la obligación del locatario o depositario de devolver la cosa a su dueño al término del contrato.

A su vez, el Código Civil distingue cuatro categorías de obligaciones de dar:

VII.5.2.1.1. Obligaciones de Dar Cosas Ciertas

En estos casos, la prestación consiste en una cosa determinada.

La obligación de entregar cosas ciertas impone al deudor dos deberes fundamentales;

- conservar la cosa para cumplir lo que ha prometido;
- entregar la cosa en el tiempo y lugar estipulados.

Por otra parte, en la obligación de dar cosas ciertas quedan comprendidos todos los accesorios de ellas aunque en los títulos o contratos no se los mencione o aunque se hallen momentáneamente separados de ellas (art. 575 C.C.). Esta es una aplicación del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

En líneas generales el régimen que sigue a este tipo de obligaciones para constituir o transferir derechos reales, es el siguiente:

- el deudor es responsable ante el acreedor, por la falta de las diligencias necesarias para la entrega de la cosa, en el lugar y tiempo que corresponda (art. 576 C.C.). Así, el acreedor antes de la tradición de la cosa, no adquiere sobre ella ningún derecho real (art. 577 C.C.);
- de esto, se desprenden algunos principios inspirados en la lógica y el sentido común, tales como que si la cosa se *pierde sin culpa* del deudor, la obligación queda disuelta para ambas partes, (art. 578 C.C.), si la cosa se *deteriora sin culpa* del deudor, el acreedor puede optar disolver la obligación o recibir la cosa en el estado en que se hallare, con disminución proporcional del precio (art. 580 C.C.);
- ahora, si la cosa se *pierde por culpa* del deudor, éste será responsable ante el acreedor por su equivalente y por los daños y perjuicios que le hubiera ocasionado (art. 579 C.C.);
- si la cosa se hubiere mejorado o aumentado, el deudor podrá exigirle al acreedor un mayor valor, y si este no accediera, la obligación quedará disuelta (art. 582 C.C.)
- Todos los frutos percibidos antes de la tradición de la cosa, pertenecen al deudor; más los pendientes de percibir al momento de la tradición pertenecen al acreedor (art. 583 C.C.).

VII.5.2.1.2. Obligaciones de Dar Cosas Inciertas no Fungibles

A contrario de lo tratado en el punto que antecede, aquí la obligación recae sobre cosas “inciertas”, es decir, cosas que no están determinadas individualmente, sino por su género. Desde un punto de vista jurídico, género significa las cosas que reúnen un cierto número de caracteres comunes, a veces determinado por la naturaleza (caballos, vacas, etc.); otras, por el hecho del hombre (automóviles, heladeras, etc); otras, la misma convención de las partes fija el alcance del género, así por ejemplo, me comprometo a vender uno de los cuadros de mi pinacoteca, uno de los potrillos de la producción de mi haras, etc. En este caso la obligación no se refiere ya a cualquier cuadro, a cualquier potrillo, sino a uno de los que integran mi colección o producción.⁸⁴

Continuando con lo enseñado por el Dr. Borda, en la obra citada; las obligaciones de género, ya lo sabemos, no contienen una determinación precisa de la cosa debida. Pero cuando llegue el momento de cumplir habrá que determinarla. ¿Cómo se hace la elección?

- Si nada se hubiera pactado, la facultad de elección pertenece al deudor (art. 601 C.C.);
- Si el contrato hubiera atribuido la facultad de elección a cualquiera de las partes, debe respetarse lo convenido, aunque con la salvedad que el deudor no podrá escoger cosa de la peor calidad de la especie, ni el acreedor la de mejor calidad (art. 602 C.C.). Es ésta una aplicación del principio de que las obligaciones deben cumplirse de buena fe; es evidente que cuando se ha convenido genéricamente la entrega de una cosa, se ha entendido tratar sobre una cosa de calidad mediana. Debe tenerse presente que la elección queda constituida una vez que la declaración de voluntad haya sido puesta en conocimiento de la otra parte, por ello, quien realice la elección puede retractarse de la misma hasta el momento en que la misma llegue a conocimiento de la otra parte.

⁸⁴ Borda, G. *Tratado de Derecho Civil*. (Obligaciones) Tº I, nº 443, p. 376.

VII.5.2.1.3. Obligaciones de Dar Cosas Fungibles o Cantidades de Cosas:

Artículo 606 C.C.: “La obligación de dar cantidades de cosas es la obligación de dar cosas que consten de número, peso o medida”.

Este tipo de obligaciones posee los siguientes caracteres: a- hay una indeterminación relativa del objeto; se dice relativa, pues están indicados la especie y cantidad, peso o medida; b- las cosas son fungibles, carácter este último que permite distinguir estas obligaciones de las de género.

Como en las obligaciones de género, también en estos casos llegará un momento en que la cosa fungible tendrá que ser determinada para entregarla al acreedor. No hay aquí un problema de elección, porque se supone que todas las cosas fungibles tienen igual valor económico y jurídico y no hay, por tanto, interés en elegir; por ello, el Código habla en este caso de *individualización*.

Lo individualización posee el efecto de transformar la obligación de “cantidad de cosas” en una obligación de “cosas ciertas”. Así lo dispone el artículo 609 del Código Civil, al decir: *“Las cantidades quedarán individualizadas como cosas ciertas después que fuesen contadas, pesadas o medidas por el acreedor”.*

El deudor debe dar la cantidad, especie y calidad que hubieren pactado (art. 607 C.C.). Si la obligación tuviese por efecto restituir cantidades de cosas recibidas, el acreedor tendrá derecho a una cantidad igual de la misma especie y calidad; y si el deudor hubiere incurrido en mora, el acreedor podrá exigir dicha cantidad, más daños y perjuicios, o bien el valor de la cosa según los precios corrientes en el lugar y día del vencimiento (art. 608 C.C.), más los daños y perjuicios.

En casos de pérdida o deterioro de la cosa, hay que analizar si ello se produjo antes o después de la individualización de la cosa:

Antes de la Individualización: el deudor no podrá nunca invocar la pérdida de la cosa para eximirse de responsabilidad, aunque haya acaecido por caso fortuito o fuerza mayor, porque el género nunca perece.

Después de la Individualización: como ya dijimos, la obligación de dar cantidad de cosas se convierte en una obligación de dar cosas ciertas, con todas las consecuencias correspondientes.

VII.5.2.1.4. Obligaciones de Dar Sumas de Dinero

El dinero es el medio normal de que se sirve el hombre para procurar otros bienes; a la inversa de lo que ocurre con las demás cosas, no proporciona al hombre ningún placer por sí mismo (salvo el goce patológico del avaro que recuenta sus monedas); pero sirve de intermediario en el trueque de cosas y bienes: con ese objeto ha sido creado y garantizado por el Estado y está sujeto a su vigilancia. Es una creación ideal: se toma un signo cualquiera, al que se le atribuye la función de servir de unidad, se le da un nombre, independiente de sus cualidades y se lo lanza a la circulación, ya íntegro, ya dividido en múltiplos o submúltiplos, para que cumpla esa tarea de medir los valores... Este dinero, así creado por el Estado, constituye el medio normal de pago. De ahí su singular importancia en el ámbito de las obligaciones. Aun cuando la obligación consista en dar cosas que no son dinero, puede ocurrir que sea imposible su cumplimiento en especie y entonces aquélla se resuelve en el pago de una suma de dinero. Lo mismo ocurre en el caso de incumplimiento de obligaciones de hacer o no hacer de los daños ocasionados por un hecho lícito. Para configurar jurídicamente el dinero es necesario decir que se trata de una cosa mueble, fungible, consumible y divisible; a estas calidades, que son propias también de otros bienes, debemos agregar la de *numeralidad*, pues es representativo de una unidad ideal, y la de *legalidad*, pues tiene curso legal obligatorio como medio de pago.⁸⁵

Artículo 616 C.C.: “Es aplicable a las obligaciones de dar sumas de dinero, lo que se ha dispuesto sobre las obligaciones de dar cosas inciertas no fungibles, sólo determinadas por su especie, y sobre las obligaciones de dar cantidades de cosas no individualizadas”.

VII.5.2.1.4.1. Ley de Convertibilidad

La ley 23.928 produjo un cambio sustancial en cuanto al régimen de las obligaciones de dar sumas de dinero, especialmente en aquellas obligaciones en que se estipula dar sumas de dinero pero sobre monedas que no son de curso legal en la

⁸⁵ Borda, G. *Tratado de Derecho Civil*. (Obligaciones) Tº I, nº 458, p. 383.

Argentina, lo cual determinó que a partir de dicha ley se las equiparó a las “obligaciones de dar sumas de dinero”, y no como una “obligación de dar cantidades de cosas”, como era hasta ese entonces el régimen (art. 617 C.C.).

Más claro aún quedó sentado el principio, al modificar la ley el artículo 619 del Código Civil, que quedó redactado de la siguiente forma: “*Si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda, cumple con la obligación dando la especie designada, el día de su vencimiento*”.

VII.5.2.1.4.2. Intereses

Las partes pueden pactar que la obligación lleve intereses, siendo perfectamente válida tal convenio (art. 621 C.C.). Los mismos se adeudan desde el vencimiento de la obligación, y la cuantía de los mismos son los convenidos por las partes, y a falta de dicho convenio se deben los intereses legales que las leyes especiales hubieren determinado, y aún en caso de falta de estos, los jueces determinarán el interés a abonar (art. 622 C.C.).

Nuestra ley no permite la usura, pero al decir del Dr. Borda, “la usura es tan vieja como la humanidad. A poco que el desarrollo de la riqueza puso capitales en manos de algunas personas, no faltaron quienes explotaron la miseria, las necesidades o la imprevisión de otros para ofrecerles dinero a intereses elevadísimos”. Originariamente, usura significaba interés: era el precio del *usus* de un capital. La abominación del préstamo a interés, cualquiera fuera la tasa cobrada, convirtió la palabra usura en sinónimo de abuso, explotación: y cuando más tarde el cobro de interés moderado pareció legítimo y justo, la denominación de usurero quedó naturalmente reservada a quien prestaba a intereses excesivos, es decir, a quien abusaba ilegítimamente de las necesidades ajenas. Ésta es hoy la acepción corriente de la palabra. Pero todavía puede usársela, en un sentido más amplio, para designar todo negocio en que una de las partes se prevalece de las necesidades, ignorancia o inferioridad de la otra para imponerle condiciones excesivas: usura deviene así sinónimo de lesión.⁸⁶

⁸⁶ Borda, G. *Tratado de Derecho Civil*. (Obligaciones) Tº I, nº 491, p. 414.

Por nuestra parte, nos inclinamos a no darle a la palabra “*usura*”, ya que solo vasta para que se configure la misma, el cobro de un interés excesivo, sin necesidad de indagar si para ello el prestamista se ha valido de la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra parte. Claro está, que lo excesivo es algo que deberá apreciarse en cada caso en particular.

El anatocismo, consiste en la capitalización del interés, que por ende pasará luego a devengar intereses. Por ejemplo, si sobre un capital de \$ 1000 al 10% anual; al cabo de una año y no habiendo pagado el deudor los intereses, éstos se acumulan al capital, de tal modo que durante el segundo año los intereses se calculan sobre \$ 1100, y así sucesivamente. Este aspecto también fue contemplado por la Ley 23.928, que determinó que no se deben intereses de intereses, salvo pacto expreso en contrario, y con la periodicidad de capitalización acordada (art. 623 C.C.), o en caso que el juez mande pagar y el deudor fuese moroso.

VII.5.2.2. Obligaciones de Hacer

Artículo 625 C.C.: “El obligado a hacer, o a prestar algún servicio, debe ejecutar el hecho en un tiempo propio, y del modo en que fue la intención de las partes que el hecho se ejecutara. Si de otra manera lo hiciere, se tendrá por no hecho, o podrá destruirse lo que fuese mal hecho”.

Mientras que en las obligaciones de dar la prestación consiste en la entrega de una cosa, en las de hacer consiste en la realización de un hecho, tal como: una asistencia profesional, un contrato de trabajo, etc. De todas formas, a veces los contratos suelen presentar con frecuencia obligaciones de dar y de hacer, entremezcladas. Así, en la locación, el locador está obligado a entregare el inmueble al locatario (dar) y a suministrarle calefacción, agua caliente, etc. (hacer). A pesar de estar contenidas en un mismo contrato, estas obligaciones tienen un régimen distinto.

Este tipo de obligaciones poseen los siguientes efectos:

- **Caso de que pueda obtenerse la ejecución forzada sin compulsar físicamente al deudor:** no hay inconveniente en exigir dicha ejecución. En este principio se haya inspirado la jurisprudencia según la cual la

obligación de escriturar contraída por quien ha firmado un boleto de compraventa puede ser cumplida por el juez a nombre del deudor que se niega a hacerlo.

- **Caso de que no puede obtenerse la ejecución forzada sin hacer violencia sobre la persona del deudor:** no es viable la ejecución forzada.
- **Ejecución por Otro:** cuando el hecho que ha prometido el deudor es fungible, el acreedor en defecto de cumplimiento, podrá hacerlo por sí mismo o hacerlo hacer por otro, a costa del deudor (art. 630 C.C.). Se llama hecho fungible a aquel que puede ser realizado indiferentemente por otra persona, porque el contratar no se ha tenido en mira el arte o la habilidad propios del contratante, ej. el blanqueo de una pared, un trabajo en común, etc. En cambio si la tarea se ha encargado *intuitae personae*, es decir, teniendo principalmente en mira la persona del deudor, el hecho no será fungible; tal por ejemplo, el compromiso de un artista de fama de realizar un retrato.
- **Imposibilidad de Cumplir:** Puede ocurrir que la imposibilidad de cumplir una obligación de hacer derive de la culpa del deudor o, por el contrario, que no le sea imputable. En el primer caso, deberá pagar el deudor los daños y perjuicios consiguientes (art. 628 C.C.); en el segundo, la obligación queda extinguida para ambas partes y el deudor debe devolver al acreedor lo que en razón de ella hubiere recibido (art. 627 C.C.).

VII.5.2.3. Obligaciones de No Hacer

Este tipo de obligaciones consiste en una abstención de parte del deudor, es decir se obliga a “no hacer” algo. Así por ejemplo, la obligación asumida por el locador de no perturbar al locatario en el uso y goce de la cosa; la del comerciante que ha vendido un fondo de comercio, de no establecerse en un determinado radio; etc.

Ejecución Forzada: El acreedor tiene derecho a exigir la ejecución forzada de la obligación de no hacer; más aún, puede exigir que se destruya lo hecho o que se autorice a destruirlo a costa del deudor (art. 633 C.C.). Y si no fuese posible destruir lo hecho, podrá pedir la indemnización de daños correspondientes (art. 634

C.C.). a veces, empero, el cumplimiento forzado de la obligación de no hacer importa una violencia intolerable en la persona del deudor. No queda entonces otra solución que la indemnización de daños. Así ocurriría, por ejemplo, si un artista que se ha comprometido a trabajar exclusivamente en un determinado teatro, trabaja en otro. No se le puede impedir que lo haga, pero debe pagar por los daños.

VII.5.2.4. Obligaciones de Objeto Plural o Conjunto

Las obligaciones pueden tener un objeto singular (vendo una casa, un caballo, etc.) o uno compuesto. En este último caso, el objeto puede ser conjunto o disyunto.

El objeto es conjunto cuando todas las cosas se deben simultáneamente; por ejemplo, un mueblero vende un juego de comedor compuesto de mesa, doce sillas y aparador.

El objeto es disyunto, cuando el deudor sólo está obligado a entregar una de las distintas cosas comprendidas en la obligación: así, por ejemplo, me comprometo a entregar uno de mis tres cuadros de Fader.

Las obligaciones de objeto conjunto no tienen un régimen legal peculiar; están regidas por los principios generales aplicables a las obligaciones de dar. En cambio, las obligaciones de objeto disyunto tienen un régimen propio, distinguiendo entre obligaciones alternativas y facultativas.

VII.5.2.4.1. Obligaciones Alternativas:

Artículo 635 C.C.: “Obligaciones alternativas es la que tiene por objeto una de entre muchas prestaciones independientes y distintas las unas de las otras en el título, de modo que la elección que deba hacerse entre ellas, quede desde el principio indeterminada”.

El objeto puede ser homogéneo (vendo uno de dos automóviles) o no (prometo realizar una obra o pagar una suma de dinero); incluso lo alternativo puede referirse al lugar de pago. Este tipo de obligaciones presentan las siguientes características:

- Su objeto es plural o compuesto;
- Las prestaciones son independientes entre sí;
- Entrañan un derecho de opción que puede estar a cargo del deudor o del acreedor o de un tercero; mientras ese derecho no haya sido ejercido, está pendiente una incertidumbre acerca del objeto de la obligación;
- Hecha la elección, la obligación se concentra en la prestación elegida.

VII.5.2.4.2. Obligaciones Facultativas

Artículo 643 C.C.: “Obligación facultativa es la que no teniendo por objeto sino una sola prestación, da al deudor la facultad de substituir esa prestación por otra”.

Por ejemplo, una persona se compromete a vender un inmueble, reservándose el derecho de suplir el cumplimiento de esa obligación con el pago de la seña doblada, también puede versar lo facultativo en la reserva de elegir el lugar de pago, o de pagar en otra forma a la determinada en el contrato, etc.

En estas obligaciones, hay una prestación principal, que constituye el verdadero objeto de la obligación, y una accesoria o subsidiaria. Son características de estas obligaciones:

- Son obligaciones de objeto plural o compuesto;
- Las prestaciones tienen una relación de dependencia correspondiente al concepto de principal y accesorio;
- Entrañan un derecho de opción no obligatorio en beneficio del obligado.

VII.5.2.5. Obligaciones Divisibles e Indivisibles

Artículo 667 C.C.: “Las obligaciones son divisibles, cuando tienen por objeto prestaciones susceptibles de cumplimiento parcial. Son indivisibles, si las prestaciones no pudiesen ser cumplidas sino por entero”.

VII.5.2.5.1. Obligaciones de Dar Divisibles

- cuando tienen por objeto la entrega de sumas de dinero o de otras cantidades;
- cuando teniendo por objeto la entrega de cosas inciertas no fungibles, comprenden un número de ellas de la misma especie que sea igual al número de acreedores o a su múltiplo (art. 669 C.C.)

VII.5.2.5.2. Obligaciones de Dar Indivisibles:

- cuando tienen por objeto un cuerpo cierto (art. 679 C.C.);
- cuando se trata de cosas inciertas no fungibles cuyo número no coincide con el de los deudores o acreedores o su múltiplo (art. 669 C.C.)

VII.5.2.5.3. Obligaciones de Hacer Divisibles e Indivisibles

La regla indica que este tipo de obligaciones son siempre indivisibles, salvo las excepciones enumeradas en el mismo código. Así el artículo 680 del Código Civil, expresa: “*Son igualmente indivisibles las obligaciones de hacer, con excepción de las comprendidas en el art. 670*”.

Artículo 670 C.C.I: “Las obligaciones de hacer son divisibles cuando tienen por objeto la prestación de hechos, determinados solamente por un cierto número de días de trabajo, o cuando consisten en un trabajo dado, según determinadas medidas expresadas en la obligación, como la construcción de un muro, estipulada en metros; pero cuando la construcción de una obra no es por medida, al obligación es indivisible”.

VII.5.2.5.4. Obligaciones de No Hacer Divisibles e Indivisibles

Nuestro código determina respecto este punto un principio general, dependiendo en cada caso del carácter de la obligación. Así, el artículo 671 Código

Civil, dispone: *“En las obligaciones de no hacer, la divisibilidad o indivisibilidad de la obligación se decide por el carácter natural de la prestación, en cada caso particular”*.

VII.5.3. Según el Sujeto

En razón del sujeto, a las obligaciones se las divide en sujeto único o singular (cuando hay un solo deudor y un solo acreedor) o plural (cuando hay varios acreedores, o varios deudores, o ambos a la vez).

Cuando las obligaciones tienen más de un sujeto (acreedor y/o deudor) se las llama mancomunadas, tal lo prescribe el artículo 690 del Código Civil: *“La obligación que tiene más de un acreedor o más de un deudor, y cuyo objeto es una sola prestación, es obligación mancomunada, que puede ser o no solidaria”*. Las obligaciones mancomunadas pueden ser simples o solidarias; en las primera, la obligación se divide en forma tal que cada uno de los deudores no está obligado sino por su parte y cada uno de los acreedores no tiene sino derecho a lo suyo. En las restantes, cada uno de los acreedores puede exigir de cualesquiera de los deudores la totalidad de la deuda.

VII.5.3.1. Obligaciones Simplemente Mancomunadas

Artículo 691 C.C.: “En las obligaciones simplemente mancomunadas, el crédito o la deuda se divide en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, si el título constitutivo de la obligación no ha establecido partes desiguales entre los interesados. Las partes de los diversos acreedores o deudores se consideran como que constituyen otros tantos créditos o deudas distintos los unos de los otros”.

Conforme surge de la normativa antes transcripta, obligaciones simplemente mancomunadas son aquellas en que la obligación se divide entre todos los acreedores y los deudores, de tal modo que cada una de las partes de los diversos acreedores o deudores se consideran como que constituyen otros tantos créditos o deudas distintos unos de los otros. Para que ello sea posible, la obligación debe tener

un objeto divisible, porque de lo contrario no podría ser objeto de un pago parcial, ej.: es lo que ocurren las obligaciones de dar sumas de dinero.

El fraccionamiento en tantas deudas independientes como deudores y acreedores haya, es la característica esencial de estas obligaciones. Y es necesario destacar que el principio general es que las obligaciones deben dividirse en tantas deudas separadas como sujetos existan.

En principio, la obligación se divide en tantas partes iguales como deudores y acreedores hayan (arts. 674 y 691 C.C.), salvo que las partes hubieran pactado una proporción distinta o que ésta surja de la ley, como sucede en la división de los créditos y deudas del causante entre los coherederos que se hace en proporción a la porción hereditaria de cada uno (arts. 3485 y 3498 C.C.). Estas obligaciones poseen las siguientes características:

- Cada uno de los acreedores no podrá exigir de cada uno de los deudores sino la parte que le corresponda en la obligación (art. 693 C.C.);
- Cada deudor no está obligado a pagar sino su parte en la deuda (arts. 675 y 693 C.C.);
- Si uno de los codeudores fuera insolvente, los otros codeudores no están obligados a satisfacer la parte de la deuda que le corresponda a aquél (art. 677 C.C.);
- La prescripción corre separadamente para cada uno de los deudores; la suspensión o interrupción de ella, que favorece a uno no tiene influencia respecto de los demás (arts. 678, 695 y 686 C.C.);
- La mora o culpa de uno de los deudores no tiene efectos respecto de los demás (art. 697 C.C.).

VII.5.3.2. Obligaciones Solidarias

Artículo 699 C.C.: “La obligación mancomunada es solidaria, cuando la totalidad del objeto de ella puede, en virtud del título constitutivo o de una disposición de la ley, ser demandada por cualquiera de los acreedores o a cualquiera de los deudores”.

Solamente nos permitimos agregar a lo dispuesto en el artículo transcrito ut supra, que el reclamo del objeto de la obligación puede ser demandado por cualquiera de los acreedores o a cualquiera de los deudores en su “totalidad”, ya que justamente lo que diferencia a estas de las obligaciones simplemente mancomunadas, es que a cualquiera de los deudores se les puede exigir la totalidad de la deuda, en forma indistinta o conjuntamente con el resto. Es a partir de esta diferencia que se desprenden una serie de efectos, que justamente caracterizarán al tipo de obligación al que no estamos refiriendo en el presente punto.

Las obligaciones solidarias tienen los siguientes caracteres:

- Unidad de prestación. Pues cualquiera sea el número de acreedores o deudores, lo debido es una sola prestación;
- La unidad de prestación no impide que los vínculos que unen a los acreedores y deudores sean distintos e independientes.
- En el derecho civil, la solidaridad tiene carácter excepcional. Es decir, el régimen normal es la simple mancomunación, para que haya solidaridad ella debe estar expresamente dispuesto en el contrato o la ley.
- Específicamente refiriéndonos a la solidaridad pasiva, encontramos los siguientes caracteres:
 - Cada acreedor tiene derecho a reclamar de cualquiera de los deudores la totalidad de la deuda. Sus derechos son amplios, por ende puede procederse contra ellos simultánea o sucesivamente, en la forma determinada por la ley (art. 705 C.C.);
 - El pago hecho por uno de los deudores, la novación, compensación o remisión de deuda hecha a favor de cualquiera de los acreedores, extingue la obligación de los demás (art. 707 C.C.);
 - La insolvencia de cualquiera de los deudores perjudica a los restantes, entre los cuales se debe repartir la pérdida, pero no al acreedor que conserva su acción el total contra los otros codeudores (arts. 705 y 717 C.C.);
 - Si la obligación se extingue sin culpa de los codeudores, la deuda se extingue para todos ellos (art. 709 C.C.);

- La puesta en mora de uno de los deudores tiene efectos respecto de todos los demás. Por consiguiente, a partir de ese momento:
 - quedan a cargo de todos los riesgos de la cosa debida, y si ella se pierde por caso fortuito, responden todos los codeudores, aunque uno solo de ellos hubiera sido interpelado (art. 710 C.C.), salvo, claro está, que los deudores demostrasen que la cosa se hubiera perdido igualmente en poder del acreedor (art. 892 C.C.);
 - corren los intereses contra todos los codeudores (art. 714 C.C.);
- Cualquier acto que interrumpa la prescripción a favor de uno de los acreedores o en contra de uno de los deudores, aprovecha o perjudica a los demás (art. 713 C.C.).

VII.5.4. Según el Grado de Autonomía o Dependencia

En cuanto a este punto, se las distingue en obligaciones principales y obligaciones accesorias.

Artículo 523 C.C.: “De dos obligaciones, una es principal y la otra accesorio, cuando la una es la razón de la existencia de la otra”.

La obligación es principal cuando existe por sí misma, independientemente de cualquier otra vinculación obligatoria. Es éste el caso más frecuente de obligaciones y toda la exposición que hemos hecho de la materia, hasta ahora, lo ha sido teniendo en cuenta, fundamentalmente, esta clase de relación creditoria.

El Código Civil determina dos tipos de accesoriedad, determinando el artículo 524 del Código Civil que la misma puede ser en relación al objeto o al sujeto, a saber:

- **Accesoriedad por el Objeto:** Las obligaciones son accesorias respecto del objeto de ellas, cuando son contraídas para asegurar el cumplimiento de una obligación principal; como son las cláusulas penales.

- **Accesoriedad por el Sujeto:** Las obligaciones son accesorias a las personas obligadas, cuando éstas la contrajeran como garantes o fiadores.

El efecto de este tipo de obligaciones está explicitado en el artículo 525 del Código Civil, que dice: *“Extinguida la obligación principal, queda extinguida la obligación accesoria, pero la extinción de la obligación accesoria no envuelve la de la obligación principal”*.

VII.5.5. Según la Existencia o Inexistencia de Modalidad

Lo que distingue este tipo de obligaciones es la existencia o no de alguna modalidad, tal como puede ser la condición, el cargo o el plazo.

Las obligaciones puras y simples son las que no están sometidas a ninguna modalidad: condición, plazo o cargo. En nuestro Código Civil el concepto de la obligación pura y simple es menos estricto, pues en el artículo 527 se la define como aquella “cuyo cumplimiento no depende de condición alguna”. La doctrina, sin embargo, se ha inclinado en el sentido de interpretar con más rigor el concepto de obligación pura. La concurrencia de cualquier modalidad (condición, cargo, plazo) impide que la obligación sea pura y simple.

VII.5.5.1. Condición

Artículo 528 C.C.: “La obligación es condicional, cuando en ella se subordina a un acontecimiento incierto y futuro que puede o no llegar, la adquisición de un derecho, o la resolución de un derecho ya adquirido”.

Posee los siguientes caracteres:

- es un elemento accidental de los actos jurídicos. Como elemento accidental, su existencia no se presume. La prueba de la misma está a cargo de quien la invoca;
- no es obligatoria, es decir que la estipulación de la misma no confiere a las partes el derecho de exigir su cumplimiento. En la obligación condicional, acreedor y deudor deben aguardar, como simples

espectadores, que el evento al cual se la ha subordinado acontezca o no acontezca

Dado que el nacimiento o resolución de un derecho, está subordinado a la existencia de un hecho incierto y futuro, que determinará el cumplimiento de la condición; es por demás importante analizar las condiciones que debe tener ese acontecimiento que constituye la condición:

- ***Acontecimiento Futuro:*** Es decir que el hecho objeto de la condición, ha de producirse con posterioridad a la formalización del acto jurídico. Un hecho pasado o presente no puede constituir la base de esta modalidad, porque si se trata de una condición suspensiva, no se concibe cómo podría suspender los efectos del acto. El hecho pasado –dice Colmo- se ha producido o no: en el primer caso hay una obligación pura, en el segundo, no ha obligación alguna.
- ***Acontecimiento Incierto:*** Este requisito significa que el hecho condicionante debe ser contingente o sea que puede o no acontecer. La incertidumbre exigida tiene que ser objetiva, no subjetiva. Lo que importa, pues, no es la ignorancia de las partes acerca de si el acontecimiento existe o no existe, sino que tal acontecimiento pueda o no acaecer en la realidad. Asimismo, lo que se tiene en cuenta en esta situación de incertidumbre se refiere a si el hecho ocurrirá o no ocurrirá, pero no el tiempo en que el evento pueda acontecer. En esto radica, precisamente, la diferencia entre la condición y el llamado plazo incierto. En el plazo incierto también hay incertidumbre, pero la misma se relaciona con el momento en que ocurrirá el suceso. Por eso ha podido decir, con razón Giorgi, “que no se debe confundir la incertidumbre del [si] con la incerteza del [cuando]”. En los supuestos en que las partes pactan que la realización del hecho condicional debe ocurrir en un cierto tiempo, estamos ante una condición supeditada a un plazo.⁸⁷
- ***Acontecimiento Posible y Lícito:*** El hecho condicional debe ser posible, lícito y no puramente potestativo de las partes.

⁸⁷ Cazeaux, P.; Trigo Represas, F. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Tº I – pág. 713.

Entre los distintos tipos de condiciones existentes, trataremos las más relevantes, esto es la condición suspensiva y la condición resolutoria.

VII.5.5.1.1. Condición Suspensiva

Artículo 545 C.C.: “La obligación bajo condición suspensiva es la que debe existir o no existir, según que un acontecimiento futuro e incierto suceda o no suceda”.

En las obligaciones bajo condición suspensiva el vínculo obligatorio tiene todos sus elementos: sujetos, objeto y fuente, pero su efectividad se paraliza hasta que se cumpla la condición. Ocurrido el hecho condicional la obligación adquiere plena eficacia. Por ej.: la donación de un automóvil si Juan se recibe de abogado. En este caso, acaecido el hecho incierto y futuro (recibirse de abogado) adquiere plena eficacia la obligación de donar el bien.

VII.5.5.1.2. Condición Resolutoria

Artículo 553 C.C.: “La obligación es formada bajo condición resolutoria, cuando las partes subordinaren a un hecho incierto y futuro la resolución de un derecho adquirido”.

En estos casos, la obligación produce sus efectos normales, pero ocurrido el hecho incierto y futuro la misma se resuelve. En tanto que si la condición nunca se produce, la obligación resulta definitivamente consolidada como si nunca hubiera existido condición. Por ej.: la donación de un rodado a Juan, quedará sin efecto el día en que el mismo adquiriera otro rodado por su parte.

VII.5.5.2. Plazo

Artículo 566 C.C. “La obligación es a plazo, cuando el ejercicio del derecho que a ella corresponde estuviere subordinado a un plazo suspensivo o resolutorio”.

En las obligaciones a plazo, el ejercicio de los derechos de las partes está supeditado a que transcurra el tiempo indicado, ya sea para que comience ese ejercicio (plazo suspensivo) o para que el mismo cese (plazo resolutorio). Tiene los siguientes caracteres:

- ***El Plazo es a Futuro:*** lo que equivale a decir que la fecha, la época o el acontecimiento que en él se toma como punto de referencia para determinar su vencimiento, no pertenecen al pasado.
- ***El Plazo es Cierto:*** Osea necesariamente debe ocurrir. Aún el denominado plazo incierto debe necesariamente acontecer y lo único que tiene de incierto es que se ignora el momento exacto en que ha de consumarse.
- ***El Plazo no es Retroactivo:*** El plazo no opera sus efectos para el pasado sino hacia el futuro.

Existen distintas clases de plazo, los más usuales son los siguientes:

VII.5.5.2.1. Plazo Suspensivo

El plazo es suspensivo o inicial, cuando difiere la exigibilidad de la obligación durante un espacio de tiempo. Por ejemplo: Pedro se obliga a pagar a Pablo, \$100 dentro de los 180 días.

VII.5.5.2.2. Plazo Resolutorio

Es resolutorio o extintivo, cuando el transcurso del tiempo indicado hace cesar la exigibilidad. Por ejemplo: Pedro da en alquiler a Pablo, una casa de su propiedad durante dos años.

VII.5.5.2.3. Plazo Cierto

Artículo 567 C.C.: “El plazo suspensivo o resolutorio puede ser cierto o incierto. Es cierto, cuando fuese fijado para terminar en

designado año, mes o día, o cuando fuese comenzado desde la fecha de la obligación, o de otra fecha cierta”.

Por ejemplo, la obligación de pagar determinada suma de dinero el día 30 de mayo del 2004; o el contrato de locación celebrado por el término de dos años a contar desde la firma del contrato.

VII.5.5.2.4. Plazo Incierto

Artículo 568 C.C.: “El plazo es incierto, cuando fuese fijado con relación a un hecho futuro necesario, para terminar el día en que ese hecho necesario se realice”.

En estos casos, la obligación depende de un acontecimiento que necesariamente va a ocurrir, puede ser en una época más o menos remota, que es imposible determinar pero que indefectiblemente va a llegar; ej: la muerte de una persona.

VII.5.5.3. Cargo o Modo:

Los doctores Cazeaux y Trigo Represas aceptan la definición dada por Van Wetter sobre cargo, quien entiende lo siguiente: “Cargo es la cláusula por la cual se impone una obligación excepcional al adquirente de un derecho”. Otra definición de esta figura es la de Mackeldey, transcrita por Vélez en la nota al artículo 58: “Entiéndese por modo toda disposición onerosa por medio de la cual el que quiere mejorar a otro limita su promesa, exigiendo de él y obligándole a una prestación en cambio de la que recibe”.⁸⁸

El Cargo o Modo, posee los siguientes caracteres:

- Es una obligación que afecta al adquirente de un derecho, por consiguiente, el beneficiario de tal imposición está legítimamente autorizado para reclamar su cumplimiento.

⁸⁸ Cazeaux, P.; Trigo Represas, F. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Tº I – pág. 784.

- Es, además, una obligación excepcional, o sea que no se trata de una de las prestaciones exigidas por la naturaleza del acto jurídico respectivo ni de una prestación normal del mismo, sino que es una obligación suplementariamente agregada por la voluntad de los otorgantes. Por ejemplo: si convenimos con Pedro en venderle nuestra casa con el cargo de que nos pague tal precio, es evidente que no estamos en verdad ante la modalidad mencionada, a pesar de haber usado su denominación, pues el pago del precio es lisa y llanamente una prestación esencial del contrato de compraventa. En cambio, si donamos nuestra casa a Pedro con el cargo de que costee la educación de Juan, estamos indudablemente ante una donación afectada por la modalidad que estamos analizando. Encontramos, en efecto, en este último ejemplo, una obligación excepcional extraña a la naturaleza del contrato, impuesta al adquirente.
- Como toda modalidad, es accesorio, lo que significa que está siempre vinculado a un acto jurídico principal, en el cual está impuesto. No se concibe esta modalidad, existiendo inicialmente por sí misma, ni funcionando con independencia del acto al cual accede. La nulidad del acto principal por consiguiente, trae aparejada la nulidad del cargo.

También existen en nuestro derecho varias clases de Cargo, a saber:

VII.5.5.3.1. Cargo Simple

Se llama así, porque no está impuesto como condición de la eficacia del acto, no tiene efectos suspensivos ni resolutorios. Su incumplimiento no impide la adquisición ni el ejercicio del derecho (art. 558 C.C.) ni trae aparejada la invalidez del acto, ni la pérdida de los derecho adquiridos (art. 560 C.C.). El derecho que surge del cargo simple, a favor del beneficiario, es el de exigir judicialmente al adquirente su cumplimiento (art. 560 C.C.). Hay sin embargo excepciones, en las cuales a pesar de que el cargo no haya sido instituido en forma condicional, su incumplimiento opera la resolución del acto al cual accede. Tales son los casos de donaciones, cuando el donatario no cumple el cargo impuesto y ha caído en mora el donante tiene acción para pedir la revocación de la donación (art. 1849 C.C.); el incumplimiento del cargo instituido en un legado, trae como consecuencia, la revocación de la manda, cuando aquél ha sido la causa de la disposición; etc.

VII.5.5.3.2. Cargo Condicional Suspensivo

Cuando el modo ha sido instituido con el carácter de una condición suspensiva, o sea cuando subordina la adquisición del derecho al cumplimiento de aquél. Es decir, el sujeto pasivo del cargo no podrá exigir el cumplimiento de la prestación que se le reconoce en el acto principal, en tanto no cumpla el cargo impuesto.

VII.5.5.3.3. Cargo Condicional Resolutorio

Consiste en la inclusión de una condición potestativa, a cuyo cumplimiento se subordina la irrevocabilidad de un derecho adquirido. Es decir, ante el incumplimiento del cargo, y una vez operada la mora del obligado, el imponente tiene derecho a pedir en juicio, que se declare la pérdida del derecho otorgado en el acto y la restitución de la cosa entregada (art. 555 C.C.).

VII.5.6. De Medios o Resultado

En las obligaciones de medios el deudor sólo compromete una actividad diligente, que tiende al logro de cierto resultado esperado, pero sin que su producción integre el objeto obligacional; la prestación es concebido como el simple desarrollo de una conducta. Son obligaciones de medios, por ejemplo, la obligación del depositario de cuidar diligentemente la cosa (art. 2202 C.C.); la obligación del locatario de conservar la cosa locada (art. 1561 C.C.); en general, la prestación de servicios de los profesionales liberales, etc.

En las obligaciones de resultado el deudor se compromete al cumplimiento de un determinado objetivo, consecuencia o resultado (opus). Así ocurren en el contrato de compraventa: el vendedor se obliga a entregar la cosa, y el comprador a entregar el precio pactado.

“Se advierte sin esfuerzo que la prestación –conducta debida- es siempre un medio y el objeto es siempre un resultado”, aludiéndose a obligaciones de resultado cuando la consecución del objeto obligacional “depende exclusiva o casi exclusivamente de la conducta debida del deudor”, y a obligaciones de medios

cuando “depende también de diversas circunstancias, más o menos complejas – previsibles o no-, que tornan a ese resultado aleatorio y que son externas a la conducta debida” (Zannoni).

Así, no tiene ninguna virtualidad que el vendedor realice todos los actos preparatorios de la tradición de la cosa, si no la lleva efectivamente a cabo, porque su obligación es de resultado y consiste en esa entrega; pero, en cambio, al médico clínico, para cumplir su obligación de medios, le basta con examinar al enfermo y prescribirle lo que sea adecuado según las reglas del arte de curar.⁸⁹

VII.6. Efectos de las Obligaciones

Los efectos de las obligaciones son las consecuencias de las mismas. Consisten en la necesidad jurídica de que se cumpla la obligación. Según Saleilles, todos sus efectos se resumen en una sola palabra: ejecución.

Las obligaciones se constituyen para ser cumplidas; tienden a su realización, sea voluntariamente por la parte obligada o por los medios que la ley proporciona para compeler a su cumplimiento.

Es importante no confundir los efectos de los contratos con los de las obligaciones. Los primeros consisten en crear, modificar, transferir obligaciones, y crear derechos reales; esto último, una vez cumplida la tradición o inscripción en el registro correspondiente, según la clase de bien de que se trate. Y el efecto de las obligaciones, consiste en provocar la necesidad de su cumplimiento. Por ello, el cumplimiento de los contratos no se hace por sí mismos, sino a través de las obligaciones por ellos creadas.

Artículo 503 C.C.: “Las obligaciones no producen efecto sino entre acreedor y deudor, y sus sucesores a quienes se transmitiesen”.

De este artículo se desprende, que las obligaciones producen efecto entre las partes y sus sucesores, no así respecto de terceros.

⁸⁹ Alterini, A. *Contratos Civiles-Comerciales-de Consumo*. (Teoría General) – pág. 587.

VII.6.1. Efectos entre las Partes

Es necesario analizar los efectos que producen las obligaciones respecto del deudor y del acreedor por separado.

Se tratarán a continuación los efectos de las obligaciones respecto del acreedor, en tanto que los efectos respecto al deudor de la obligación serán tratados al momento de desarrollar el tema del “pago”, remitiendo por ende a ese tema (Infra Capítulo VII, punto 9.1).

En lo referente a los acreedores, el artículo 505 del Código Civil, expresa: *“Los efectos de las obligaciones respecto del acreedor son:*

- darle derecho para emplear los medios legales, a fin que el deudor le procure aquello a que se ha obligado;
- para hacérselo procurar por otro a costa del deudor;
- para obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes...”

Entonces, los efectos en cuanto al acreedor, consisten en darle el derecho para reclamar el cumplimiento de la prestación. Esto se puede obtener por el sujeto activo de dos maneras: mediante la ejecución voluntaria, o mediante la ejecución forzada.

VII.6.1.1. Ejecución Voluntaria

Es tal vez, el caso más frecuente, y ocurre que al momento de llegar el vencimiento, el deudor paga, sin necesidad de coacción alguna. Ocurre lo que algunos autores han dado en llamar, que la obligación muere de muerte natural. , puesto que se ha cumplimentado el ciclo de la misma, cual es nacer y morir.

VII.6.1.2. Ejecución Forzada

Es la que opera con intervención judicial, ante el incumplimiento del deudor, la cual puede ser 1) directa, esto es lograr su cumplimiento *in natura*, ya sea por el propio deudor o por un tercero; o 2) indirecta, por medio de la indemnización de daños y perjuicios.

VII.6.1.2.1. Ejecución Forzada Directa

Como ya se dijo, este tipo de ejecución puede ser realizada por el deudor o por un tercero.

VII.6.1.2.1.1. Por el Deudor

La ejecución forzada directa con intervención del deudor debe ser analizada según que la obligación se de dar, hacer o no hacer.

Obligaciones de Dar: Si la cosa que ha debido entregarse, se encuentra en el patrimonio del obligado, una vez dictada la sentencia por parte del juez, deberá ponerse en posesión del bien al acreedor, y en caso que esto no se realizara voluntariamente por parte del obligado, entonces se facultará al Oficial de Justicia para que con auxilio de la fuerza pública se realice el traspaso del bien. Si lo que debió entregarse consiste en sumas de dinero, entonces se podrán embargar y eventualmente rematar bienes del deudor, a fin de efectivizar la entrega de las sumas correspondientes.

Obligaciones de Hacer: En estos tipos de obligaciones, la ejecución forzada directa suele encontrar dificultades insuperables cuando el deudor se resiste a cumplir con la prestación a su cargo. Ello porque no se puede coaccionar a una persona a que realice un hecho, en tal sentido, cuando esto ocurre, no queda otra alternativa que hacer satisfacer la prestación por un tercero, y en caso de no ser ello posible, la indemnización por daños y perjuicios.

Lo expresado, tiene su asidero jurídico, en lo preceptuado en el artículo 629 del Código Civil: *“Si el deudor no quiere o no pudiere ejecutar el hecho, el acreedor puede exigirle la ejecución forzada, a no ser que fuese necesaria violencia contra la persona del deudor. En este último caso, el acreedor podrá pedir perjuicios e intereses”*.

De todas formas, existen ciertos hechos que por una razón práctica no se intentaría compeler al deudor, tal como el caso de un cirujano para que opere, a un pintor famoso para que realice una obra, etc.

Obligaciones de No Hacer: En este tipo de obligación se da una situación similar a la expuesta en el punto que antecede.

VII.6.1.2.1.2. Por un Tercero

Conforme se determina en el antes transcrito, artículo 505 inc. 2º del C.C., el acreedor tiene el derecho de hacerse procurar la prestación objeto de la obligación por otra persona, a costa del deudor. Esto lo realiza recurriendo a un tercero, quien deberá cumplimentar la obligación en interés del acreedor. Debe tenerse en cuenta que tratándose de “obligaciones de dar”, es más fácil recurrir a un tercero y procurarse por su intermedio, cuando se trata de cosas genéricas o fungibles. Cuando la obligación consiste en dar sumas de dinero, el pago por terceros está previsto por la ley (arts. 727 y 768 inc. 3º C.C.), pero naturalmente se necesita la disposición voluntaria del tercero, quien pagará por el deudor, quien a su vez quedará subrogado en los derechos del acreedor.

En las obligaciones de hacer, deben aplicarse lo dispuesto en los siguientes artículos:

Artículo 626 C.C.: “El hecho podrá ser ejecutado por otro que el obligado, a no ser que la persona del deudor hubiese sido elegida para hacerlo por su industria, arte o cualidades personales”.

Artículo 630 C.C.: “Si el hecho pudiere ser ejecutado por otro, el acreedor podrá ser autorizado a ejecutarlo por cuenta del deudor, por sí o por un tercero, o solicitar los perjuicios e intereses por la inexecución de la obligación”.

De tal manera y de acuerdo a nuestro sistema legal, hay que distinguir si se trata de un hecho común, o en su defecto de un hecho que debe ser realizado por alguna persona específica en razón de industria, arte o cualidad personal. Determinado ello, previa autorización judicial puede ser realizado por otra persona para los primeros casos; no pudiendo recurrirse a esta vía en los otros casos.

Respecto de las “obligaciones de no hacer”, depende de que la persona sea o no esencial para el cumplimiento de la abstención, en cuyo caso no será posible recurrir al cumplimiento por un tercero, tal como lo dispone el artículo 633 C.C.: *“Si el hecho fuere ejecutado por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho a exigir que se destruya lo que se hubiese hecho, o que se le autorice para destruirlo a costa del deudor”*

VII.6.1.2.2. Ejecución Indirecta

En el supuesto de que el deudor no cumpla voluntariamente la prestación y no sea posible compelerlo al cumplimiento forzado, ni tampoco a hacerla ejecutar por terceros, la ley otorga al acreedor una perspectiva más para la satisfacción de su interés vulnerado y es el medio que el artículo 505 en su inciso 3º enuncia. En tal sentido, a la indemnización que se pueda obtener del deudor se le llama “ejecución indirecta”, ya que el acreedor no consigue el cumplimiento de la prestación en especie, tal cual estaba indicada en la obligación, sino un equivalente de la misma que normalmente es en dinero. Al decir de Busso: “Es la representación, generalmente en dinero, del interés que para el acreedor habría significado la ejecución en especie”.

Por ello, a la ejecución indirecta se la ha considerado subsidiaria, ya que en tanto pueda obtenerse el cumplimiento in natura de la prestación, el acreedor no debe recurrir a la ejecución indirecta. De ahí que los pasos a seguir por parte del acreedor deben ser realizados en el siguiente orden: pedir ante todo el cumplimiento de la prestación en especie, y solamente puede demandar por daños y perjuicios, cuando aquella forma de cumplimiento fracase.

VII.7. Mora

La mora consiste en la falta de cumplimiento de la obligación en tiempo oportuno. Si bien lo que la caracteriza es el retardo en el cumplimiento de la obligación, en algunos casos, dicho retardo por sí solo no baste: es preciso la interpelación por el acreedor.

Según Planiol, la mora es el retardo en el cumplimiento de la obligación, cuando se incurre en él en las condiciones que la ley determina para asignarle consecuencias jurídicas.

Posee los siguientes elementos:

- El retardo en el cumplimiento de la obligación. Es el elemento material, objetivo.
- La imputabilidad de ese retardo, o sea que el mismo se deba a dolo o culpa del obligado. Es éste el elemento subjetivo.

- En algunos supuestos, la constitución en mora, que viene a ser el elemento formal.

Conforme a lo antes expuesto, decimos que la mora es el retardo o retraso en el cumplimiento de la obligación.

VII.7.1. Sistema del Código Civil

El Código Civil no da un concepto de mora, sino que se limita a determinar cuando se produce la mora en una obligación, dependiendo del tipo de vencimiento que posea la misma.

Artículo 509 C.C.: “En las obligaciones a plazo, la mora se produce por su solo vencimiento.

Si el plazo no estuviere expresamente convenido, pero resultare tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, el acreedor deberá interpelar al deudor para constituirlo en mora.

Si no hubiere plazo, el juez a pedido de parte, lo fijará en procedimiento sumario, a menos que el acreedor opte por acumular las acciones de fijación de plazo y de cumplimiento, en cuyo caso el deudor quedará constituido en mora en la fecha indicada por la sentencia para el cumplimiento de la obligación.

Para eximirse de las responsabilidades derivadas de la mora, el deudor debe probar que no le es imputable”.

De acuerdo a ello, encontramos los siguientes supuestos:

VII.7.1.1. Obligaciones con Plazo Expreso

“En las obligaciones a plazo, la mora se produce por su solo vencimiento...”.

En este tipo de obligaciones la mora se produce en forma automática, es decir, se produce por su solo vencimiento. Así por ejemplo, en la obligación de

pagar \$ 100 el próximo 30 de junio, o a los 30 días de firmado el contrato, llegada la fecha mencionada en la obligación la mora se produce en forma automática sin necesidad de notificación o interpelación alguna al deudor.

Existen ciertas excepciones para la regla antes indicada, a saber:

- Cuando las partes hubieran convenido expresamente la necesidad del requerimiento previo;
- Los casos en que la ley exija una interpelación previa, tal como sucede en los contratos donde existe un pacto comisorio tácito (artículo 1204 C.C.); o en la ley de locaciones vigente, que en su artículo 17 impone la obligación al locador de requerir formalmente al locatario el pago del alquiler;
- En aquellos casos en que la ejecución de la prestación requiera el cumplimiento previo o simultáneo de ciertos actos de cooperación del acreedor, es evidente que el deudor no podrá ser considerado en mora automática, hasta que el acreedor justifique haber cumplido la actividad que le compete, ej. Si el pago se estipuló que se realizaría en el domicilio del deudor, deberá acreditarse que se concurrió a recibirlo.

VII.7.1.2. Obligaciones Sujetas a Plazo Tácito

“... Si el plazo no estuviere expresamente convenido, pero resultare tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, el acreedor deberá interpelar al deudor para constituirlo en mora...”

Existe plazo tácito cuando el mismo es impreciso; es decir no está fijado por las partes, pero se deduce de la misma naturaleza del compromiso. En esas circunstancias no se justificaría la mora automática: la interpelación deviene razonable porque clarifica la situación de las partes y porque sin ella bien podría pensar el deudor que el acreedor considera que todavía no ha transcurrido el plazo. Existe obligaciones con plazo tácito, cuando se tenga que pagar algo en un lugar distinto a aquél donde ha contraído la obligación, se estipula tácitamente el término razonable para trasladarse al lugar del pago; si en un contrato de locación de obra se omitiese el día en que la misma debe ser entregada, el silencio quedaría suplido por la naturaleza de la obra y el fin perseguido por las partes, y deberá entenderse que se

ha concedido al deudor tanto tiempo cuanto sea menester para llevarla a cabo, con los medios ordinarios.

Para este tipo de obligaciones es requisito la interpelación previa al deudor para que se configure el estado de mora.

VII.7.1.3. Obligaciones sin Plazo

“...Si no hubiere plazo, el juez a pedido de parte, lo fijará en procedimiento sumario, a menos que el acreedor opte por acumular las acciones de fijación de plazo y de cumplimiento, en cuyo caso el deudor quedará constituido en mora en la fecha indicada por la sentencia para el cumplimiento de la obligación...”

En esta hipótesis, vale decir cuando ni expresa ni tácitamente se ha establecido un plazo, se exige la previa fijación judicial y una vez que ésta ha sido hecha, el deudor quedará constituido en mora, de pleno derecho, desde el momento indicado en la sentencia para el cumplimiento de la prestación.

Es muy importante la regla de que el plazo debe fijarse en procedimiento sumario. Es importante tener presente que la norma autoriza a acumular las acciones de fijación de plazo y por cumplimiento de la obligación. Debemos aclarar, que la acción de cumplimiento debe tramitarse por vía ordinaria, y éste será el procedimiento a seguir cuando las acciones se acumulen.

VII.7.2. Efectos de la Mora

Desde el momento en que el deudor queda constituido en mora y siempre que ella sea imputable, se producen las siguientes consecuencias jurídicas:

- El deudor está obligado a indemnizar al acreedor todos los daños y perjuicios que la mora le ocasione; desde ese momento correrán los intereses por las sumas que le adeude.
- El deudor es responsable por los daños y perjuicios que con posterioridad a ese momento sufra la cosa debida, aunque ellos se hayan producido por caso fortuito (art. 513 C.C.), a menos que la cosa se hubiera dañado o

hubiere perecido igualmente aunque hubiese estado en poder del acreedor (art. 892 C.C.).

- Queda expedita la acción del acreedor, sea para reclamar el cumplimiento del contrato, sea para pedir su resolución (art. 1204 C.C.).

VII.7.3. Mora del Acreedor

Puede ocurrir que el cumplimiento de las obligaciones exija la colaboración del acreedor, aunque más no sea en la aceptación y el recibo de la prestación. Luego, puede ocurrir, que el acreedor se demore o niegue a recibirla.

Nuestro código no legisla sobre la mora del acreedor; respecto de las obligaciones de dar se prevé un solo recurso para que el deudor pueda liberarse de cualquiera de las consecuencias y responsabilidades de la demora en el pago: la consignación judicial de la cosa. El mero ofrecimiento de pagar es, según nuestra ley, irrelevante.

En las obligaciones de hacer, el procedimiento de la consignación no se viable, por ende, el solo ofrecimiento de pago basta para constituir en mora al acreedor. De todas formas, generalmente este tipo de obligaciones pueden cumplirse sin colaboración del acreedor.

En las obligaciones de no hacer, no se concibe interpelar al acreedor.

VII.7.3.1. Efectos

Los efectos de la mora del acreedor son los siguientes:

- El acreedor debe pagar al deudor los mayores gastos que haya debido hacer el deudor con motivo de la mora; por ejemplo, gastos de conservación y cuidado de la cosa, honorarios y gastos del juicio de consignación.
- Todos los riesgos por pérdida de la cosa quedan por cuenta del acreedor, salvo, claro está, que ellos sean debidos a culpa o dolo del deudor; pero esta culpabilidad no se presume, de modo que el acreedor que la invoque debe probarla.

- El curso de los intereses queda interrumpido desde la fecha de la consignación.
- Impide constituir en mora al deudor.

VII.8. Extinción de las Obligaciones

Artículo 724 C.C.: “Las obligaciones se extinguen:

Por el pago.

Por la novación.

Por la compensación.

Por la transacción.

Por la confusión.

Por la renuncia de los derechos del acreedor.

Por la remisión de la deuda.

Por la imposibilidad del pago”.

El Dr. Borda agrega a estos modos enumerados en el artículo citado los siguientes: a) el cumplimiento de la condición y el plazo resolutorio; b) la muerte o incapacidad del deudor cuando se trata de obligaciones intuitae personae.

Suele también enumerarse como modo de extinción la prescripción; pero en verdad, no es un modo de extinción de la obligación en sí misma, sino de la acción del acreedor para reclamar su pago ante la justicia.

VII.8.1. Pago

Artículo 725 C.C.: “El pago es el cumplimiento de la prestación que hace el objeto de la obligación, ya se trate de una obligación de hacer, ya de una obligación de dar”.

Según Puig Brutau, citado por el Dr. Borda; el pago o cumplimiento es la culminación de la relación obligacional, el fin natural de la obligación, lo que

responde plenamente a su razón de ser. Se explica así que la doctrina moderna haya controvertido el método clásico de estudiar el pago dentro de los medios de extinción de las obligaciones; se sostiene, por el contrario, que debe serlo dentro de sus efectos, puesto que constituye su desarrollo normal. A ello se agrega, que no siempre el cumplimiento o pago es un medio de liberación. Así por ejemplo, el cumplimiento de un a obligación de no hacer no extingue la obligación, tampoco la extinguen ciertas obligaciones de hacer de tracto continuado, como la de mantener una cosa en buen estado. No obstante ello, el pago es normalmente un medio de extinción de la obligación.

VII.8.1.1. Requisitos del Pago

Para que el pago sea válido se requiere:

- que el que lo hace y el que lo recibe sean capaces (arts. 726 y 734 C.C.);
- que el pagador sea titular del derecho o cosa que transmite en pago y que esté habilitado jurídicamente para enajenarla (arts. 736 y 738 C.C.);
- que le pago no haya sido hecho en fraude de otros acreedores (art. 737 C.C.)

VII.8.1.2. Sujetos del Pago

- El Pagador o Solvens

El pago puede ser hecho por:

- Ante todo, por el propio deudor; es lo normal y lógico;
 - Por los tercero que tengan interés en el cumplimiento de la obligación, tal como sucede con el fiador.
 - Por tercero no interesados (art. 729 C.C.); esta solución se explica porque en la mayor parte de los casos es indiferente para el acreedor quién haga el pago.
- El Sujeto Pasivo o Accipiens

Artículo 731 C.C.: “El pago debe hacerse:

1° A la persona a cuyo favor estuviere constituida la obligación si no hubiere 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;

7° 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”.

VII.8.1.3. Objeto del Pago

El deudor debe cumplir exacta y fielmente lo prometido, conforme con la regla de la buena fe. Esto significa: a) que el deudor está obligado no sólo a lo que formalmente esté expresado en el título de la obligación, sino también a todas las consecuencias virtualmente comprendidas en ella; b) que si bien el acreedor tiene el derecho a la prestación íntegra, no debe llevar su rigor a los extremos que resulten repugnantes a la buena fe.

Ahora bien, para que el pago sea exacto, debe ajustarse a los principios de identidad e integridad.

Principio de Identidad: Cuando se trata de una obligación de dar, el deudor debe entregar al acreedor la misma cosa que prometió; y éste no puede ser obligado a recibir una cosa por otra, aunque sea de igual o mayor valor (art. 740 C.C.). Si la obligación fuere de hacer, el acreedor tampoco podrá ser obligado a recibir en pago la ejecución de otro hecho que sea el de la obligación (art. 741 C.C.), aunque sea más valioso que el prometido.

Principio de Integridad: Artículo 742 Código Civil: “*Cuando el acto de la obligación no autorice los pagos parciales, no puede el deudor obligar al acreedor a que acepte en parte el cumplimiento de la obligación*”. Conforme a ello nadie puede ser obligado a aceptar pagos parciales de una obligación. Es una solución lógica, el pago debe ser completo y hecho en la oportunidad debida, si el acreedor fuere obligado a recibir pagos parciales, se vería perjudicado en sus intereses.

VII.8.1.4. Lugar del Pago

Artículo 747 C.C.: “*El pago debe ser hecho en el lugar designado en la obligación. Si no hubiese lugar designado, y se tratase de un cuerpo cierto y determinado deberá hacerse donde éste existía al tiempo del contraerse la obligación. En cualquier otro caso, el lugar de pago será el del deudor al tiempo del cumplimiento de la obligación*”.

La designación puede ser hecha en forma expresa o tácita; ejemplo de esta última sería un contrato por el cual una persona asume la administración de una estancia, de un establecimiento comercial, o la obligación de construir un edificio, etc. Es evidente que deberá cumplir sus obligaciones en el lugar en que está situado el establecimiento o el inmueble.

Si se determinara que el lugar de pago es donde el se domicilia, y luego éste se mudase, el acreedor podrá exigirlo, en cualquiera de los dos domicilios (art. 748 C.C.). En tanto que si el pago consistiese en una suma de dinero, a falta de determinación del lugar de pago, el mismo debe ser entregado en el lugar donde se realice la tradición de la cosa (art. 749 C.C.).

VII.8.1.5. Tiempo del Pago

Si se quiere, la regla principal del presente tema se encuentra prescripta en el artículo 750 del Código Civil: *“El pago debe ser hecho el día del vencimiento de la obligación”*.

Como en nuestro derecho el plazo se reputa establecido tanto a favor del acreedor como del deudor, el primero puede rechazar un pago que quisiera hacerse antes del vencimiento (art. 570 C.C.), salvo, que de la obligación resultara que el término se puso sólo en beneficio del deudor. Claro está que nada se opone a que, de común acuerdo, las partes resuelvan extinguir la obligación antes del vencimiento del plazo.

Solamente podrá el acreedor exigir el pago antes del plazo, en los siguientes casos:

- cuando el deudor se hiciese insolvente, formando concurso de acreedores (art. 753 C.C.);
- cuando los bienes hipotecados o dados en prenda, fuesen también obligados por hipoteca o prenda a otro acreedor (art. 754 C.C.).

VII.8.2. Novación

Artículo 801 C.C.: “La novación es la transformación de una obligación en otra”.

Conforme a dicho concepto, podemos decir que hay novación cuando el acreedor y el deudor dan por extinguida una obligación pendiente y convienen en sustituirla por una nueva obligación. Esta nueva obligación nacida de la novación es la condición de la extinción de la anterior. La extinción de la obligación primitiva no sólo es el efecto, sino también la causa de la nueva obligación; la característica de esta unidad compleja “creación-extinción”, es, dice Sancho Rebullida, la mutua interdependencia causal: se extingue la obligación primitiva porque nace otra nueva; nace una obligación nueva para extinguir la anterior y ocupar su sitio.⁹⁰

⁹⁰ Borda, G. *Tratado de Derecho Civil. (Obligaciones)* Tº I, 863 – pág. 641.

Hay dos clases de novación: *1- novación objetiva*; en la cual lo que se cambia es el objeto de la obligación, pero los sujetos siguen siendo los mismos, ej: es lo que ocurre cuando se substituye la obligación de dar una suma de dinero por la de entregar una cosa, o la obligación de prestar un servicio por la de dar una suma de dinero; *2- novación subjetiva*; en la cual la prestación permanece invariable y lo que cambia es el sujeto, ya sea el acreedor o el deudor. De todas formas, sea cual fuere, necesita tener los siguientes elementos:

Obligación Anterior: La novación supone siempre una obligación anterior que le sirve de causa, tal es lo que claramente surge del artículo 802 del Código Civil: “*La novación supone una obligación anterior que le sirve de causa. Si la obligación anterior fuese nula, o se hallaba ya extinguida el día que la posterior fue contraída, no habrá novación*”. Esto está marcando que la obligación anterior debe ser válida, ya que si la misma fuera nula o se hallara extinguida no existiría una obligación que sirva de causa a otra.

Creación de una Nueva Obligación: Simultáneamente con la existencia de la obligación anterior, debe nacer una nueva obligación válida. Por ello, si la nueva obligación adoleciera de nulidad (sea absoluta o relativa), no hay novación y la obligación anterior no queda extinguida, salvo que el acto anterior adoleciera de nulidad relativa y la misma fuera subsanada.

Capacidad de las Partes: Artículo 805 Código Civil: “*Sólo pueden hacer novación en las obligaciones, los que pueden pagar y los que tienen capacidad para contratar*”. Para muchos, ésta es una disposición redundante, hubiera bastado con exigir la capacidad para contratar, que es más rigurosa que la que se requiere para pagar. Esto a su vez es lógico, porque la novación supone siempre un nuevo contrato.

Intención de Novar: Esta intención no se presume, sin embargo, no es necesario que se pacte expresamente, basta que la voluntad se manifieste en forma clara.

VII.8.3. Compensación

Artículo 818 C.C.: “*La compensación de las obligaciones tiene lugar cuando dos personas por derecho propio, reúnen la*

calidad de acreedor y deudor recíprocamente, cualesquiera que sean las causas de una y otra deuda. Ella extingue con fuerza de pago, las dos deudas, hasta donde alcance la menor, desde el tiempo en que ambas comenzaron a coexistir”.

La utilidad de la compensación como medio extintivo de las obligaciones es evidente. Elimina la necesidad de un doble cumplimiento, con el consiguiente transporte de numerario o de cosas fungibles, y gastos y molestias consiguientes. Sirve de garantía a las personas que, teniendo créditos y deudas recíprocas con otras, no se verán expuestas, luego de haber pagado, al riesgo de no recibir lo que les corresponde. Es muy frecuente el uso de este medio extintivo en las operaciones de clearing, donde se compensan diariamente millones de operaciones de los clientes de bancos, sin necesidad de movilizar dinero.

Existen diversas clases de compensación, a saber:

- **Compensación Legal:** Es la antes definida, que a la vez es la forma típica y la de mayor importancia práctica tiene; pero para que pueda tener lugar la compensación legal, es necesario que se reúnan los siguientes requisitos:
 - **Dos personas que reúnan, recíprocamente, la calidad de acreedor y deudor:** está claro que estas calidades deben reunir las por derecho propio, y no en representación de otras u otras personas.
 - **Que ambas obligaciones sean homogéneas o fungibles:** Artículo 820 Código Civil: “Para que la compensación tenga lugar, es preciso que ambas deudas consistan en cantidades de dinero, o en prestaciones de cosas fungibles entre sí, de la misma especie y de la misma calidad, o en cosas inciertas no fungibles, sólo determinadas por su especie, con tal que la elección pertenezca respectivamente a los dos deudores”. El caso típico de compensación se da con las obligaciones de dar sumas de dinero, ya que no sería posible compensar 1 tonelada de trigo con una de tomates. De todas formas, no es indispensable que la fungibilidad exista desde el primer momento, puede producirse por el hecho que uno de los créditos, o los dos, se conviertan posteriormente en obligaciones homogéneas.

- ***Que ambas obligaciones sean exigibles:*** A tenor de lo exigido por el artículo 819 del Código Civil, no serían compensables dos obligaciones si una de ellas está sujeta a plazo o condición no cumplida, o si una de ellas tiene carácter de obligación natural.
- ***Que ambas obligaciones se encuentren expeditas:*** Según lo dispuesto por el artículo 822 del Código Civil, es necesario que no exista obstáculo legal para pagarlas. Por consiguiente no es compensable un crédito que haya sido embargado por terceros o que haya sido dado a embargo por el propio deudor.
- ***Que las deudas sean embargables:*** Esto surge en virtud que los derechos inembargables no son susceptibles de compensación.
- ***Compensación Judicial:*** Es aquella que resulta de la sentencia que acoge parcial o totalmente la demanda y la reconvencción y las compensa hasta la suma menor reconocida. Es necesario que se dicta sentencia, porque estos créditos y deudas recíprocos carecen a veces de alguno de los requisitos indispensables para que la compensación se opere *ministerio legis*; generalmente se trata de la falta de liquidez. Es precisamente la sentencia que les atribuye todas las condiciones para que la compensación se produzca.
- ***Compensación Facultativa:*** Se producen efectos idénticos que en la compensación legales. Pero ellos se producen no desde que las deudas coexistieron sino desde que la parte que puede acogerse a la compensación ha manifestado su voluntad de hacerlo. Solo entonces desaparece el obstáculo a la compensación y, por consiguiente, sólo a partir de ese momento puede ella operarse.

VII.8.4. Transacción

Artículo 832 C.C.: “La transacción es un acto jurídico bilateral, por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas”.

Para que opere la transacción, se requieren los siguientes requisitos:

- Acuerdo de Voluntades.

- **Recíprocas Concesiones:** Las partes deben ceder parte de sus pretensiones a cambio de que se les asegure el carácter definitivo de las restantes o su cumplimiento inmediato o a breve plazo.
- **Extinción de Obligaciones Litigiosas:** A partir de dichas concesiones deben extinguirse obligaciones que estuvieran en litigio o fueran dudosas. La duda puede resultar no solamente de la incertidumbre acerca de la legitimidad misma del pretendido crédito, sino también de la dificultad para probar el título de la deuda, el monto de los daños sufridos, etc.

VII.8.5. Confusión

Artículo 862 C.C.: “La confusión sucede cuando se reúnen en una misma persona, sea por sucesión universal o por cualquier otra causa, la calidad de acreedor y deudor; o cuando una tercera persona sea heredera del acreedor y deudor. En ambos casos la confusión extingue la deuda con todos sus accesorios”.

Conforme ya habíamos expresado oportunamente, el derecho regula las relaciones jurídicas entre las personas, a la vez, que para que haya obligación es indispensable que existan al menos dos partes, por lo que de no ser así la obligación quedará extinguida. Dice Larenz, que el ordenamiento jurídico, sólo regula las relaciones de los hombres entre sí y los derechos de crédito entre personas que se contraponen como acreedor y deudor, allí donde no entre en juego más que una persona no existe fundamento suficiente para mantener la validez de la relación obligatoria.

No sólo es necesario que se reúna en una misma persona la calidad de acreedor y de deudor; es indispensable también que el crédito y la deuda pertenezcan a la misma masa patrimonial.

VII.8.6. Renuncia

Artículo 868 C.C.: “Toda persona capaz de dar o de recibir a título gratuito, puede hacer o aceptar la renuncia gratuita de una

obligación. Hecha y aceptada la renuncia, la obligación queda extinguida”.

De la norma se desprende que la renuncia, es la declaración de voluntad por la cual una persona abandona un derecho y lo da por extinguido.

La renuncia puede ser gratuita u onerosa; en el primer caso se trata de una liberalidad; en el segundo, la renuncia se hace a cambio de algo que ofrece o da el otro contratante. La misma puede realizarse por actos entre vivos (esto por contrato o por declaración unilateral de la voluntad) o por testamento. No está sujeto a formalidad alguna.

VII.8.7. Remisión de la Deuda

Artículo 877 C.C.: “Habrá remisión de la deuda, cuando el acreedor entregue voluntariamente al deudor el documento original en que constare la deuda, si el deudor no alegare que la ha pagado”.

Al igual que en la renuncia, la remisión de la deuda puede hacerse a título gratuito u oneroso, a la vez que puede ser realizada en forma expresa (escrita, verbal o por signos inequívocos) o tácita, supuesto en que el acreedor entregue voluntariamente al deudor el documento original en que constare la deuda.

VII.8.8. Imposibilidad de Pago

Artículo 888 C.C.: “La obligación se extingue cuando la prestación que forma la materia de ella, viene a ser física o legalmente imposible sin culpa del deudor”.

La imposibilidad puede derivar de un acontecimiento físico (tal como el rayo que destruye la cosa prometida, la enfermedad que priva de la vista al escultor que debía realizar un trabajo); o puede provenir de un hecho del propio acreedor o de un tercero (por ejemplo, si alguien roba la cosa que debía ser entregada); o de una razón legal (como sería la expropiación de la casa prometida en venta o la prohibición de exportar la mercadería vendida al exterior).

CAPÍTULO VIII

CONTRATOS

CAPITULO VIII

CONTRATOS

VIII.1. Concepto

El ámbito donde se desarrollan los contratos es por demás amplio, ya que abarca desde una sencilla compra en un almacén por un ínfimo monto y pactada en forma verbal hasta al adquisición de una cadena de supermercados con montos multimillonarios, y realizada luego de numerosas reuniones negociadoras. Así tanto la compra de un paquete de azúcar, de cigarrillos como la de la cadena más grande de supermercados constituyen un contrato de compraventa, y el concepto, los elementos esenciales y muchos de los requisitos son idénticos en uno y otros casos. Nuestro Código Civil en su artículo 1137 conceptualiza a estas operaciones de la misma forma.

Artículo 1137 C.C.: “Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”.

Es importante analizar el concepto dado por el codificador:

- **Varias Personas:** Es indispensable que el contrato sea celebrado por al menos dos personas, ya que es jurídicamente inadmisibles suponer la existencia de un contrato celebrado por una persona consigo misma. De todas formas hubiera sido más correcto que se hablara de dos o más “partes”, que es quien ejerce una prerrogativa jurídica propia, y como

centro de interés pueden estar compuestas por dos o más personas. Tal es lo que ocurre cuando varios condóminos venden un cosa.

- **Acuerdo:** Si no existe acuerdo entre las partes es imposible que pueda existir un contrato.
- **Declaración de Voluntad Común:** El acuerdo antes mencionado tiene que ser sobre lo mismo, ya que mal podría existir un contrato si una persona manifiesta su declaración en el sentido de vender algo, y la contraparte manifiesta su voluntad aceptando una donación. Por ello, lo relevante aquí es el consentimiento necesario para que se forme el acto jurídico bilateral.
- **Reglar Derechos:** Las declaraciones de voluntades de las partes tienen por fin reglar los derechos y obligaciones que las mismas asumen en dicho acto, como se ha dicho, denota la intención de estar a derecho propia del acto jurídico.

VIII.2. Clasificación

VIII.2.1. Unilaterales y Bilaterales

Artículo 1138 C.C.: “Los contratos se denominan en este Código unilaterales, o bilaterales. Los primeros son aquellos en que una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada. Los segundos, cuando las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra”.

La distinción entre ambos está dada según que al momento de la celebración del contrato nazcan obligaciones para una (ej: donación, mandato gratuito, comodato, fianza, etc.) o para ambas partes del contrato (ej: compraventa, permuta, locación de cosas, obra o servicios, etc.). La importancia de la distinción, tiene que ver con una cuestión “formal”, como sería la necesidad en los contratos bilaterales de instrumentar el contrato en tantos ejemplares como partes con un interés común hayan (arts. 1021 y ss.); y “sustancial”, pues en los contratos bilaterales existirán interdependencia de obligaciones, lo cual tiene incidencia entre otros en los siguientes aspectos: 1- una parte no pueda demandar el cumplimiento de

la obligación a cargo de la contraparte si no probase ella haberla cumplido u ofreciese cumplirla o que su obligación fuese a plazo, es la llamada *exceptio non adimpleti contractus* (art. 1201 C.C.); 2- en los casos de extinción de la obligación por imposibilidad de pago, si el contrato es bilateral se extingue también la obligación corresponsiva (art. 895 C.C.); 3- el pacto comisorio, se encuentra implícito en todo contrato bilateral (art. 1204 C.C.); 4- ante la excesiva onerosidad sobreviniente de una de las prestaciones en los contratos bilaterales y unilaterales onerosos se puede invocar la teoría de la imprevisión (art. 1198 C.C.); 5- solamente puede haber cesión contractual en los contratos bilaterales; la lesión subjetiva encuentra su aplicación principalmente en los contratos bilaterales (art. 954 C.C.).

VIII.2.2. Onerosos y Gratuitos

Artículo 1139 C.C.: “Se dice en este Código, que los contratos son a título oneroso, o a título gratuito, son a título oneroso, cuando las ventajas que procuran a una u otra de las partes no les es concedida sino por una prestación que ella le ha hecho, o que se obliga a hacerle; son a título gratuito, cuando aseguran a una u otra de las partes alguna ventaja, independiente de toda prestación por su parte”.

La onerosidad está dada, en suma, desde un punto de vista positivo, por la contraprestación que sigue a la prestación, por la ventaja que deviene al sacrificio, sin que sea preciso una relación de equilibrio o equivalencia entre ambos extremos. La gratuidad en cambio, consiste en una liberalidad o beneficio, es decir, se da algo por nada, sin contrapartida. Dado que quien realiza un acto gratuito, está disminuyendo su patrimonio sin compensación alguna, estos tipos de actos pueden presentar incidencia jurídica en la legítima de los herederos, en defraudar a los acreedores o incluso conducir a la indignancia del propio otorgante, es que la ley les impone un mayor rigorismo formal (art. 1810 C.C. ciertas donaciones), o hacen que requieran la entrega como elemento constitutivo (art. 2244 C.C. mutuo), o la prueba por escrito (art. 2006 C.C. fianza), disminuyen los requisitos para el ejercicio de la acción pauliana (arts. 962, 968, 979 C.C.), privan al adquirente de garantía de evicción (arts. 2089 y 2145 C.C.). En síntesis, la ventaja que proviene de la prestación hecha y que caracteriza al contrato a título oneroso, debe consistir en una garantía o provecho material, excluyendo las satisfacciones morales o de conciencia,

pero no es necesario que las prestaciones recíprocas sean objetivamente equivalentes, sino que su medida es subjetiva y está dada por el interés propio de cada contratante.⁹¹

VIII.2.3. Consensuales y Reales

Artículo 1140 C.C.: “Los contratos son consensuales o reales. Los contratos consensuales, sin perjuicio de lo que se dispusiere sobre las formas de los contratos, quedan concluidos para producir sus efectos propios, desde que las partes hubiesen recíprocamente manifestado su consentimiento”.

Artículo 1141 C.C.: “Los contratos reales, para producir sus efectos propios, quedan concluidos desde que una de las partes haya hecho a la otra tradición de la cosa sobre que versare el contrato”.

Lo que diferencia a estos contratos es el momento de su perfeccionamiento. Los contratos consensuales se perfeccionan cuando las partes expresan su consentimiento; en tanto que los reales, con la entrega de la cosa.

La importancia de la distinción surge a claras, es el momento en que las partes adquieren el carácter de contratantes.

VIII.2.4. Nominados e Innominados

Artículo 1143 C.C.: “Los contratos son nominados, o innominados, según que la ley los designa o no, bajo una denominación especial”.

El código puede dar un nombre a un negocio jurídico cualquiera, pero esta circunstancia no nos autoriza a tenerlo como nominado o típico, en sentido técnico; para ello será preciso que lo provea, además, de una disciplina propia. Fuera de los

⁹¹ Salas, A.; Trigo Represas, F. *Código Civil Anotado*. Tº II

contratos nominados, se encuentra la serie inagotable de contratos innominados, que son todos aquellos contratos que no encuentran su sede dentro de la ley civil, y encuentran su fundamento jurídico en el principio de la autonomía de la voluntad (art. 1197 C.C.).

VIII.2.5. Conmutativos y Aleatorios

Artículo 2051 C.C.: “Los contratos serán aleatorios, cuando sus ventajas o pérdidas para ambas partes contratantes, o solamente para una de ellas, dependan de un acontecimiento incierto”.

El contrato aleatorio es aquel en el cual la entidad del sacrificio, puesta en relación con la entidad de la ventaja, no puede ser conocida y apreciada en el acto de la formación del contrato, sino que se revelará a continuación, según el curso de los acontecimientos. Para cada una de las partes es objetivamente incierto si la atribución patrimonial, ventaja o desventaja, será proporcionada al sacrificio. En los contratos conmutativos, en cambio, las partes pueden conocer, al momento de su perfeccionamiento, las ventajas y sacrificios que el negocio comportará. O sea que el contrato aleatorio se caracteriza por el hecho de que la consecución de la ventaja perseguida por las partes depende de un acontecimiento incierto en su realidad – resultado del juego, por ejemplo- o cuyo conocimiento se discute entre las partes mismas –como acontece en la apuesta- y que precisamente por eso tiene función aleatoria. Son ejemplos de contratos aleatorios: el contrato de juego, de apuesta, de lotería, renta vitalicia, etc.⁹²

VIII.2.6. Formales y No Formales

Son negocios formales aquellos cuya solemnidad es taxativamente prefijada por la ley; y no formales, a aquellos cuya exteriorización es libre y que por lo tanto, las partes pueden optar por aquella manifestación de voluntad que consideren pertinente. Para ello, se remite a lo expuesto en el punto Forma de Actos Jurídicos y Contratos, supra 5.4.3

⁹² Mosset Iturraspe, J. *Contratos* – pág. 80

VIII.3. Elementos del Contrato

Al hablar de elementos de los contratos, nos estamos refiriendo a los requisitos de los mismos, es decir, aquellos componentes que deben estar presente para que exista el contrato. Ahora bien, no todos los elementos de un contrato revisten la misma importancia, de ahí la distinción entre elementos esenciales, naturales y accidentales.

- **Elementos Esenciales:** Son aquellos sin lo cuales ningún contrato puede existir tales como el consentimiento –con sus presupuestos de validez: capacidad y forma- , el objeto y la causa. Además de ellos, cada contrato en particular posee sus propios elementos esenciales, tales como la cosa y el precio en la compraventa; el animus donandi en la donación; etc.
- **Elementos Naturales:** Están previstos en la ley, y abarcan las consecuencias que se siguen de la naturaleza misma del negocio. Si bien no pertenecen a la estructura del contrato, podemos ubicarlos dentro del campo de los efectos que pueden ser suprimidos o modificados por la voluntad de las partes, tales como la gratuidad en el mandato o en el mutuo.
- **Elementos Accidentales:** Se encuentran también en la zona de los efectos de los contratos, y al igual que los anteriores caen bajo el principio de la autonomía de la voluntad (art. 1197 C.C.), por lo cual, las partes pueden establecerlos sin que la ley se oponga a ello, por ejemplo: imponer una cláusula penal, o un cargo, un plazo, una condición, etc.

VIII.4. Formación: El Consentimiento

El consentimiento o acuerdo de voluntades, es uno de los elementos estructurales del contrato junto al objeto y la causa.

Conforme ya se explicó al momento de tratar la forma en los actos jurídicos, es innegable que la voluntad puesta en ejercicio por el sujeto de derecho se manifiesta, naturalmente, a través del consentimiento, cabe decir, que éste sólo queda revelado mediante la realización de una formalidad reputada constitutiva, siendo irrelevante el estado anímico de volición en que se encuentra el sujeto.

Las voluntades que concurren a configurar el consentimiento tienen que existir con una dirección determinada y haber sido exteriorizadas; sólo entonces podemos hablar de manifestación negocial. Esa exteriorización indica el hecho de la aparición de la intención negocial desde el interior del sujeto al exterior. La ausencia de voluntad provoca la inexistencia del negocio jurídico.

El consentimiento, dice Messineo, es un *quid* complejo. El contrato, como negocio bilateral, no es la yuxtaposición de dos negocios unilaterales, sino la resultante negocial unitaria de manifestaciones provenientes de dos o más partes.

Esas manifestaciones que emanan de dos o más partes –es decir de dos o más centros de intereses distintos- no sólo deben ser dirigidas a la contraparte –y por ello se denominan recepticias- sino que además deben ser cruzadas o cambiadas entre sí, a los fines del mutuo conocimiento.⁹³ Por ello se ha dicho que para lograr el “acuerdo sobre una declaración de voluntad común”, se requiere algo más que el intercambio de las manifestaciones de voluntad, se quiere una resultante que es la integración recíproca de esas voluntades en un negocio unitario.

Consentimiento –dice Ruggiero- es el acuerdo de dos declaraciones de voluntad, que partiendo de dos sujetos diversos se dirigen a un fin común, fundiéndose.

Al decir de Mosset Iturraspe, la combinación de voluntades declaradas que da origen a la “voluntad común” no se logra mediante un prodigio metafísico ni de una manera instantánea; requiere un proceso de gestación, denominado *iter contractus o iter consensus*, más o menos extenso, más o menos arduo según las hipótesis –la complejidad del contrato- en el cual la doctrina ha señalado etapas, algunas necesarias y otras eventuales o contingentes. Así, siguiendo la exposición de esta especie de formación progresiva, existirían dos momentos del ciclo:

- el periodo de elaboración del consentimiento, compuesto por los actos y actitudes que pueden llamarse meramente predispositivos a través de los cuales las partes piensan iniciar los contactos, precisar los puntos de discusión, fijar los elementos y cláusulas que podrán serlo del futuro contrato sin originar por ello vínculo alguno y sin limitar la facultad de apartarse. En esta etapa, las negociaciones no obligan, ni sobre los puntos

⁹³ Mosset Iturraspe, J. *Contratos* – pág. 104

en discusión ni sobre aquellos en los cuales la discusión se encuentra agotada. Pero la ruptura de las tratativas sin un motivo justo o atendible o de una manera abrupta o irregular, genera la responsabilidad precontractual.

- El periodo de la concreción del acuerdo, a mérito de actos que aun siendo provisorio o preliminares del contrato definitivo, son vinculantes, para una o ambas partes, en cuanto no sólo determinan los elementos del contrato a ajustarse, sino que también constituyen figuras negociales autónomas.

En síntesis, el consentimiento contractual presupone: primero la formación de la voluntad de los respectivos sujetos de derecho y luego la expresión de ella por los diversos medios que la ley presupone para tener por válida la exteriorización de esas voluntades libremente manifestadas por imperio de la ley, que así los inviste de fuente obligatoria de derechos, obligaciones y responsabilidades; y que obviamente no radica sólo o necesariamente en su formalización por escrito, sino que puede surgir de otros medios o actitudes, dentro de los cuales los hechos, actos o actuaciones de las partes revisten una especial gravitación para considerar su exteriorización. Finalmente, el consentimiento se compone de declaraciones unilaterales de voluntad (oferta y aceptación) cuyo objetivo es ponerse de acuerdo sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos.

VIII.4.1. La Oferta

Artículo 1144 C.C.: “El consentimiento debe manifestarse por ofertas o propuestas de una de las partes, y aceptarse por la otra”.

El Código Civil ignora la etapa de las meras tratativas, el período de la ideación o elaboración del consentimiento. Ya se explicó, que esto no implica que la etapa de las tratativas sea indiferente para el ordenamiento jurídico (responsabilidad precontractual).

La oferta, es la declaración unilateral de voluntad por la cual un sujeto invita a otro a celebrar un contrato, de forma tal que la conclusión de éste sólo dependa de la aceptación de la otra parte. A su vez, la oferta es el medio por el cual

manifiesta su consentimiento la parte que lo emite, quedando cerrado con la aceptación el procedimiento de formación del contrato, sin que sea necesaria una nueva declaración de voluntad del oferente. La oferta es una declaración de las llamadas “recepticias”, cuya validez depende de su recepción por aquel a quien se la ha dirigido.⁹⁴

Al decir de Mosset Iturraspe, la oferta constituye una declaración de voluntad unilateral, recepticia, dirigida a la formación del contrato.

El derecho es una ciencia social. En cuanto tal sólo adquieren trascendencia los hechos que pueden producir efectos en otros sujetos distintos del que lo ejecuta. La manifestación de la voluntad es el acto de exteriorización del querer interno, lo que no ha sido manifestado no le interesa al derecho, puesto que no puede adentrarse en las meras intenciones volitivas no manifestadas exteriormente. Lo interno no declarado permanece en la esfera de la intimidad y es juzgado solamente por la moral, al derecho no le corresponde adentrarse en su análisis.⁹⁵

Asimismo existen distintas formas de manifestar el consentimiento, lo cual se encuentra tratado en el artículo 1145 del Código Civil, que reza: *“El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito, o por signos inequívocos. El consentimiento tácito resultará de hechos, o de actos que lo presuman, o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que la ley exige una manifestación expresa de la voluntad; o que las partes hubiesen estipulado, que sus convenciones no fuesen obligatorias, sino después de llenarse algunas formalidades”*.

Al igual que lo oportunamente tratado en la manifestación de la voluntad en los actos jurídicos, aquí la expresión del consentimiento puede asumir dos formas principales, “expresa”, que tiene lugar cuando la manifestación se realiza de una manera clara e inequívoca, sea verbal, escrita o mediante signos inequívocos. O “tácita”, cuando por los hechos o por los actos se presume el consentimiento emanado de la persona. Para ello es claro lo expresado por el artículo 1146 del Código Civil: *“El consentimiento tácito se presumirá si una de las partes entregare, y la otra recibiere la cosa ofrecida o pedida; o si una de las partes hiciera lo que no*

⁹⁴ Belluscio, A; Zannoni, E. *Código Civil Comentado, Anotado y Concordado*. Tº 5 – pág. 750.

⁹⁵ Leiva Fernández, L. *Colección de Análisis Jurisprudencial Contr. Civiles y Comerciales* – pág. 29

hubiera hecho, o no hiciere lo que hubiera hecho si su intención fuese no aceptar la propuesta u oferta". Solo resta agregar, que para que exista consentimiento tácito es indispensable que no haya duda respecto de la intención, esto es, que el acto que se interpreta como una declaración de voluntad en el sentido del consentimiento, no se presta a una doble interpretación.

También el Código Civil se encarga de precisar cuando existe una oferta, así en su artículo 1148 expresa: *"Para que haya promesa, ésta debe ser a persona o personas determinadas sobre un contrato especial, con todos los antecedentes constitutivos de los contratos"*.

VIII.4.1.1. Requisitos

La oferta para ser considerada tal, debe contener los siguientes requisitos:

- Debe referirse a un contrato en particular, típico o atípico y contener los elementos estructurales del mismo.
- Debe ser completa o autosuficiente, pues la aceptación esto explica el porque la mera aceptación basta para formar el consentimiento.
- Debe estar dirigida a persona o personas determinadas

VIII.4.1.2. Obligatoriedad

Artículo 1150 C.C.: "Las ofertas pueden ser retractadas mientras no hayan sido aceptadas, a no ser que el que las hubiere hecho, hubiese renunciado a la facultad de retirarlas, o se hubiese obligado al hacerlas, a permanecer en ellas hasta una época determinada".

Dicho artículo, determina que es obligatorio mantener la oferta durante un cierto tiempo a partir del momento en que llega a manos del destinatario. Queda claro que hasta ese momento el ofertante puede retractarse de la misma. Esta norma sienta el principio de revocabilidad de la oferta mientras no haya sido aceptada, salvo en dos excepciones:

- cuando el oferente hubiese renunciado a la facultad de retirarla;

- si el oferente al hacerla, se hubiese obligado a permanecer en ella hasta una época determinada.

La oferta, es una proposición unilateral, porque depende de la sola voluntad del oferente, recepticia, porque está dirigida a un destinatario, que podrá aceptarla dándole nacimiento al contrato, con el fin de celebrar un contrato, a diferencia de las meras tratativas, o de las declaraciones sin compromiso.

Se ha dicho que en el sistema del Código Civil es dable distinguir tres tipos de ofertas:

- **Oferta Simple:** esta es esencialmente retractable, y a ella se refiere la primera parte del artículo 1150 C.C. El ofertante no tiene que mantenerla mientras la otra parte no haya expedido su aceptación.
- **Oferta a Término:** Cuando emite una oferta a término, el ofertante se obliga a mantenerla hasta una época determinada (art. 1150 *in fine*, C.C.). Tal implica una restricción temporal a la facultad de retractarse de que dispone el oferente.
- **Oferta Irrevocable:** En estos casos el oferente ha renunciado a la facultad de retirarla; en tal caso, el contrato queda concluido con la aceptación, y la obligación de mantener la oferta se transmite a los herederos del oferente (Fontanarrosa). Pero la irrevocabilidad no puede ser perpetua: 1- cabe la fijación judicial de un plazo (art. 751 C.C.); y 2. Aun tratándose de una obligación de fuente unilateral, su subsistencia como obligación civil depende del plazo de prescripción.⁹⁶

VIII.4.2. El Contrato por Adhesión

El contrato se celebra por adhesión cuando la redacción de sus cláusulas corresponde a una sola de las partes –el predisponente- mientras la otra debe limitarse a aceptarlas o rechazarlas, sin poder modificarlas –adherente-.⁹⁷

⁹⁶ Alterini, A. *Contratos Civiles-Comerciales-de Consumo*. (Teoría General) – pág. 273.

⁹⁷ Mosset Iturraspe, J. *Contratos* – pág. 147

Continúa el citado autor diciendo, que la adhesión representa la forma más sencilla de manifestar el asentimiento, que está en la génesis del consentimiento, en un mundo altamente tecnificado. Se llega al tema como una consecuencia necesaria de las nuevas condiciones económicas de la sociedad; es un producto típico de nuestra época que no previó ni pudo prever el legislador del siglo XIX.

El derecho positivo argentino no tiene una sola norma sobre este nuevo fenómeno contractual; no obstante ello, los operadores del Derecho vienen enfrentando y resolviendo el problema de la contratación en masa, aplicando la clásica Teoría General del Contrato, el Principio de la Buena Fe y las normas relativas a la Protección del Consumidor sobre cláusulas abusivas. Este tipo de contratos, surge a partir de la denominada “contratación masiva”, que se concibe como un nuevo sistema de contratación . La contratación privada se encontraba incólume hasta la aparición de la sociedad de masas, y con ella, la producción en masa de bienes y servicios. Entonces, el paradigma contractual tradicional se vio resquebrajado, y debido a la exigencia de la sociedad surge un nuevo fenómeno contractual: *la contratación masiva*.⁹⁸

VIII.4.3. La Aceptación

Al igual que la oferta, es una declaración unilateral de voluntad, recepticia, destinada al oferente, y dirigida a la celebración del contrato. También al igual que la oferta, la aceptación puede consistir en una exteriorización directa o indirecta, mediante comportamientos declarativos o de hecho.

Como manifestación de la voluntad que es, puede consistir en una exteriorización directa o indirecta, mediante comportamientos declarativos o de hecho; pero el oferente puede imponer que la aceptación se realice mediante una modalidad determinada, ej: por escrito, carta documento, etc. Así como imponer un plazo de aceptación.

Artículo 1154 C.C.: “La aceptación hace sólo perfecto el contrato desde que ella se hubiese mandado al proponente”.

⁹⁸ Soto Coahuila, C. *La Contratación Masiva y la Crisis del Contrato*, en Diario La Ley 30-06-1999.

Por otra parte, se admite que el aceptante pueda retractar su aceptación antes que la misma haya llegado al conocimiento del proponente (art. 1155 C.C.). Adviértase que esto solo puede suceder en los contratos celebrados entre ausentes, en el cual media un lapso de tiempo entre la emisión de la aceptación y su llegada a destino. Entre presentes, el conocimiento de la manifestación es coetáneo a su exteriorización. Posee las siguientes características:

- **Unilateral:** depende de la sola voluntad del aceptante;
- **Recepticia:** debe ser dirigida al oferente;
- **Congruente con la Oferta:** ya que cualquier modificación que se hiciera en la oferta al aceptarla importará la propuesta de un nuevo contrato;
- **Culmina la formación del Contrato:** se llega al consentimiento con la aceptación de la oferta;
- **Obliga a cumplir la contraprestación:** son los efectos derivados del contrato.

VIII.5. Capacidad para Contratar

La capacidad no es un elemento del contrato, sino un presupuesto de la validez del consentimiento. Para formar el consentimiento no es suficiente que las voluntades hayan cumplido con el proceso interno, caracterizado por el discernimiento, la intención y la libertad, y la posterior exteriorización; es preciso, además, que los sujetos del negocio jurídico tengan la aptitud que se denomina capacidad. Por ello, el consentimiento es acuerdo sobre “una declaración de voluntad común” de personas capaces.⁹⁹

Entiende Barbero que es necesario diferenciar dos conceptos tales como la capacidad para contratar con la legitimación para obrar. Mientras que la capacidad de obrar alude a la idoneidad del sujeto para un tipo de acto y reconoce las limitaciones antes recordadas que, en términos generales, toman en cuenta el desarrollo psíquico, la legitimación para obrar significa proporción de idoneidad

⁹⁹ Mosset Iturraspe, J. *Contratos* – pág. 187

para un acto singular, commensurada a favor de circunstancias particulares del caso y distintas en cada caso.

El Código Civil, determina una regla general respecto la capacidad para contratar en su artículo 1160: *“No pueden contratar los incapaces por incapacidad absoluta, ni los incapaces por incapacidad relativa en los casos en que les es expresamente prohibido, ni los que están excluidos de poder hacer con personas determinadas, o respecto de cosas especiales, ni aquellos a quienes les fuesen prohibido en las disposiciones relativas a cada uno de los contratos, ni los religiosos profesos de uno y otro sexo, sino cuando comprasen bienes muebles a dinero de contado, o contratasen por sus conventos; ni los comerciantes fallidos sobre bienes que correspondan a la masa del concurso, si no estipularen concordatos con sus acreedores”*. Coincidimos con quienes opinan que este artículo nada aporta sobre el tema, ya que si aplicamos los principios generales sobre Capacidad, arribaremos al mismo resultado.

No obstante las prescripciones legales, el menor impúber actúa en la escena jurídica. Si nos atenemos a las disposiciones contenidas en los artículos 54 inc. 2º, 921, 1040 y 1041 del Código Civil, el mismo es absolutamente incapaz de hecho, por ende, carece de toda capacidad para ejercer cualquier acto jurídico, no obstante lo cual, en la vida cotidiana es de público conocimiento que celebra a diario negocios jurídicos (pequeños contratos), tales como compraventas de poca monto, transporte, etc. En tales casos, se entiende que si los contratos se celebran en equilibrio, sin aprovechamiento por la parte “capaz” de la falta de experiencia o de la ligereza del menor impúber, el pequeño negocio será válido por haber actuado el menor dentro de la esfera de su capacidad de obrar. Asimismo, debe presumirse que el menor cuenta con tácita autorización de su representante legal para efectuar todas aquellas adquisiciones comunes a la esfera doméstica, no obstante el silencio de la ley sobre la materia.

La razón de las incapacidades de derecho es, sustancialmente, moral: se quiere evitar que, en determinadas situaciones, pueda una parte, a la que se declara incapaz de derecho, aprovecharlas en su beneficio. Las incapacidades de derecho:

- Como vimos, se fundan esencialmente en razones de índole moral, y son establecidas para prevenir que el declarado incapaz realice ciertos actos;
- No son suplibles por representación, pues el acto con respecto al cual se tiene incapacidad de derecho está absolutamente vedado, el sujeto no

puede ser titular, de ninguna manera, ni por intermedio de otro de la relación de que se trata;

- Son excepcionales, pues la incapacidad de derecho es siempre relativa.¹⁰⁰

En lo atinente a los inhabilitados enumerados en el artículo 152 bis del Código Civil, les está prohibido celebrar por sí mismos los actos de disposición de sus bienes por actos entre vivos, sin la conformidad del curador que se les nombre al inhabilitarlos judicialmente.

VIII.6. Objeto de los Contratos

Resulta inconcebible un contrato sin objeto, ya que siendo el acuerdo de voluntades, expresión de un querer común, su objeto está dado por “lo que se quiere”; interrogarnos sobre la existencia del objeto equivale entonces a verificar si “lo que se quiere” se quiere del contrato, de la obligación o bien de la prestación. El objeto no puede identificarse con los efectos, así como tampoco es admisible sostener que el contrato y la obligación tienen un mismo objeto.

El contrato es fuente de las relaciones jurídicas obligacionales; la obligación tiene por objeto la prestación de dar, hacer o no hacer; y la prestación tiene por objeto las cosas o servicios debidos.

Técnicamente es posible distinguir:

- ***El objeto inmediato del contrato***, que consiste en la obligación generada.
- ***El objeto mediato del contrato***, que a su vez es el objeto de la obligación, vale decir, la cosa o el hecho, positivo o negativo, que constituye el interés del acreedor

El objeto de la obligación consiste en el bien apetecible para el acreedor, sobre el cual recae su interés implicado en la relación jurídica. “En una palabra –dice Barbero- es el *quid* del cual la relación extrae su razón de ser para el sujeto”.¹⁰¹

¹⁰⁰ Alterini, A. *Contratos Civiles-Comerciales-de Consumo*. (Teoría General) – pág. 204.

¹⁰¹ Alterini, A. *Contratos Civiles-Comerciales-de Consumo*. (Teoría General) – pág. 216.

Por su parte Mosset Iturraspe, considera que el objeto del contrato es "la operación jurídica considerada", el contenido concreto e integral del contrato, variable hasta el infinito merced al principio consensualista. Aquella "operación" es la destinada a la creación, modificación, transmisión o extinción de las relaciones obligacionales, que más convenga a sus intereses.

El objeto del contrato está constituido por las relaciones jurídicas, los derechos sobre los que éste incide, creándolos, modificándolos, transfiriéndolos, extinguiéndolos. Éstas relaciones tienen a su turno un objeto, que constituye el objeto mediato del contrato. Y todavía, al examinar el objeto de dichas relaciones, es posible distinguir entre un objeto directo y otro indirecto.

Así, en un contrato de compraventa, el objeto mediato está constituido por las obligaciones que genera (de pagar el precio por el comprador, de dar la cosa por el vendedor), y el mediato por el objeto de estas obligaciones, donde el directo consiste en el doble *dare* (las prestaciones) y el indirecto en el dinero y en la cosa.

Sólo por excepción el Código emplea la palabra "objeto" para referirse al inmediato, esto es a los derechos sobre los que incide el contrato (un ejemplo puede verse en el art. 1175 C.C.). Generalmente emplea un lenguaje elíptico, y llama objeto del contrato al mediato, esto es al objeto del derecho, designando bajo este nombre ya a la prestación (vg. Arts. 1167/1168 C.C.) ya al hecho o a la cosa (arts. 1169 y ss. C.C.). Una elipsis similar se aprecia en el art. 953, genérico para todos los actos jurídicos, que en cuanto tal es aplicable a los contratos, por lo que resulta sobreabundante el dispositivo del art. 1167 C.C. que así lo manda¹⁰²

Más allá de la posición que se tome, el objeto del contrato siempre estará compuesto por los hechos y los bienes, o sea, el mismo que en los actos jurídicos. Ello en razón de que el contrato es un acto jurídico, la remisión realizada por el art. 1167 C.C., y las disposiciones contenidas en los arts. 1172, 1173, 1174, 1175, 1176, 1177 C.C. al establecer los "casos especiales" de objeto.

Con respecto a los requisitos que debe reunir el objeto de los contratos, son los mismos que deben reunir el objeto de los actos jurídicos en general (artículos 1167 y 953 del C.C.). Para ello remitimos a lo expuesto en Capítulo V, punto 8.4.2 y

¹⁰² López de Zavalía, F. "Teoría de los Contratos" (Parte General) – pág. 136.

ss, que sin perjuicio de reiterar algunos conceptos expresados, es necesarios agregar las siguientes consideraciones:

Idoneidad: El objeto debe ser idóneo. El concepto de idoneidad es paralelo al de capacidad. Esta es aptitud del sujeto; aquella, aptitud del objeto. Determinan la idoneidad del objeto los siguientes caracteres: posibilidad, licitud, determinación, valor patrimonial.

Posibilidad: los hechos deben ser material y jurídicamente posibles. Cuando ellos se refieren a cosas, su posibilidad depende de la existencia de las mismas, de su comercialidad (art. 2236 C.C.), de que no hayan sido prohibidas como objeto de un acto jurídico (art. 953 C.C.);

Licitud: con toda la amplitud que este concepto impone, incluyéndose que no sean contrarios a la moral y buenas costumbres;

Determinación: si el objeto no está expresamente determinado, debe preverse un mecanismo para proceder a dicha determinación (art. 1170 *in fine*, 1171 C.C.);

Valor Patrimonial: Esta exigencia resulta de lo expresado en el artículo 1169 C.C. Lo que exige tener valor patrimonial es la prestación, y no así el interés del contratante de la misma, que puede ser extramatrimonial o carecer de valor alguno.

Existencia: La existencia de la cosa que es objeto del contrato influye sobre la suerte del mismo, según cual sea el tipo de referencia que se verifique en el contenido. El contrato puede encarar a la cosa como existente o prever su existencia en el futuro.

VIII.7. Causa de los Contratos

Enseña el Dr. Lorenzetti, que señalar el objeto responde a la pregunta “¿qué se contrata?”, mientras que la causa se refiere a la interrogación “¿para qué se contrata?”¹⁰³

¹⁰³ Lorenzetti, Ricardo Luis *Tratado de los Contratos (Parte General)* – pág. 372.

Conforme ya se expresó (supra VII. 4.3. Causa), la palabra causa se le pueden dar diversas acepciones, a saber: causa fuente, causa fin y causa motivo.

Todo acto jurídico tiene una causa final. El art. 944 es elocuente en tal sentido cuando habla del “fin inmediato”. La causa final es entonces la razón de ser del acto jurídico. En tanto el objeto del acto jurídico responde a la pregunta *¿qué se debe?*, la causa final indaga *¿por qué se debe?*

La importancia de este elemento del acto jurídico ha sido ponderada en forma clara y expresiva por De Castro: si una persona asume una obligación determinada, por ejemplo, pagar una suma de dinero y no cumple, ¿es preciso que el acreedor demuestre que la promesa que generó la obligación fue lícita y razonable? ¿Cualquier promesa obliga?

La causa final abre las puertas para una valoración plena y amplia por parte del juez *de los fines perseguidos a través del acto*: si éste ha tenido una finalidad moral o inmoral, lícita o ilícita; si la obligación de pagar esa suma de dinero lo ha sido en contraprestación por una cosa o un servicio lícito o, por el contrario, si ha tenido una finalidad ilícita o inmoral (ej: matar a alguien, distribuir drogas, etc.).

Permite también calibrar las distintas *vicisitudes que puedan operar durante la vida de la relación negocial* y que proyectan sus efectos inevitablemente al plano de las obligaciones. En suma: es un elemento de fundamental importancia para la *existencia* del acto jurídico y para la *eficacia* de la relación negocial.

El tema de la causa pone en evidencia un conflicto de corte ideológico, pues se enfrentan en este campo dos corrientes distintas del derecho y de la vida: por un lado, los sectores individualistas y liberales extremos, representantes del neomercantilismo, que propugnan el cumplimiento de las obligaciones sin asignar mayor relevancia a su origen y contenido; por otro, quienes profesan una visión solidarista, que anteponen la moral, las buenas costumbres y que, sin perder de vista el valor que tiene la promesa y la palabra empeñada, no aceptan que pueda imponerse el cumplimiento de las obligaciones irracionales, inmorales, lesivas para los intereses generales o que, en muchos casos, vulneran inclusive aquello que fue intención *real* de las partes¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Pizarro, R. – Vallespinos, C.; ob. cit. – pág. 171

Al hablar de causa en los contratos, se hace referencia a la causa en el sentido de finalidad, la razón determinante del acto, es decir, la causa-fin (arts. 500 a 502 C.C.), y no de la causa fuente (art. 499 C.C.) propia de las obligaciones.

La causa, en sentido de finalidad, tiene que ver con la voluntad. Es el elemento o aspecto volitivo o subjetivo. Es el fin buscado, que debe ser lícito. Es la razón de ser del acto.

Nuestra legislación, enuncia la causa como uno de los elementos esenciales del contrato. Si bien el tema reviste mayor amplitud, ya que se extiende a todos los actos jurídicos, considerándose a la causa como el propósito inseparable de toda resolución deliberada, es en el orden de los contratos donde adquiere mayor importancia.

José María Gastaldi, siguiendo a Videla Escalada, entiende por causa a la finalidad o razón de ser del negocio jurídico, entendida en el doble sentido de la causa categórica de la figura en cuestión y de los motivos psicológicos relevantes, admisibles para el derecho, que en la hipótesis concreta, hayan impulsado a las partes a concluir el acto¹⁰⁵. En definitiva, se trata de finalidad o razón de ser -o motivo determinante- del acto jurídico o del contrato, finalidad perseguida por los contratantes en conjunto o individualmente. Corresponde agregar, que no todo motivo psicológico determinante inviste calidad jurídica, sino sólo aquellos que al producirse el intercambio de consentimientos esta finalidad haya aparecido como resultado, como circunstancia manifiesta y esencial del acto.

El motivo determinante, tiene un doble significado:

- Una finalidad genérica, propia, uniforme, igual en todos los contratos del mismo tipo, que se repite invariablemente en todos ellos, por ej: en todo contrato de compraventa, existe el fin de adquirir la propiedad de una cosa, y pagar un precio en dinero por ella. Esta finalidad es fundamental para calificar el contrato y hacerlo inconfundible con todos los otros (lo dicho resulta aplicable a todos los actos jurídicos, a punto tal que el art. 944 que los define enmarca el concepto en un criterio finalista, al decir actos que tienen por "fin inmediato"). Entonces, frente a alguna duda en la calificación de un caso concreto, atendiendo a la causa genérica se podrá

¹⁰⁵ Gastaldi, J. *Introducción al Estudio del Contrato* - pág. 100. Buenos Aires: La Ley, 2004.

visualizar cual es la verdadera figura, cobrando esto especial importancia en los contratos atípicos.

- Una finalidad concreta de los contratantes en cada contrato que se celebra. Aquí cobran importancia los "motivos", que deberán ser jurídicamente relevantes y variables en cada contrato. Ej: el uso que el locatario le da a la cosa locada, pues si es ilícito permitirá reclamar la nulidad del contrato.

Un ejemplo para ver la aplicación práctica del tema: una persona decide comprar un terreno de considerables dimensiones. La finalidad genérica del comprador, sería adquirir la propiedad del inmueble. Resulta que en el mismo realizó plantaciones de maíz, y a la postre no creció planta alguna por no ser un suelo apto para dicho cultivo. La finalidad concreta del comprador, fue cultivar maíz en el campo. Si el vendedor conocía esa finalidad, entonces podrá el comprador solicitar la anulación del contrato, caso contrario, no tendrá acción alguna, en razón que el vendedor desconocía los motivos determinantes (concretos) que tenía el comprador para realizar dicha operación jurídica.

VIII.7.1. Presunción de Causa

Como factor indispensable en todo contrato, no siempre se ve plasmada en las estipulaciones contractuales, y es por ello que el artículo 500 del Código Civil crea una presunción a favor de la existencia de la causa, mientras no se acredite lo contrario. Por ello, si la causa (fin de las obligaciones contractuales) no es expresada por las partes al contratar y, además, no surge implícita en las declaraciones de voluntad ni en la naturaleza del acto, entonces, no podemos hablar ni de la existencia de la causa ni de la existencia de la causa ni de la validez del contrato, el cual se hallará privado de un elemento necesario. Al decir dicho artículo *“aunque la causa no esté expresada en la obligación, se presume que existe, mientras el deudor no pruebe lo contrario”*. El sustantivo *obligación* alude aquí, al instrumento en el cual consta, de manera que el precepto rige sin duda para las obligaciones documentadas, aunque es extensivo a todas las debidamente probadas en juicio (art. 1190 C.C.).

VIII.7.2. Falsedad de Causa

De acuerdo con el artículo 501 C.C. *“la obligación será válida aunque la causa expresada en ella sea falsa, si se funda en otra causa verdadera”*. Se implica así a la causa-fin simulada, siempre que la simulación sea relativa (arts. 955 y 956 C.C.) y, además, lícita (art. 957 C.C.). El deudor puede demostrar que la causa-fin exteriorizada no es real, pero el acreedor, a su vez, todavía puede probar útilmente que subyace en verdad una causa verdadera.

VIII.7.3. Ilícitud en la Causa

Artículo 502 C.C.: “La obligación fundada en una causa ilícita, es de ningún efecto. La causa es ilícita, cuando es contraria a las leyes o al orden público”.

Este precepto cubre un área semejante a la del artículo 953 C.C., que a su vez remite al artículo 1167 del mismo cuerpo legal. Por ellos, la causa-fin es ilícita si se opone a una disposición legal imperativa contraria al orden público; si es contraria al orden público; o si es contraria a la moral y buenas costumbres.

VIII.8. Forma de los Contratos

Es el medio por el cual se exterioriza el consentimiento. Así, la forma sería la vestidura exterior de los elementos del negocio o las solemnidades que se han observado para darle vida: verbal o escrita. La forma no constituye un requisito del contrato sino que entrañan la exteriorización de la voluntad de los sujetos.

Nuestro Código Civil recepta el principio de la “libertad de formas”, es decir, que la forma para cada contrato queda al exclusivo arbitrio y libre elección de las partes, a excepción en aquellos casos en que la ley determina expresamente que debe formalizarse el contrato bajo una modalidad determinada para que el ordenamiento reconozca validez jurídica a la voluntad declarada, cual sería el caso del contrato de donación de inmuebles.

Por el juego de lo normado en los artículos 913 y 973 del Código Civil, todos los negocios deben tener una forma “esencial”, han de verificarse,

exteriorizarse, los requisitos que los componen, pero, a tenor de las “formalidades” los negocios pueden ser divididos en formales (o solemnes) y no formales, no porque unos tengan forma y otros no, sino porque algunos pueden adoptar cualquier forma y otros deben ser concretados ya sea mediante el empleo o utilización de una determinada manera de exteriorización de la voluntad o deben adicionar o contener, además, otras determinadas formalidades, que se agregan a la que encierra la referida declaración de voluntad. Entonces:

Los contratos **formales** son aquellos en los que la ley exige el cumplimiento de determinadas solemnidades para su otorgamiento. Estos contratos, a su vez se dividen en:

- **Formales "ad solemnitatem"**, donde la forma es exigida por la ley para su validez, por ej: donaciones de bienes inmuebles (art. 1810 C.C.)
- **Formales "ad probationem"**, donde la forma es exigida para su demostración en juicio, así, los contratos que tengan por objeto un cantidad de más de diez mil pesos, deben hacerse pro escrito y no pueden probarse por testigos (art. 1193 C.C.); no obstante ello, si no se cumpliera con la fomra exigida, podrían probarse por otros medios, ej: libros contables.

Veamos con un ejemplo la importancia de esta distinción. Tanto la donación como la compraventa de inmuebles deben hacerse en escritura pública. Si no se cumpliera con la fomra que exige la ley y estos actos fueran celebrados por instrumento privado, tendrían diferentes efectos: a- en la donación, el acto sería nulo, y no produciría ningún efecto legal (art. 1810 C.C.); b- en la compraventa, el acto sería válido y cualquiera de las partes podría pedir que se realice la escritura pública (art. 1185 C.C.).

Los contratos **no formales** son aquellos que no requieren ninguna clase de solemnidades para su otorgamiento, pudiendo las partes celebrarlos de la fomra que consideren más convenientes.

VIII.9. Prueba de los Contratos

Mosset Iturraspe parafraseando a Dellepiane, expresa que la misión del juez es análoga a la del historiador, en cuanto ambos tienden a averiguar cómo ocurrieron

las cosas en el pasado, utilizando los mismos medios o sea los rastros o huellas que los hechos dejaron.

Probar, en el campo del derecho, significa dar la demostración de lo que se afirma.

Probar un contrato es demostrar la existencia de una relación jurídica entre partes; es también establecer la naturaleza y el contenido exacto de los derechos y obligaciones emergentes del mismo.

Debe distinguirse entre “forma” y “prueba” de los actos jurídicos. La forma es un elemento sin el cual no puede existir el acto jurídico (como lo es el contrato), y es siempre de concurrencia coetánea a la celebración del acto jurídico.

La prueba –en cambio- puede existir o no, ya que el acto jurídico (contrato), puede celebrarse y cumplirse sin ningún inconveniente que requiera demostrar su existencia a sus términos. La prueba, además, puede ser coetánea a la celebración del contrato, o posterior. Es coetánea, por ejemplo, si se instrumenta por escrito, y posterior si se hace por testigos.¹⁰⁶

Si bien el cumplimiento espontáneo hará innecesaria la prueba, al momento de celebrar el negocio no es dable anticipar, con certeza, cuál será su destino. De donde es aconsejable, enfáticamente, hacer el contrato por escrito y hacerlo de manera que, a la hora de probar, surjan los efectos queridos, el fin buscado.¹⁰⁷

No debe confundirse la prueba del contrato en sí mismo con el hecho vinculado con su cumplimiento y ejecución. Respecto a éste último, el hecho, puede probarse por cualquier medio de prueba, incluso por testigos. En cambio, si lo que se cuestiona es el acto jurídico bilateral, es decir, el contrato, entonces sólo se aplicarán las disposiciones de la prueba de los contratos, con las limitaciones que esas disposiciones establezcan en materia probatoria contractual.

El objeto de la teoría de la prueba es establecer ciertos principios fundamentales relacionados con al existencia del derecho. Como dice Salvat, un derecho puede existir y sin embargo no ser reconocido en la justicia por falta de

¹⁰⁶ Leiva Fernández, L. Colección de Análisis Jurisprudencial Contr. Civiles y Comerciales – pág. 93

¹⁰⁷ Alterini, A. *Cómo redactar un contrato*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1991

prueba del hecho o acto jurídico que le ha dado nacimiento. Así las cosas, si hubo una modificación del contrato, ésta se deberá probar, con los recaudos legales de la materia contractual. Pero, si la prueba no es convincente, entonces esos hechos que dieron origen a la modificación del contrato serán desestimados por falta de prueba. En cambio, si lo que se quiere probar es el cumplimiento y ejecución del contrato – no el contrato en si mismo- se deberá, por ejemplo, demostrar el pago con la factura o por cualquier otro medio pertinente de prueba del pago. En todo caso lo relevante es establecer si lo que se intenta probar es un hecho jurídico o un acto jurídico. Porque si se trata de un hecho jurídico cabe admitir cualquier medio probatorio.¹⁰⁸

El Código Civil no determina un modo para probar los contratos, sino que solamente en su artículo 1190, realiza una remisión a lo que dispongan los Códigos de Procedimientos de cada provincia, limitándose solamente a enumerar alguno de los medios de prueba existentes, tales como instrumentos públicos, instrumentos particulares firmados o no firmados, etc. De ahí que se ha dicho que el Código Civil establece los medios de prueba en los contratos, mientras que los modos de prueba contractual son reglamentados por los códigos de procedimiento de cada provincia.

“Medios” es el elemento que se utiliza para probar, por ejemplo, testigos, instrumento escrito, pericia, etc. “Modos”, en cambio es la manera de ejercerse ese medio, por ejemplo, el medio “prueba testimonial” se ejerce en el curso de una audiencia y mediante preguntas formuladas a los testigos. En otras palabras, el Código Civil –que es de aplicación en todo el país- en el art. 1190 menciona los medios para probar el contrato tales como, los instrumentos públicos, privados, la confesión, etc. Sin embargo, los modos de probar los contratos (por ejemplo, cómo se produce la prueba confesional) ha sido delegado a las Provincias. El fundamento de esa división entre medios y modos probatorios emana de los arts. 75 inc. 12, 121, 122 y 124 de la Constitución Nacional.¹⁰⁹

De lo expresado, surge que la actividad probatoria se cumple en el proceso y está dirigida a convencer al juez de la verdad de lo afirmado. La falta de prueba, quita eficacia civil, privando al contrato de los efectos civiles, aunque no de los naturales. El interés de probar, que como se ha visto es fundamental, se refleja en el

¹⁰⁸ Leiva Fernández, L. *Colección de Análisis Jurisprudencial Contr. Civiles y Comerciales* – pág. 94

¹⁰⁹ Leiva Fernández, L. *Colección de Análisis Jurisprudencial Contr. Civiles y Comerciales* – pág. 96

tema de la “carga de la prueba”, o sea que en lo referente a saber cuál de las partes en el proceso tiene la obligación de realizar la prueba. A este respecto, quien alega la existencia de un contrato, el incumplimiento de una o más obligaciones de él nacidas, pesa la carga de la prueba. Si el demandado reconoce la vigencia de la relación pero afirma que el incumplimiento no le es imputable o que se encuentra liberado, debe demostrar los hechos en que se funda.

VIII.9.1. **Apreciación de la Prueba**

Históricamente han existido varios sistemas para apreciar judicialmente las pruebas.

Uno antiguo, o de las *pruebas legales*, según el cual dadas determinadas circunstancias debía tenerse por probado, o por no probado, cierto hecho. Por ejemplo, si determinado número de testigos declaraban lo mismo, se consideraba probado el hecho; el testigo único no valía; el testimonio de las mujeres era inferior.

Otro sistema es el de las *libres convicciones*. El juez no está atado a la necesidad de tener por probado un hecho, o tenerlo por no probado, según su razonamiento le indique.

Una variante de éste es el de la *sana crítica*, que funciona sobre el esquema de las libres convicciones, pero exige que el juez exhiba el proceso de razonamiento que lo ha llevado a su conclusión; que diga por qué tiene por probado un hecho, por qué desecha determinada declaración testimonial, etc. Esto constituye garantía fundamental para el sujeto de derechos, pues le permite saber la razón que motivó el pronunciamiento judicial.

El esquema procesal actual, está armado sobre el esquema de la sana crítica racional. En suma, la apreciación de las pruebas obedece a un proceso lógico que el juez desarrolla y exhibe en su sentencia. Pero no debe olvidarse que, como decía Leibnitz, las reglas de la lógica son las del buen sentido, puestas en orden por escrito.¹¹⁰

¹¹⁰ Alterini, A. *Contratos Civiles-Comerciales-de Consumo*. (Teoría General) – pág. 478.

VIII.9.2. Sistema del Código Civil

Cómo ya se expresó, los instrumentos aptos para lograr la demostración, en los que el juez encontrará los motivos de su convicción, se denominan medios probatorios. La prueba de los hechos jurídicos está legislada en el Código Civil y en los códigos procesales. El primero de los nombrados, regula la prueba de los contratos a partir del art. 1190.

El artículo 1190 del Código Civil contiene una enumeración de medios probatorios por los cuales se demuestra la existencia de los contratos: *“Los contratos se prueban por el modo que dispongan los Códigos de procedimientos de las Provincias Federadas:*

Por instrumentos públicos.

Por instrumentos particulares firmados o no firmados.

Por confesión de partes, judicial o extrajudicial.

Por juramento judicial.

Por presunciones legales o judiciales.

Por testigos”

Dicha enumeración no es taxativa, sino enunciativa, motivo por el cual las partes pueden valerse de cualquier otro medio probatorio, no incluido en el artículo, tales como pericias, inspección judicial, informes, etc. Remitimos a lo expuesto en Capítulo V, punto 5.4.3.3. y ss.

De todas el Código Civil sienta un principio en su artículo 1191 respecto de las pruebas de los contratos formales. El mismo prescribe: *“Los contratos que tengan una forma determinada por las leyes, no se juzgarán probados, si no estuvieren en la forma prescrita, a no ser que hubiese habido imposibilidad de obtener la prueba designada por la ley, o que hubiese habido un principio de prueba por escrito en los contratos que pueden hacerse por instrumentos privados, o que la cuestión versare sobre los vicios de error, dolo, violencia, fraude, simulación, o falsedad de los instrumentos de donde constare, o cuando una de las partes hubiere recibido alguna prestación y se negase a cumplir el contrato. En estos casos son admisibles los medios de prueba designados”*.

La regla que sienta dicho artículo es que los contratos que tengan una forma determinada por las leyes, no se juzgarán probados si no estuvieran en la forma prescrita. Cuando la forma es requerida (*ad solemnitatem*), la omisión de la misma acarrea la nulidad del contrato, en tanto que cuando la forma es exigida *ad probationem*, como ocurre en el supuesto del artículo 1193 del Código Civil, la omisión de la solemnidad obsta a su demostración sobre la base de otros medios probatorios.

El artículo 1193 C.C. dispone que los contratos con cierto monto “deben hacerse por escrito y no pueden ser probados por testigos”. Pero esta norma es inaplicable, porque dicha cantidad (\$ 10.000 del año 1968) hoy representa una suma inexistente. Tampoco tiene aplicación el artículo 209 del Código de Comercio, que sólo permite la prueba de testigos “para los contratos cuyo valor no exceda de doscientos pesos fuertes”. Si se aplicaran esos textos, la tasa de la ley –por lo actualmente ridícula- conduciría al absurdo de que todos los contratos, sin excepción alguna, tuvieran impuesta una forma escrita (López de Zavalía). Conforme a ello, debemos entender a estas normas, como que tanto la ley civil como comercial han querido que todos los contratos que tuvieran cierto monto, deben ser realizados por escrito.

Ha de concluirse, por tanto, que en la actualidad se ha invertido el significado que el artículo tenía para Velez: la regla general es que los contratos deben hacerse por escrito, como exigencia de forma *ad probationem*. Para establecer el valor del contrato, cuando se trata de contratos bilaterales, no se deben sumar las prestaciones de cada parte, sino tomar el valor de una de ambas prestaciones.¹¹¹

Como el pago no es un contrato, no se lo vincula con la exigencia del art. 1193 C.C., y por tanto puede probarse por cualquier medio, inclusive por testigos y presunciones. Se ha dicho al respecto que, “al ser un acto jurídico extintivo, que no está en el origen sino en la finalización de la obligación, se puede prescindir de su documentación, para lo cual es admisible la utilización de cualquier medio probatorio. Lopez de Zavalía aclara que el hecho mismo de la prestación puede probarse por cualquier medio, pero no el acuerdo que lo acompaña.¹¹²

¹¹¹ López de Zavalía, F. *Teoría de los Contratos*. (Parte General) – pág. 271.

¹¹² Belluscio, A; Zannoni, E. *Código Civil Comentado, Anotado y Concordado*. Tº 5 – pág. 878.

VIII.10. Interpretación de los Contratos

Al interpretar un contrato lo que se busca, es observar las manifestaciones negociales, las cláusulas o estipulaciones para determinar su sentido y alcance. La interpretación no es algo exclusivo de los contratos, sino de todos los actos jurídicos. Resulta un procedimiento indispensable a fin de conocer cuales son los derechos y obligaciones que emanan del acto y, por ende, para su cumplimiento, al margen de todo litigio o diferendo entre partes y prescindiendo de la claridad u oscuridad de las cláusulas.

Vélez Sarsfield no incluyó en el Código Civil ninguna regla interpretativa, sino que institucionalizó a través del artículo 1198 (Buena Fe) un criterio amplio a tener presente para interpretar un contrato. Dada la enorme importancia del Principio de la Buena Fe, especialmente en materia contractual, será luego tratado en un apartado específico.

VIII.10.1. Reglas del Código de Comercio

Se encuentran enunciadas en los artículo 217 y 218 del Código de Comercio, y han son tomadas en cuenta no solo para la interpretación de los contratos comerciales sino también de los contratos civiles, vía a la que se encuentra habilitada por el artículo 16 del Código Civil.

- **Interpretación Literal:** Artículo 217 del Código de Comercio: *“Las palabras de los contratos y convenciones deben entenderse en el sentido que les da el uso general, aunque el obligado pretenda que las ha entendido de otro modo”*. Completa esta regla, el inciso 6° del artículo 218 del mismo cuerpo legal, al decir: *“El uso y práctica generalmente observados en el comercio, en casos de igual naturaleza, y especialmente la costumbre del lugar donde debe ejecutarse el contrato prevalecerán sobre cualquier inteligencia en contrario que se pretenda dar a las palabras”*. Es decir, cuando las cláusulas son claras, expresas, inequívocas, debe entenderse que traducen la voluntad de las partes y los jueces no pueden, en principio, rechazar su aplicación. No obstante ello, quien aduzca que las cláusulas, pese a su claridad, no traducen la voluntad real, deberá producir la prueba pertinente; lo mismo ocurre con quien

pretenda dar a los términos empleados en el contrato un significado distinto del que se desprende de su acepción común y general.

- **Interpretación Contextual:** Artículo 218 inciso 2° del Código de Comercio: *“Las cláusulas equívocas o ambiguas deben interpretarse por medio de los términos claros y precisos empleados en otra parte del mismo escrito, cuidando de darles, no tanto el significado que en general les pudiera convenir, cuanto el que corresponda por el contexto general”*. Aquí se tiene en cuenta que el contrato constituye un todo indivisible, hallándose sus cláusulas encadenadas unas a otras. La interpretación contextual aprehende lo declarado como un todo integral cuyo sentido y espíritu son uno.
- **Interpretación Subjetiva:** Artículo 218 inciso 1° del Código de Comercio: determina que para los casos de *“ambigüedad en las palabras...debe buscarse más bien la intención común de las partes que el sentido literal de los términos”*. Solo debe recurrirse a la intención de las partes, cuando el contrato no fuera claro y preciso, de lo contrario sus términos no pueden ser desvirtuados por interpretaciones sobre la base del espíritu de las cláusulas, intención presunta de las partes, finalidades perseguidas, etc. Debe destacarse que lo que se debe buscar es la *“intención común”* de los contratantes y no la individual de cada uno de ellos, lo que tuvieron en mira ambas partes y no lo que cada uno pudo perseguir como finalidad personal. La indagación de la intención así comprendida, importa la averiguación de la *“voluntad real de las partes”*, para lo cual –dice Videla Escalada– *“sólo debe computarse lo que aquéllas manifestaron de palabra o de hecho en el transcurso de sus negociaciones o mediante su conducta posterior”*. El intérprete debe considerar a la declaración de las partes como el objeto de su tarea, tratando de armonizar el sentido de las cláusulas en consideración a los fines individuales y sociales perseguidos. Deben desentrañar el sentido y alcance de las estipulaciones de las palabras, con el significado que le dan el uso y la práctica, según el entender de los profanos y teniendo en cuenta las circunstancias del caso.¹¹³

¹¹³ Mosset Iturraspe, J. *Contratos* – pág. 310

- **Interpretación Fáctica:** Artículo 218 inciso 4° del Código de Comercio: *“Los hechos de los contrayentes, subsiguientes al contrato, que tengan relación con lo que se discute, serán la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato”*. Solo deberá recurrirse a los elementos extrínsecos, en caso de que exista ambigüedad en las palabras. Cabe agregar, que no sólo los hechos posteriores interesan a los fines de la interpretación sino que también cuentan los anteriores y los simultáneos.
- **Interpretación Conservadora:** Artículo 218 inciso 3° del Código de Comercio: *“Las cláusulas susceptibles de dos sentidos, del uno de los cuales resultaría la validez, y del otro la nulidad del acto, deben entenderse en el primero. Si de ambos dieran igualmente la validez al acto, deben tomarse en el sentido que más convenga a la naturaleza de los contratos, y a las reglas de la equidad”*. En este inciso se encuentran dos preceptos, el primero versa sobre la conservación del contrato; puesto que en caso de ambigüedad debe estarse por la producción de efectos jurídicos, lo cual permitirá a las partes lograr el efecto económico perseguido. El segundo precepto, apunta a una interpretación acorde con la naturaleza del contrato y las reglas de la equidad. Así, el juez verá en cada caso, según su prudente arbitrio, cuál es la interpretación que más se acomoda con la naturaleza del contrato y las reglas de la equidad, y que conforme a una interpretación finalista permita a las partes alcanzar los fines objetivos perseguidos, debiendo el juez colmar los vacíos y remediar los defectos de sus declaraciones.
- **Interpretación a Favor del Deudor:** Artículo 218 inciso 7° del Código de Comercio: *“En los casos dudosos, que no puedan resolverse según las bases establecidas, las cláusulas ambiguas deben interpretarse siempre a favor del deudor, o sea en el sentido de la liberación”*. La interpretación a favor del obligado traduce varias máximas romanas que se inclinaban, en la duda, por el mantenimiento del estado de libertad, considerando que la restricción a la misma, por medio de la obligación, es de excepción. Una de ellas, expresa que la interpretación siempre ha de hacerse contra quien debió expresarse con mayor claridad.

VIII.11. Efectos de los Contratos

El contrato está dirigido a reglar los derechos de las partes por medio de relaciones jurídicas creditorias. Son sus efectos, crear, modificar, transmitir o extinguir obligaciones, tanto civiles como comerciales.

Los efectos de los contratos son de la más diversa especie, pudiendo agrupárselos en “generales”, “especiales” y “especialísimos”.

- **Generales:** se refieren a los efectos que producen todos los contratos en general;
- **Especiales:** son los derivados de la naturaleza de cada figura de contrato tomada aisladamente, las consecuencias emergentes del tipo contractual fijado en la ley;
- **Especialísimos:** son los propios de algún contrato en especial como efectos singulares de un contenido particularísimo, fijado por las partes.

Los efectos de los contratos versan sobre dos aspectos:

- **Objetivos:** refiere en qué consisten. La relación jurídica nacida del contrato encuentra sustento en la concordancia entre las voluntades privadas (autonomía de la voluntad) y los efectos consagrados por el ordenamiento jurídico;
- **Subjetivos:** esto es, determinar a quienes alcanzan. Anticipamos que solo alcanzan a los sujetos de la relación, las partes, no pudiendo perjudicar a terceros. Excepcionalmente puede aprovecharlos, en el contrato a favor de tercero o estipulación para otro. Sin embargo, el contrato es oponible a terceros, puesto que crea situaciones objetivas que los terceros deben respetar.¹¹⁴

¹¹⁴ Mosset Iturraspe, J. *Contratos* – pág. 320

VIII.11.1. Efectos Generales

Artículo 1195 C.C.: “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”.

De esta norma se infieren dos reglas básicas:

- Los efectos de los contratos se producen entre las partes y otras personas asimiladas a ellas (art. 503 C.C.); y
- Los contratos no pueden ser opuestos a terceros, ni invocados por ellos (art. 1199 C.C.)

Las legislaciones de origen romano consagran la regla “*res inter alios acta aliis nece nocere nece prodesse potest*”, osea “la cosa que ha sido hecha entre unos no daña ni beneficia a los otros”, considerado hoy como el principio de la “relatividad de los contratos”, que es uno de los dogmas que presiden toda la sistemática legal inherente al contrato. Tal vínculo sujeta sólo a los autores de la obligación y no a los que no han tenido intervención en su nacimiento porque no han sido “parte” ni se han incorporado a la convención. Se dice que el efecto de los contratos “es relativo”, procurándose con ello indicar que el contrato sólo afecta a las partes que lo otorgaran y no a los que no han intervenido en él, desplegándose su eficacia únicamente entre quienes lo celebraron y, eventualmente, sus herederos o causahabientes (arts. 1195 y 503 C.C.). Consecuentemente, por regla general, el contrato no tendría eficacia respecto de quienes no han intervenido (de manera directa o indirecta) en la formación del consentimiento: los terceros, con relación a los cuales el contratos aparece como “*res inter alios acta*” (art. 1199 C.C.). La norma del art. 1199 C.C., correlacionada con el art. 1195 C.C. desarrolla el principio de que los contratos “no pueden perjudicar a terceros” ni oponerse a los mismos o invocarse por ellos, aunque tal principio no tenga un alcance absoluto (ej. arts. 504, 961 y cc. del C.C.).¹¹⁵

¹¹⁵ Leiva Fernández, L. *Colección de Análisis Jurisprudencial Contr. Civiles y Comerciales* – pág. 138

Se puede decir, que los efectos de los contratos, es decir los derechos y obligaciones que emergen de él, resultan solamente aplicables a las partes. Por ello, los “efectos relativos de los contratos” significa que de ellos no surgen obligaciones que los terceros deban soportar, ni los terceros pueden invocar tales contratos para hacer recaer sobre sus otorgantes una obligación en beneficio de personas que no son parte en la relación jurídica o no fueron designados en ese contrato como terceros beneficiarios.

Ahora bien, según surge de la letra del artículo 1195, los efectos de los contratos se extienden activa y pasivamente a los herederos y sucesores universales. Estos son, aquellos a quienes pasan todo o una parte alcuota del patrimonio de una persona que ha fallecido (art. 3263 C.C.). Por otra parte, debemos decir que el artículo en análisis es una consecuencia de los preceptos contenidos en nuestro régimen sucesorio, ya que según el artículo 3417 del Código Civil determina que “*El heredero...continúa la persona del difunto, y es propietario, acreedor o deudor, con excepción de aquellos derechos que no son transmisibles por sucesión*”. Siguiendo con el análisis del artículo, se establecen tres excepciones a la transmisibilidad de derechos y obligaciones a los herederos, a saber:

- **Obligaciones Inherentes a las Personas:** se trata de aquellas obligaciones que por ser *intuitae personae*, no pueden ser ejercidas por otras personas que no sea el titular que se obligó. Remitimos a Capítulo VII, punto 6.2.2 c)
- **Disposición de la Ley:** La ley a veces proscribire la extensión a los herederos de los efectos de un contrato, por considerar que dicha transmisión resultaría inconveniente; ejemplos: art. 1396 C.C. (pacto de preferencia), art. 1670 C.C. (sociedades), etc.
- **Cláusula del Contrato:** Es decir, cuando expresamente hubieren pactado las partes la intransmisibilidad de los efectos, ello en uso de la libertad contractual.
- **Naturaleza de la Obligación:** Estos sucede, cuando la transmisión es contraria a la naturaleza del contrato. Así, por ejemplo, en el caso del contrato de constitución de usufructo, cuyos efectos terminan con la muerte del usufructuario (arts. 2825 y 2920 C.C.)

VIII.11.2. Efectos Particulares

VIII.11.2.1. Revisión Contractual

Atento que los contratos tienen una doble función, individual y social, se posibilita la revisión de los mismos. La misma puede provenir de parte del Poder Legislativo, a través del dictado de las “leyes de emergencia”, o del Poder Judicial, quien actúa a petición de parte en casos de ejercicio abusivo del derecho y de excesiva onerosidad sobrevenida.

La revisión contractual consiste en el análisis de las estipulaciones convenidas, previa interpretación e integración, y su consideración a la luz de determinados criterios o pautas, para concluir manteniéndolas o modificándolas, o bien lo que es aún más grave, resolviendo el negocio.¹¹⁶

VIII.11.2.2. Abuso del Derecho

Remitimos a lo expuesto en Capítulo IV, punto 2.

VIII.11.2.3. Teoría de la Imprevisión

Artículo 1198 C.C.: “...En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.

¹¹⁶ Mosset Iturraspe, J. *Contratos* – pág. 366

No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviere en mora.

La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato”.

VIII.11.2.3.1. Ámbito de Actuación

Claramente la norma alude, que son susceptibles de revisión los contratos *bilaterales conmutativos de ejecución diferida o continuada* y en los *unilaterales onerosos*. Por ende quedan absolutamente excluidos los contratos gratuitos, tales como donación, comodato, fianza, etc. En principio los contratos aleatorios no son susceptibles de ser revisados, salvo que la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al álea propio de este tipo de contratos

VIII.11.2.3.2. Requisitos

Para que proceda la revisión judicial, son necesarios los siguientes requisitos:

Acontecimiento Extraordinario e Imprevisible: esto pone a resguardo la seguridad de los contratos, resaltando a la vez que la revisión es un remedio de excepción. Hecho extraordinario, es aquel que se aparta del curso natural y normal de las cosas; en tanto que hecho imprevisible, es aquel que las partes no lo han podido prever, aún empleando la debida diligencia, tales como: guerras, terremotos, inundaciones, sequías, procesos inflacionarios, etc.

Excesiva Onerosidad: los acontecimientos antes aludidos tienen que tornar la prestación a cargo de una de las partes, excesivamente onerosa. Es decir, dichos eventos deben incidir en la prestación debida tornándola onerosa. Éste aspecto diferencia este de otros institutos, tales como el caso fortuito o fuerza mayor. La excesiva onerosidad, debe colocar a una de las partes en una situación distinta a la originaria, rompiendo el equilibrio inicial, debiendo determinar el juez en cada caso en particular, y en forma razonada cuando efectivamente se ha tornado excesivamente onerosa la prestación.

Falta de Culpa o Mora: si los hechos, aún cuando fueran totalmente imprevisibles y extraordinarios, se produjeron por culpa de quien tenía a su cargo el cumplimiento de la prestación, o en una fecha posterior en la que debió realizarse la misma, determinará la improcedencia de la revisión.

VIII.11.2.3.3. Efectos

La excesiva onerosidad confiere al deudor perjudicado una acción para que se revise el contrato, pudiendo ser interpuesta por vía de acción o de excepción. Pero la ley confiere a la contraparte el poder para evitar que el contrato sea resuelto, si ofreciera una mejora equitativa que suprima la excesiva onerosidad. Ejercida dicha opción, la parte que primariamente solicitó la revisión, se encuentra obligada a cumplir con la prestación a su cargo con la mejora equitativa ofrecida.

VIII.12. Vicisitudes de los Contratos

Este punto trata de las distintas vicisitudes que pueden sobrevenir al negocio después de su formación, en el tiempo, ya sea modificándolo, extinguiéndolo o bien sustituyéndolo por otro negocio. Explica Messineo, que “bajo el nombre genérico de vicisitudes del contrato se recogen aquellas circunstancias y aquellos eventos que pueden influir sobre la suerte del mismo, ya sean coetáneas a su nacimiento, ya sobrevinientes”.¹¹⁷

VIII.12.1. Excepción de Incumplimiento

Artículo 1201 C.C.: “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”.

¹¹⁷ Messineo, F. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tº IV – pág. 516.

Se trata de una aplicación particular de la excepción de dolo, ya que es contrario a la buena fe contractual que aquel que no haya cumplido la prestación a su cargo, exija la obligación que le es debido por la contraparte.¹¹⁸

Este principio contractual, guarda coherencia con lo dispuesto en materia de mora para obligaciones recíprocas por el artículo 510 del Código Civil, al expresar: “*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*”. Es decir, esta disposición se apoya en la mutua interdependencia que importa el cumplimiento simultáneo de las obligaciones.

Por otra parte, puede darse que los contratantes hayan convenido expresa o tácitamente, un orden en la satisfacción de las prestaciones recíprocas, o que uno de ellos goce del beneficio del plazo. En tales casos, no es admisible que ante la acción por cumplimiento que deduzca contra la otra, pueda oponérsele la excepción de incumplimiento parcial.

También debe ponderarse aquellos recaudos tradicionales, como son que el incumplimiento debe ser serio, ponderado conforme a las circunstancias, a la amplitud de lo no cumplido y a la calidad de los defectos o vicios que ofrezca la cosa a entregar.

El fundamento de la *exceptio non adimpleti contractus*, en cualquiera de sus modalidades –incumplimiento total o parcial– se encuentra en la interdependencia o conexión de las obligaciones emergentes de los contratos bilaterales (art. 1138 C.C.).

Existen dos posturas respecto a este institutos, en el sentido que para algunos, es la *exceptio* es un requisito necesario de la acción, por cuanto no se puede demandar el cumplimiento sin antes haber cumplido; en tanto, para otros la *exceptio* es una verdadera excepción o defensa, que debe ser opuesta por el accionado demandado por cumplimiento. Esta última es la postura dominante, y debe tenerse presente que el derecho del actor no es negado, queda subsistente, pero se le opone otro derecho que lo torna total o parcialmente ineficaz.

¹¹⁸ López de Zavalía, F. *Teoría de los Contratos*. (Parte General) – pág. 354.

Puede darse que los contratantes hayan convenido expresa o tácitamente, un orden en la satisfacción de las prestaciones recíprocas, o que uno de ellos goce del beneficio del plazo. En tales casos, no es admisible que ante la acción por cumplimiento que deduzca contra la otra, pueda oponérsele la excepción de incumplimiento parcial.

VIII.12.1.1. Requisitos

Para que proceda el ejercicio de la excepción es necesario:

- que las obligaciones del actor y demandado sean de cumplimiento simultáneo
- que el incumplimiento por el actor revista gravedad suficiente que no pueda imputarse incumplimiento al excepcionante

VIII.12.2. La Señal o Arras

Artículo 1202 C.C.: “Si se hubiere dado una señal para asegurar el contrato o su cumplimiento, quien la dio puede arrepentirse del contrato, o puede dejar de cumplirlo perdiendo la señal. Puede también arrepentirse el que la recibió; y en tal caso debe devolver la señal con otro tanto de su valor. Si el contrato se cumpliere, la señal debe devolverse en el estado en que se encuentre. Si ella fuere de la misma especie que lo que por el contrato debía darse, la señal se tendrá como parte de la prestación pero no si ella fuere de diferente especie, o si la obligación fuese de hacer o de no hacer”.

Se denomina señal, señal o arras, a la entrega de una cosa mueble, que puede o no ser dinero, que una de las partes contratantes realiza a favor de la otra. Esta entrega puede hacerse con dos finalidades distintas, de donde surgen las dos especies de señal:

- **Confirmatorias:** tienen por fin reforzar el cumplimiento ejerciendo una presión o coacción sobre ambas partes, tanto sobre quien la da como sobre quien la recibe;

- **Penitenciales:** permiten el arrepentimiento de cualquiera de los contratantes, el retiro unilateral, en cuyo caso actúan como indemnización de daños y perjuicios.

Como surge de la letra del artículo 1202 C.C., la estipulación de una señal comporta un pacto que autoriza a ambas partes a ejercer la facultad de arrepentirse privando al contrato de sus efectos. A su vez, equivale a una indemnización convencional, fijada anticipadamente por las partes, tendiente a resarcir los daños sufridos por la contraria en caso de mediar arrepentimiento.

Los daños quedan delimitados por el valor de la señal, si se arrepiente quien la entregó, o por el doble de ella si el arrepentido es quien la recibió.

Salvo necesidad de que se entregue una cosa, que puede verse como un requisito de forma, lo único que se exige es que la señal se convenga expresamente. Ello no implica el empleo de fórmulas sacramentales, ya que si la interpretación coherente de las cláusulas del contrato persuade de la existencia de la señal, no debe excluirla por no aludirse explícitamente a ella cuando se determina el precio de la operación.¹¹⁹

VIII.12.2.1. Las Arras en el Código de Comercio

Artículo 475 Código de Comercio: “Las cantidades que con el nombre de señal o arras se suelen entregar en las ventas, se entiende siempre que lo han sido por cuenta del precio y en signo de ratificación del contrato, sin que pueda ninguna de las partes retractarse, perdiendo las arras”.

En la segunda parte del artículo se prevé la posibilidad de dar a las arras, “por cláusula especial del contrato” un carácter penitencial por el cual “le sea lícito arrepentirse y dejar de cumplir lo contratado”. De allí que la estipulación de una señal, en el ámbito comercial, fortifica el vínculo impidiendo su ulterior disolución por la voluntad unilateral de los contratantes.

¹¹⁹ Belluscio, A; Zannoni, E. *Código Civil Comentado, Anotado y Concordado*. Tº 5 – pág. 959.

De lo expuesto se desprende, que la seña confirmatoria excluye toda posibilidad de arrepentimiento, siendo esa la diferencia fundamental con la penitencial. Cuando el contrato se cumple, se computará “por cuenta del precio”, si fuera de la misma especie, y si no debe devolverse en el estado que se encuentre, solución similar a la prevista para la seña penitencial, en el Código Civil.

VIII.12.3. El Pacto Comisorio

Artículo 1204 C.C.: “En los contratos con prestaciones recíprocas se entiende implícita la facultad de resolver las obligaciones emergentes de ellos en caso de que cada uno de los contratantes no cumpliera su compromiso. Mas en los contratos en que se hubiese cumplido parte de las prestaciones, las que se hayan cumplido quedarán firmes y producirán, en cuanto a ellas, los efectos correspondientes.

No ejecutada la prestación, el acreedor podrá requerir al incumplidor el cumplimiento de su obligación en un plazo no inferior a quince días, salvo que los usos o un pacto expreso establecieran uno menor, con los daños y perjuicios.

Las partes podrán pactar expresamente que la resolución se produzca en caso de que alguna obligación no sea cumplida con las modalidades convenidas; en este supuesto la resolución se producirá de pleno de derecho y surtirá efectos desde que la parte interesada comunique a la incumplidora, en forma fehaciente, su voluntad de resolver.

La parte que haya cumplido podrá optar por exigir a la incumplidora la ejecución de sus obligaciones con daños y perjuicios. La resolución podrá pedirse aunque se hubiese demandado el cumplimiento del contrato; pero no podrá solicitarse el cumplimiento cuando se hubiese demandado por resolución”.

El artículo 1204 C.C., en seguimiento del artículo 216 del C. Comercio, suprimió la aclaración impuesta por el modelo italiano, de que en el emplazamiento se incluya el apercibimiento de resolverse el contrato; no obstante ello, parte de la

doctrina nacional entiende que la intimación debe contener el apercibimiento, pues de lo contrario el acreedor perdería el derecho a exigir el cumplimiento –no tendría la opción- y el deudor inejecutante se convertiría en “árbitro de la resolución”.

Es innegable que los contratos se hacen para ser cumplidos, de donde lo natural frente al incumplimiento de una de las partes es demandar el respeto a la palabra empeñada, la prestación específicamente prometida, pero muchas veces la acción por cumplimiento no brindará al acreedor la satisfacción de su derecho subjetivo, sea por la insolvencia del deudor, sea por los inconvenientes de una ejecución tardía, sea por lo que fuere; de allí que el derecho le conceda la posibilidad de optar, a su criterio, por una u otra vía –cumplimiento o resolución- atendiendo a su exclusiva conveniencia y siempre con la posibilidad de adicionar los daños y perjuicios emergentes del incumplimiento.

El pacto comisorio constituye una medida de autodefensa, dirigida a tutelar la condición de respectiva igualdad o paridad entre las partes. No se trata de una sanción, ya que no obstante existir una conducta antijurídica de parte del deudor (incumplimiento), no requiere de imputabilidad física o moral procediendo incluso en casos de incumplimientos no culposos.

VIII.12.3.1. Clases

Existen dos clases de pacto comisorio, el Tácito y el Expreso, ambos varían no sólo en que el primero como su nombre lo indica, se encuentra implícito en todos los contratos con prestaciones recíprocas, sino que principalmente se distinguen en el procedimiento que debe seguir la parte cumplidora a fin de resolver el contrato.

VIII.12.3.1.1. Pacto Comisorio Tácito

Producido el incumplimiento de una de las partes, la cumplidora debe “*intimar fehacientemente*” a la incumplidora para que en un termino no menor de 15 días cumpla con la obligación a su cargo, salvo que los usos y costumbres determinen un plazo menor.

Transcurrido el plazo conferido, si la parte incumplidora no hubiese cumplimentado con la prestación a su cargo, entonces quedarán sin más resuelto el

contrato. Recién en este momento la parte cumplidora podrá iniciar las acciones judiciales por los daños y perjuicios que la contraparte le hubiera irrogado. En caso que la otra cumpliera en el tiempo conferido, deberá pagar los daños y perjuicios por la demora.

VIII.12.3.1.2. Pacto Comisorio Expreso

En este casos, las partes expresamente han pactado que en caso de que se incumpliera total o parcialmente el contrato, procederá sin más la resolución del mismo. Ahora bien, tratándose la resolución del contrato de una facultad conferida a la cumplidora, la ley exige que en caso de hacer uso de dicha opción deberá notificar fehacientemente a su contraparte que ha resuelto el contrato.

VIII.12.3.2. Notificación e Interpelación Fehaciente

Si bien los Códigos Civil y Comercial se refieren a los conceptos “*intimar, requerir, emplazar, comunicar fehacientemente*” no han mencionado que debemos entender por fehaciencia.

Aunque en el segundo párrafo del artículo no se establece requisito alguno de forma en cuanto a la interpelación (o comunicación en caso de “Pacto Expreso”), surge de la letra de la ley de que debe hacérsela por un medio fehaciente, o sea aquellos que por sí solos hacen fe en juicio. Algunos opinan, sin embargo que éste requerimiento puede ser hecho incluso verbalmente, y probárselo por cualquier medio.

Por tratarse de una declaración recepticia, su validez requiere la efectiva recepción por el destinatario.

En cuanto a su contenido, no es necesario el empleo de término sacramentales, pero “el requerimiento debe tener un claro contenido a fin de que puede conocerse sin duda que él se refiere a la reclamación exigida en el artículo

1204 C.C. Debe ser expreso y claro, de modo que permita entender que se trata del requerimiento exigido por dicho artículo, y no de una simple exigencia de pago.¹²⁰

De nuestra parte, entendemos que medios fehacientes son aquellos en que el remitente puede demostrar fehacientemente: a- la efectiva recepción por parte del notificado del instrumento notificadorio; b- la fecha de recepción del mismo; y c- el contenido o tenor de lo remitido.

Son instrumentos aptos de cumplir con tales extremos solamente la Carta Documento, el Telegrama Colacionado y la Actuación Notarial.

VIII.12.3.3. Gravedad

Para que el incumplimiento autorice a invocar el pacto comisorio es menester que se refiera a la obligación principal y que sea grave; cuando no es así sólo se puede reclamar el cumplimiento y la indemnización de los daños y perjuicios; así, por ejemplo, no se le puede hacer valer cuando solamente consiste en la omisión de pagar una diferencia en el pago de las cuotas convenidas, o cuando el inquilino, a quien se le prometió en venta el inmueble, deja de pagar los alquileres que debía pagar hasta la fecha de la escrituración; en cambio, la omisión de entregar los documentos necesarios para la transferencia del automotor comprado autorizan a demandar la resolución del contrato, lo mismo que si la persona a quien se le prometió en venta un inmueble se niega a escriturar, aunque le ofrezca el pago del precio.¹²¹

El deudor moroso tiene derecho de pagar, siempre que integre el pago con sus accesorios devengados en razón de su mora. Claro está que tal derecho subsiste sólo en tanto y en cuanto perviva la obligación que le sirve de causa al pago: la resolución del contrato, al extinguir las obligaciones respectivas, priva al deudor del derecho de cumplir.

¹²⁰ López de Zavala, F. *Teoría de los Contratos*. (Parte General) – pág. 372.

¹²¹ Salas, A.; Trigo Represas, F. *Código Civil Anotado*. Tº II – pág. 68.

VIII.12.4. Autonomía de la Voluntad

Artículo 1197 C.C.: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”.

El criterio es afín al de Rousseau, que consideraba a las convenciones “base de autoridad legítima entre los hombres”; el pacto, pues, con fuerza suficiente para justificar la organización misma de la sociedad, debía tener también energía bastante como para obligar a los sujetos de Derecho en la medida y extensión de lo acordado”.

El rol acordado a la voluntad en la creación del negocio jurídico ha sufrido importantes mutaciones en el tiempo. El simbolismo primero, y el formalismo luego vincularon la producción de efectos jurídicos al empleo de prácticas o ritos minuciosamente realizados conforme a un modelo, sin relación alguna con elementos psicológicos o intencionales. Determinar la función histórica y actual de la voluntad equivale a precisar el margen de libertad concedida al sujeto de derecho para establecer relaciones jurídicas, y saber entonces si ellas son el producto de su libre actividad o, por el contrario, una imposición del ordenamiento jurídico.

La voluntad es autónoma cuando se gobierna a sí misma; heterónoma cuando es dirigida desde afuera. Pero más allá de los significados etimológicos debemos admitir que la autonomía o soberanía de la voluntad nace de una delegación del orden jurídico. Nos dice Galgano que para definir este papel de la voluntad se habla de libertad o autonomía contractual. Es una libertad o autonomía que se manifiesta bajo un doble aspecto , negativo el primero, positivo el segundo, que es necesario examinar separadamente:

- Libertad o autonomía contractual significa, en sentido negativo, que nadie puede ser privado de sus propios bienes o constreñido a ejecutar prestaciones a favor de otros contra o, en general, independientemente de su propia voluntad;
- En un sentido positivo, que las partes pueden, con un acto de su voluntad, constituir, regular o extinguir relaciones patrimoniales; es decir que

pueden disponer de sus bienes o pueden obligarse a ejecutar prestaciones a favor de otro.¹²²

El hombre es libre para contratar o no, para encadenarse o no hacerlo; incluso es libre para elegir con quién ha de contratar, pero si contrata deja de ser libre, es el “hombre encadenado”. Existe libertad para entrar en la convención pero no para salir de ella. Es la libertad de contratar, primer aspecto de la autonomía de la voluntad.

Una vez que el hombre se ha decidido a contratar y ha elegido con quién hacerlo, es igualmente libre para estipular las cláusulas que más convengan a sus intereses, a la satisfacción de sus necesidades, pudiendo dictarlas con plena soberanía, sin someterse a ninguna autoridad superior o coacción. Es la libertad contractual que integra el concepto de autonomía de la voluntad.

Es justamente el principio sentado en el artículo 1197 del C.C. el que permite la existencia de los llamados contratos innominados, los que a pesar de no estar expresamente creados y por ende regulados por la ley, se permite su existencia por la creación volitiva de las partes. De más está decir, que en cuanto a los elementos que constituyen los contratos nominados e innominados, como así también respecto sus efectos y fuerza obligatoria no existe diferencia alguna.

La fuerza obligatoria de los contratos nominados e innominados es idéntica, pues aquélla se basa en el principio de que las convenciones constituyen la ley de las partes.¹²³

Al disponer que las convenciones contenidas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, el artículo sanciona su fuerza obligatoria, en concordancia con lo establecido en los arts. 53 y 944 C.C. Por el primero de ellos se dispone como regla general que a las personas físicas *“les son permitidos todos los actos y todos los derechos que no les fueren expresamente prohibidos”*, regla que el art. 40 extiende a las personas jurídicas. Y por el segundo se definen los actos jurídicos –una de cuyas especies es el contrato– como *“los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato, establecer entre*

¹²² Mosset Iturraspe, J. *Contratos* – pág. 323.

¹²³ Salas, A.; Trigo Represas, F. *Código Civil Anotado*. Tº II - pág. 39.

las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos”.

Según el principio general establecido en el art. 53, la fuerza obligatoria de los contratos está limitada por prohibiciones legales, sean específicas o de carácter general (art. 21 C.C.). La fuerza obligatoria del contrato implica la facultad de obligarse libremente, o sea la libertad contractual, de forma tal que resultan idénticos los límites de una y otra, o, en otras palabras, que el contrato obliga dentro del marco de la libertad establecido por la ley. La libertad de contratar –y con ella, la fuerza obligatoria del pacto- conforme a lo dispuesto en el art. 53 es la regla, y las prohibiciones, por tanto, son de carácter excepcional. Por esta razón el estudio de la fuerza obligatoria del contrato se reduce a sus fundamentos y a sus limitaciones, quedando el contenido concreto de los contrato abierto a la infinitud de variantes que puede darles el interés de los particulares.¹²⁴

VIII.12.4.1. Límites de la Autonomía de la Voluntad

El principio sentado en el artículo 1197 del Código Civil equipara la voluntad de las partes a la ley, pero el mismo no es absoluto pues reconoce dos límites importantes, cuales son las leyes de orden público y la moral y las buenas costumbres. Así, el artículo 21 del Código Civil, expresa: *“Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres”.*

Con esta norma se deslindan dos sectores jurídicos importantes. En principio los ciudadanos, en prosecución de los diversos fines pueden proponerse, están facultados para realizar cuantos actos jurídicos entiendan aprobados para la obtención de dichos fines. Pero, repetimos, esta libertad no es absoluta y se detiene cuando enfrenta el “orden público”, o sea ese conjunto de principios superiores del ordenamiento jurídico que no podrá quedar relegado en alguna medida por el arbitrio de los individuos.¹²⁵

¹²⁴ Belluscio, A; Zannoni, E. *Código Civil Comentado, Anotado y Concordado*. Tº 5 – pág. 889.

¹²⁵ Llambías, J. *Tratado de Derecho Civil*. (Parte General) Tº I, 197 – p.164.

La sabiduría de Vélez Sársfield en buena medida, ha consistido en elaborar una obra que permite al intérprete valorar el principio de la autonomía de la voluntad particular, en lo que tiene de saludable, sin caer en exageraciones lesivas de la justicia y del bien común. Cuando la libertad se desorbita, desentendiéndose del bien del hombre para el cual ella existe, el intérprete encuentra en el ordenamiento jurídico argentino, los resortes apropiados que permiten rectificarla y encausarla.¹²⁶

VIII.12.5. Principio de Buena Fe

Artículo 1198 C.C.: “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión...”.

El deber de prestación del deudor –enseña Larenz- e incluso la total conducta de los interesados en la relación obligatoria, en cuanto se refiere a ésta, se rige según las exigencias de la buena fe, para cuya apreciación se han de tener en cuenta los usos del tráfico. El principio de la buena fe significa que cada uno debe guardar fidelidad a la palabra dada y no defraudar la confianza o abusar de ella, ya que ésta forma la base indispensable de todas las relaciones humanas”.

Betti afirma que “la buena fe es el alma de las relaciones de obligación. En el mundo del derecho, diríamos por nuestra parte, la buena fe es lo que la higiene en medicina. Sin aquella se desatan las peores pestes e infecciones jurídicas. Es de hacer nota que la buena fe de que se trata es un módulo de carácter objetivo. No se trata de la buena fe subjetiva de las partes de la obligación, sino la que debe tener un hombre honrado, razonable y prudente, del tipo medio, que se toma como modelo.”¹²⁷

Siguiendo al Dr. Atilio Alterini, en el sistema rige con mucha intensidad la regla de buena fe; se distinguen la *buena fe subjetiva* (buena fe-creencia), y la *buena fe objetiva* (buena fe-probidad o buena fe-confianza).

¹²⁶ Llambías, J. *Tratado de Derecho Civil*. (Parte General) Tº II, 1435 bis – p.314.

¹²⁷ Cazeaux, P.; Trigo Represas, F. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Tº I – pág. 96.

La **buena fe subjetiva (creencia)** consiste en la impecable conciencia de estar obrando conforme a Derecho (arts. 2360, 2536 y 4006 C.C.), y es antecedente para la adquisición de un derecho, por lo común un derecho real; por ejemplo, cuando alguien adquiere una cosa, se lo considera de buena fe si tiene la convicción de que el enajenante es su dueño.

La **buena fe objetiva** implica una regla de conducta de **probidad**, que genera en los demás la **confianza** de que será acatada. Y –aunque con la vaguedad propia de los sustantivos que designan a los standars jurídicos- es comprendida como la que se atiende al criterio de recíproca lealtad de conducta o confianza entre las partes (Videla Escalada), o al comportamiento leal y honesto de la gente de bien (Alsina Atienza). Puede tener como modelo el comportamiento de un “buen padre de familia”, en los términos del artículo 413 del Código Civil.¹²⁸ La buena fe objetiva, es esencial en el tráfico del comercio, ya que sería imposible celebrar muchos de los negocios modernos que suelen estar revestidos de gran informalidad, tales como fax, e-mails, etc; incluso se suelen realizar transferencias de dinero a través de un llamado telefónico como en las operaciones de bolsa.

Adviértase que el artículo 1198 del Código Civil, determina que la “*buena fe*” debe estar presente en tres momentos contractuales, a saber: celebración, interpretación y ejecución:

- **Celebración:** Amen de esta disposición, las partes deben tener un comportamiento leal en la etapa de formación del contrato, y al momento en que se realiza la oferta y la aceptación, esto es, al expresar el consentimiento. A su vez, adquiere especial relevancia en los contratos de consumo, especialmente los regulados por la ley 24.240 (Defensa del Consumidor), al determinar que las ofertas al público son vinculantes para el emisor, y si un consumidor potencial la acepta, el contrato queda celebrado (art. 7 Ley 24240).
- **Interpretación:** Interpretar consiste en explicar el sentido de algo. El sentido dado por el artículo 1198 C.C. es mucho más amplio que ello, pues sirve para pautar el contenido del contrato, o conducta que está precisado a realizar el deudor para el cumplimiento de las obligaciones

¹²⁸ Alterini, A. *Contratos Civiles-Comerciales-de Consumo*. (Teoría General) – pág.33.

creadas por el contrato (Betti). De esta disposición, se desprende que los contratos obligan no sólo a lo que está formalmente expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse que hubiesen sido virtualmente comprendidas en ellos. Para establecer estos alcances, corresponde tomar en cuenta distintos parámetros como la naturaleza del contrato, las conductas previas y posteriores de las partes, los usos y costumbres del lugar, etc.

- **Ejecución:** La ejecución implica el cumplimiento del contrato mismo, que también debe estar impreso de un comportamiento honesto de las partes. En esto también influye el criterio de verosimilitud respecto de lo que las partes entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión. Tal deber de corrección pesa tanto sobre quien realiza la prestación como sobre quien debe recibirla (López de Zavalía).

Por tanto:

El pago debe ser hecho de buena fe, o sea según lo que verosímilmente se entendió, o pudo entenderse obrando con cuidado y previsión. El deber de buena fe se complementa con la exigencia de que el deudor no perjudique a sus otros acreedores, ni actúe con fraude (art. 737 C.C.). Asimismo, el *solvens* está precisado: 1- A obrar con prudencia, lo cual resulta de diversos preceptos: si el derecho del acreedor es dudoso y concurren otras personas a exigir el pago, debe consignar (art. 757 inc. 4º C.C.); si por imprudencia grave le paga al acreedor un crédito que éste había cedido, aunque no haya sido notificado de la cesión, es responsable de esa imprudencia (art. 1462 C.C.); etc. 2- A cumplir, en términos generales, los deberes secundarios de conducta que le impone la obligación.

El *accipiens* está sujeto al deber de buena fe; si carece de ella, puede ser obligado a restituir lo que cobró, aunque haya percibido lo que es suyo; es el caso de los pagos hechos en fraude de otros acreedores. Además tiene como deberes:

- Aceptar el pago que se le ofrece;
- Cooperar con el acreedor, lo cual supone cierto grado de colaboración para recibir el pago; por ej: debe concurrir a los actos indispensables para

la ejecución, como la medida o el peso de las cosas inciertas (art. 609 C.C.).¹²⁹

Son también actos contractuales de buena fe:

- El vendedor está obligado a conservar la cosa tal como se hallaba el día del contrato (por ej: el vendedor de un caballo está obligado a cuidarlo y darle alimentos y no someterlo a peligros antes de la entrega);
- El vendedor de una cosa debe hacer saber al comprador los vicios ocultos de la cosa;
- El inquilino está obligado a hacer saber al locador respecto de los daños producidos en la cosa;
- El empresario de la obra, debe comunicar la mala calidad de los materiales provistos;
- Los efectos transportados deben ser entregados puntualmente, etc.

Aunque con anterioridad a la reforma esta norma no mencionaba la buena fe, la jurisprudencia era uniforme en cuanto a que los contratos debían celebrarse, interpretarse y cumplirse conforme a sus dictados, pues no puede admitirse que tal omisión importaba un repudio a la regla clásica, ya que ello hubiera importado prescindir de una de las normas fundamentales de la convivencia social, principio aplicable a toda clase de contratos. Por tal razón deben atribuirse a los contratos sus efectos normales y sus consecuencias virtuales, tal como lo harían las personas correctas observando una conducta empeñosa y diligente, por lo que impone a las partes ciertos deberes secundarios para evitar que la otra se perjudique indebidamente o se frustre la finalidad de la convención. En tal sentido, las palabras deben interpretarse conforme al alcance que tienen en el lenguaje corriente, a menos que de las circunstancias particulares del caso resulte con evidencia que las partes le han asignado un alcance distinto o porque el contrato se otorgó con asistencia profesional, en cuyo caso debe atribuírseles su significado técnico... Por aplicación de estos principios, entre otros casos se ha resuelto:

- que las expresiones “a principio”, “a medianos” y “a fines de mes”; corresponden a la primera, segunda o tercera decena de cada mes, aunque

¹²⁹ Alterini, A. *Contratos Civiles-Comerciales-de Consumo*. (Teoría General) – pág.35.

razones de buena fe no autorizarían al acreedor a resistir el pago que se pretendiera hacer pocas horas después de la decena de que se trate;

- que el convenio sobre pago de intereses por adelantado, debe interpretarse en el sentido de que deben hacerse efectivos antes de que cada periodo haya comenzado;
- que “saldo financiado” debe entenderse como que se conceden facilidades de pagos;
- que la expresión “plaza” se refiere a la zona comprendida dentro de los límites normales en que la parte a que se refiere desenvuelve sus actividades;
- que la obligación de entregar una cosa cierta, comprende la de entregarla con sus accesorios; etc.¹³⁰

Cláusulas Contradictorias: El contrato forma un todo homogéneo y la voluntad de las partes debe resultar de la interpretación armónica de todas sus cláusulas, por lo cual no puede admitirse que en virtud de lo estipulado en una de ellas se pretenda dejar sin efecto a otra.

Cláusulas Ambiguas: En caso que la cláusula sea ambigua, debe interpretarse conforme al contexto general del contrato, armonizándola con la naturaleza de éste, su finalidad y su función económica. Así, si la cláusula puede interpretarse en un sentido que determine su nulidad y en otro que le atribuya validez, debe preferirse este último. Por otra parte, las cláusulas de un contrato cuyo alcance es dudoso, se deben interpretar contra la parte que la redactó, pero para ello la duda debe ser razonable, de buena fe, para el hombre corriente.

Antecedentes: Para interpretar un contrato se deben tener en cuenta los hechos anteriores a su celebración. Así, se ha resuelto que los prospectos, folletos, etc., que sirvieron de antecedente a la promesa de venta integran el contrato, aunque en éste no se mencionen.

Conducta Posterior: La mejor interpretación de las cláusulas contractuales la suministra la conducta posterior de las partes en cuanto se relacione directamente

¹³⁰ Salas, A.; Trigo Represas, F. *Código Civil Anotado*. Tº II- pág. 43.

con aquéllas; pero con ella no se puede, más que interpretarlas, perseguir la modificación de lo convenido. Así, se ha resuelto que aunque en el contrato no se haya establecido el lugar de pago de los alquileres, se debe entender que lo habían convenido en el domicilio del locador, si siempre se los hizo efectivos en ese lugar.

Omisiones en el Contrato: Cuando la oferta y la aceptación no han coincidido, aunque sea con respecto a circunstancias; pero cuando aquéllas coinciden y se han omitido determinados puntos, la ley acude en auxilio de las partes mediante normas supletorias de su voluntad; esas omisiones también puede suplirlas el juez mediante la interpretación y conforme al principio de conservación, cuando se trata de elementos accidentales; ej: en lo atinente a las características del inmueble objeto de la oferta.

VIII.13. Extinción del Contrato

Seguimos en este tema al Dr. Atilio Alterini.¹³¹

VIII.13.1. Cumplimiento

Cuando se producen actos de cumplimiento plenamente satisfactorios, vale decir, cuando promedia pago, realizado por el deudor o por cuenta de él, y se respetan los principios de identidad e integridad (arts. 725, 740 y 742 C.C.), la consiguiente extinción de las obligaciones contractuales extingue también el contrato por *agotamiento*. (Messineo).

Si el contrato generó obligaciones correlativas, el incumplimiento de una de las partes da derecho a la cumplidora para exigir el cumplimiento (art. 505 inc. 1° C.C.), para lo cual ella misma debe haber cumplido u ofrecer cumplir, a menos que disponga de un plazo para su propio cumplimiento (art. 1201 C.C.). De no obtener satisfacción mediante el cumplimiento específico, el acreedor de la obligación contractual puede satisfacerse por un tercero a costa del deudor (art. 505 inc. 2° C.C.) o reclamar las indemnizaciones correspondientes (art. 505 inc. 3° C.C.).

¹³¹ Alterini, A. “*Contratos Civiles-Comerciales-de Consumo*” (Teoría General) – pág. 500.

VIII.13.2. Vencimiento del Plazo

El vínculo jurídico que surge del contrato tiene límites temporales, pues –al decir de Radbruch- el crédito “lleva en sí el germen de su propia muerte: desaparece en el momento en que alcanza el cumplimiento de su fin”. Vale decir, la relación obligacional resultante del contrato es siempre temporal, se agota en cierto tiempo, resultante del contrato y , en ciertos caos, su límite está prefijado por la ley (locación de cosas, por ejemplo, no puede durar más de diez años, art. 1505 C.C.).

Cuando el contrato es de duración, concluye sus efectos al llegarse al término, esto es, al producirse el vencimiento del plazo resolutorio, o mejor dicho, del plazo final.

VIII.13.3. Otros Modos

Del mismo modo que el consentimiento anuda el vínculo contractual, tal vínculo contractual, tal vínculo puede quedar desanudado por rescisión, resolución o revocación.

Rescisión: En la rescisión la extinción del contrato depende: 1. De la voluntad de ambas partes; o 2. De la voluntad de una sola de ellas, si así ha sido previsto en le contrato mismo, o si tal surge de la ley. La rescisión se caracteriza por su operatividad para el futuro (*ex nunc*).

- Distracto: El distracto de común acuerdo está contemplado en el artículo 1200 del Código Civil. Conforme a esta norma, mediante el mero distracto las partes podrían retirar los derechos reales que se hubiesen transferido, lo cual es inexacto: para ello es menester, además del acuerdo rescisorio, la tradición (art. 577 C.C.) y, tratándose de derechos reales sobre inmuebles, la escritura pública y la inscripción registral. En síntesis, se considera que el distracto está sometido a la misma forma que el contrato al que se refiere.
- Rescisión Unilateral: En la rescisión unilateral existe conformidad anticipada de las partes para que una de ellas tenga derecho a rescindir el contrato por su sola voluntad. Por ej, en la locación de cosas, cuando se pacta el derecho de rescindir a favor del locador o del locatario.

- **Rescisión Legal:** La ley atribuye la facultad rescisoria en distintos contratos: locación de cosas (art. 8 Ley 23091), locación de obra (art. 1638 C.C.), depósito (art. 2226 inc. 1° C.C.), excesiva onerosidad (art. 1198 C.C.)

Revocación: La revocación depende de la declaración de una parte, y conserva resabios de su origen histórico, en lo que se refería exclusivamente a los actos unilaterales (ej: el testamento). Así, la donación es revocable en los casos previstos en los artículos 1848 C.C., el mandato lo es conforme al artículo 1963, inciso 1° del Código Civil. Al igual que en la rescisión los efectos operar para el futuro (*ex nunc*). En ciertos supuestos la facultad de revocar es discrecional (por ej., en el contrato de mandato), pero en otros está sujeta al cumplimiento de ciertos presupuestos (por ej., en materia de donación, solo procede cuando el donatario queda en mora en la ejecución de los cargos que le hayan sido impuestos [art. 1849 C.C.], o cuando incurre en ingratitud, [art. 1858 C.C.], etc.).

Resolución: En principio, la resolución opera retroactivamente o *ex tunc*, no obstante, en los casos de contratos de duración quedan a salvo los efectos cumplidos. La resolución del contrato se produce en diversas circunstancias:

- **Condición Resolutoria:** El efecto resolutorio en el caso de la condición resolutoria es automático (art. 543 C.C.), pues ella opera ipso jure o de pleno derecho.
- **Pacto Comisorio:** Cuando la condición a que se subordina la resolución de un contrato bilateral es el incumplimiento de la prestación, estamos frente a un pacto comisorio, que puede ser convencional o legal (Quinteros).
- **Resolución Potestativa:** La facultad resolutoria compete a una o a otra de las partes, según el caso, en estas hipótesis: Señal Penitencial, Pacto de Displicencia, Cláusula Penal.

Otros: Por encontrarse inmersa una obligación en el contrato, debemos agregar como modos extintivos, la novación, compensación, transacción, confusión, renuncia y remisión, e imposibilidad de pago. Remisión a lo expuesto en Capítulo VII, punto 9.

CAPÍTULO IX

DERECHO COMERCIAL

CAPITULO IX

DERECHO COMERCIAL

IX.1. El Derecho Comercial

Fontanarrosa conceptualiza al derecho comercial, como “el conjunto de normas jurídicas que regulan la materia comercial”.

La determinación del concepto de la materia comercial y, por ende, del contenido del Derecho Comercial, suscita dificultades cuyo esclarecimiento exige una consideración especial.

IX.2. El Comercio y la Materia de Comercio

El comercio es, por esencia, intermediación en los cambios, y al lado de esa actividad intermediadora se desarrollan otras más o menos vinculadas con ésta. Y justamente por esa vinculación, el legislador ha considerado necesario o convenientes someterlas a un régimen jurídico común.

Determinar el actual carácter del Derecho mercantil requiere una doble investigación, por cuanto puede ser considerado desde el punto de vista de su contenido, esto es, de las relaciones sociales que regula como desde el punto de vista formal, es decir, de la naturaleza y estructura de los preceptos jurídicos que la integran.

La materia de comercio es una categoría legislativa. Su determinación debe hacerse, por consiguiente, con relación a cada derecho positivo. En consecuencia, constituye materia comercial todo supuesto de hecho que la ley considere mercantil.

El derecho comercial como rama del Derecho ha ampliado enormemente su contenido, ya que si bien surgió en el medioevo para regular primeramente el tráfico mercantil y luego el tráfico interestadual que se realizaba en las ferias y mercados sobre productos agrícolas, especias, drogas y algunos productos manufacturados. Pero el advenimiento del capitalismo y de la gran industria modificó sustancialmente tal estado de cosas. El incremento de los negocios provocó la aparición del crédito y la consecuente constitución de una serie de instrumentos o *títulos de créditos* que han ido paulatinamente independizándose de las causas que les dieron origen para transformarse en valores autónomos y aptos para originar por sí nuevas operaciones.

El desarrollo del crédito trajo como consecuencia la creación de Bancos y otras instituciones crediticias. La complejidad creciente de la gran industria ha provocado el surgimiento de nuevas relaciones en el campo del trabajo y de los negocios. La actividad de los seguros ha alcanzado límites insospechados. El nacimiento de nuevos tipos de sociedades a las que se vinculan a veces intereses no comerciales pero de tal magnitud que influyen sobre la economía nacional, ha requerido disposiciones legales adecuadas a su naturaleza. Todo este hervidero de intereses económicos entrelazados, cuya verdadera naturaleza no es siempre fácil de determinar, ha quedado sometido al imperio de la legislación mercantil. Y tales hechos explican por qué, en el campo del derecho de las obligaciones, el Derecho Civil cede terreno constantemente al Derecho Comercial.¹³²

IX.3. Usos y Costumbres

Normalmente se considera que el uso engendra la costumbre, es decir, ésta sería un efecto de aquel. También se los distingue en tanto la costumbre es la observancia frecuente, uniforme, constante y generalizada de una determinada regla de conducta con la convicción que responde a una necesidad jurídica, mientras que

¹³² Fontanarrosa, R. *Derecho Comercial Argentino*. (Parte General) – pág. 26.

el uso le falta el último de los requisitos mencionados, esto es, que el sujeto observa la regla de conducta sin conciencia de su obligatoriedad.

La cuestión de si el uso y la costumbre deben o no probarse en cada caso en particular es de orden procesal, y comprende tanto los usos civiles como los comerciales. Por nuestra parte, ratificamos en un todo lo sostenido antes de ahora, en el sentido de que sólo deben probarse cuando no son de pública notoriedad y que el juez, conociéndolos, puede invocarlos de oficio para fundar sus resoluciones, pudiendo para mejor proveer decretar medidas de prueba. Los medios más corrientes de probar la existencia de la costumbre son los testigo y los informes de las instituciones especializadas en la materia de que se trate, como, por ejemplo, las bolsas de comercio, de cereales, sindicatos profesionales, etc.; debiendo tenerse presente, tanto respecto de la prueba admisible como de su producción y apreciación, que no se trata en realidad de probar hechos sino de la existencia de normas jurídicas consuetudinarias, por lo cual pueden no ser de estricta aplicación los principios y normas que rigen la prueba de aquellos.¹³³

IX.4. El Comerciante

Artículo 1 Código de Comercio: “La ley declara comerciantes a todos los individuos que, teniendo capacidad legal para contratar, ejercen de cuenta propia actos de comercio, haciendo de ello su profesión habitual”.

Lo primero a tener presente es que las personas físicas y jurídicas no comerciantes pueden ser sujeto de las relaciones jurídicas mercantiles. De todas formas, en el presente punto trataremos a las personas que revisten la calidad de comerciantes, por ser las mismas los sujetos típicos de las relaciones mercantiles, motivo por el cual el Código de Comercio les ha dedicado numerosos preceptos. Hecha la aclaración, a fin de ser coherente con la metodología del presente libro, es menester analizar el artículo antes transcrito.

Individuo: No debemos tomar éste termino como limitado a las personas físicas, ya que alcanza a las personas jurídicas, tales como las sociedades

¹³³ Fernández, R.; Gómez Leo, O. *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial*. Tº I – pág. 12.

comerciales, las que si bien el código expresamente nada dice respecto de ellas, se refiere a las mismas en numerosas disposiciones.

Capacidad Legal para Contratar: Es una expresión poco feliz del código, ya que da a entender que las capacidades para contratar y para ejercer el comercio son idénticas, lo que es inexacto. El mayor de 18 años pero menor de edad no emancipado es, en principio, incapaz de contratar, salvo las excepciones establecidas por el Código Civil; en tanto que puede ejercer el comercio con la debida autorización. Por otra parte, los menores de 18 años, los dementes y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito pueden adquirir la calidad de comerciantes por intermedio de sus representantes legales, no obstante su incapacidad para contratar.

Ejercicio de Actos de Comercio: El término ejercicio no debe ser entendido en el sentido material de ejecución de actos, sino en el significado jurídico de asumir la responsabilidad por actos de comercio efectuados en el propio nombre comercial, como celebrante o contratante, aunque la materialidad de la ejecución recaiga en otros que actúen como representantes legales o convencionales. Así, los tutores y curadores pueden continuar la explotación de los establecimientos comerciales e industriales que los menores e incapaces hayan heredado o en los que tengan participación, previa autorización (arts. 443 inc. 12 y 475 C.C.); y en tal caso, quien ejerce jurídicamente el comercio es el menor aun cuando quien realice materialmente los actos en su nombre sea el tutor o el curador. No basta el ejercicio de cualquier acto mercantil para atribuir a un individuo la calidad de comerciante, ya que el ejercicio de actos de comercio solamente confiere la calidad de comerciante a quien los ejerce en forma profesional.

Ejercicio de Cuenta Propia: Algunos autores entienden que el código debió decir “*a nombre propio*”, ya que esta expresión se refiere al uso del nombre de la persona que ha de ser considerada comerciante y se vincula con el carácter representativo o no de la gestión realizada. A su vez, la utilización de un nombre lleva envuelta la responsabilidad frente a terceros de la persona cuyo nombre se utiliza. Tal es lo que sucede, en los actos realizados por el mandatario, quien en su gestión compromete directamente la responsabilidad del mandante respecto de los terceros con quienes contrata; en otros términos, el negocio se entiende creado por la persona en cuyo nombre actuó el mandatario, y sobre ella recaen directamente los efectos (derechos y obligaciones) que nacen del negocio. Ahora bien, lo que interesa

a los fines de la calificación del comerciante no es la circunstancia de que él actúe en interés propio o ajeno, sino que su gestión se realice en *nombre propio*, es decir, en forma tal que él aparezca directamente vinculado con los terceros en las operaciones propias de la actividad mercantil, aunque los resultados económicos finales de ésta recaigan sobre otro sujeto. Estos principios explican situaciones y resuelven problemas que no siempre han sido vistos con suficiente claridad. Así, los factores o encargados y dependientes de comercio no son comerciantes, porque actúan en nombre del principal y sólo asumen la condición de meros auxiliares subordinados de aquél. En tanto que el comisionista es comerciante porque actúa en nombre propio y realiza negocios de comisión en forma profesional.¹³⁴

Profesión Habitual: Al decir del maestro Fontanarrosa; *profesión*, es la calidad o condición social que asume quien, par obtener un rédito estable, dedica la propia capacidad física, intelectual y financiera a una determinada finalidad productiva. El “*hábito*”, consiste en la reiteración más o menos constante y prolongada de actos de la misma especie. Por consiguiente, la calidad o condición de comerciante ha de manifestarse en forma de un ejercicio reiterado y relativamente duradero de actos de comercio con el propósito de constituir mediante dicho ejercicio una fuente estable de réditos. En tal situación, cada acto de comercio realizado aparece como el elemento de una serie de operaciones vinculadas entre sí por la voluntad del agente que trata, mediante dicha actividad compleja, de procurarse un medio de vida.¹³⁵

Artículo 2 Código Comercio: “*Se llama en general comerciante, toda persona que hace profesión de la compra o venta de mercaderías. En particular se llama comerciante, el que compra y hace fabricar mercaderías para vender por mayor o menor.*”

Son también comerciantes los libros, merceros y tenderos de toda clase que venden mercancías que no han fabricado”.

Se ha dicho que la intención del codificador en este artículo es considerar incluidas en el concepto genérico de comerciante a personas cuya situación específica, en casos concretos, puede ofrecer duda, entre ellos, la de los *mercaderes*,

¹³⁴ Fontanarrosa, R. *Derecho Comercial Argentino*. (Parte General) – pág. 258.

¹³⁵ Fontanarrosa, R. *Derecho Comercial Argentino*. (Parte General) – pág. 270.

pero también la de los *fabricantes*, a los que con frecuencia se les ha negado el carácter de comerciantes. Asimismo, esta disposición ha permitido incluir a lo que en la práctica se designaba como *pequeños comerciantes*.¹³⁶

IX.4.1. Adquisición y Pérdida de la Calidad de Comerciante

La calidad de comerciante se adquiere mediante el ejercicio en forma profesional y habitual de actos de comercio. La ley no exige otra cosa, ni es necesario requisito formal o tributario alguno, cual podría ser la inscripción la inscripción en el Registro Público de Comercio. Por otra parte, no basta la invocación de un estado o actividad mercantil hecha por el interesado en actos judiciales o extrajudiciales, cuando ella fuese discutida, si no existe prueba corroborante de esa manifestación; es decir, prueba del ejercicio efectivo del comercio.

De idéntica forma en que la se adquiere el estado de comerciante, es como desaparece. Entonces la cesación en el ejercicio profesional y habitual de actos de comercio, lleva consigo la desaparición de la calidad de comerciante. No es necesario la realización de acto alguno, tal como podría ser la cancelación de la matrícula en el Registro Público de Comercio. La cesación del comercio puede efectuarse en forma paulatina, disminuyendo gradualmente la frecuencia e importancia de las operaciones hasta su abandono total. La comprobación de la cesación de la actividad mercantil deberá, por consiguiente, fundarse en un examen cuidadoso de las circunstancias del caso concreto. Sobre todo la cuestión se complica porque, aun después de cesado el ejercicio profesional del comercio, el sujeto se ve precisado frecuentemente a continuar durante algún tiempo las operaciones de liquidación de los negocios pendientes.

IX.4.2. Prueba de la Calidad de Comerciante

La calidad constituye un estado de hecho complejo, consistente en una actividad mantenida durante un tiempo apreciable y exteriorizada mediante la

¹³⁶ Zavala Rodríguez, C. *Código de Comercio Comentado*. Tº I, pág. 23.

reiteración de actos de comercio. La prueba debe tender a demostrar este ejercicio habitual y profesional de actos mercantiles.

Dado que el objetivo es tratar de demostrar una situación fáctica, hace admisible el uso de todos los medios tendientes a la demostración de los hechos, con la salvedad de que la confesión, por sí sola, carece de fuerza demostrativa, ya que admitirla sin otro elemento corroborante importaría dejar librada a la voluntad del confesante la determinación de su carácter mercantil.

Todo lo antedicho debe ser probado por quien afirme la condición comercial de una persona (incluso de sí mismo), ya que al invocar un estado configurado por especiales características, debe demostrarse su existencia.

IX.4.3. Efectos de la Calidad de Comerciantes

Artículo 5 Código de Comercio: “Todos los que tienen la calidad de comerciantes, según la ley, están sujetos a la jurisdicción, reglamentos y legislación comercial.

Los actos de los comerciantes se presumen siempre actos de comercio, salvo la prueba en contrario”.

Este artículo se refiere a dos situaciones independientes y desvinculadas entre sí.

Según la primera parte, los comerciantes quedan sometidos a la jurisdicción, reglamentos y legislación comercial. Esta disposición deber interpretarse con toda amplitud, ya que según el art. 6 C. Com., *aun los no comerciantes*, que realizar accidentalmente actos de comercio, quedan sometidos, al igual que los comerciantes, al régimen mercantil.

La segunda parte establece la presunción de la comercialidad en todos los actos de los comerciantes, salvo la prueba en contrario. Este principio coincide con lo establecido en el art.218 inc. 5° C. Com. La presunción es una consecuencia lógica de la calidad de comerciante y naturaleza del comercio; persigue el propósito de definir la posición jurídica de los contratantes en defensa de la seguridad de los negocios, alejando las cuestiones que pudieran suscitarse no sólo sobre la naturaleza

del acto, sino también acerca de la jurisdicción, lo que es muy importante donde exista, como en la Capital Federal, un doble fuero.

La presunción no puede jugar nunca con relación a actos que por su naturaleza intrínseca no serán nunca comerciales; por ej: operaciones sobre inmuebles, o relacionadas con el estado de las personas (filiación, adopción, etc.). El Código de Comercio en el art. 450 establece que la compraventa mercantil exige que el que compra la cosa lo haga para revenderla o alquilar su uso. En virtud del art. 5 no será necesario demostrar ese propósito sino que se presume; si no existió la intención de revender o alquilar, deberá probarse.

Debe tenerse presente, que nuestra ley presume comerciales los actos realizados por el comerciante, no porque los realice un comerciante y ello transforme esos actos en mercantiles, sino porque las adquisiciones que realiza el comerciante o los trabajos que contrata, revisten carácter mercantil, porque ellos tienen un nexo y relación inseparable con el ejercicio de su comercio. No es la calidad de la persona la que transforma ese acto de civil en comercial, sino que es la actividad o ejercicio comercial la que hace que todos los actos que tiendan al desarrollo y ejercicio de esa actividad se presuman mercantiles.¹³⁷

IX.5. Actos Unilateralmente Comerciales

Artículo 7 Código de Comercio: “Si un acto es comercial para una sola de las partes, todos los contrayentes quedan, por razón de él, sujetos a la ley mercantil, excepto a las disposiciones relativas a las personas de los comerciantes, y salvo que la disposición de dicha ley resulte que no se refiere sino al contratante para quien tiene el acto carácter comercial”.

A estos actos se los ha denominado *actos mixtos*, puesto que son comerciales para una de las partes y civiles para la otra. Así, un comerciante puede realizar operaciones con personas que no son comerciantes y que por ende, no realizan con esas operaciones actos de comercio; por ejemplo: el frigorífico que compra hacienda a un ganadero para faenarla y lucrar con la venta de los productos

¹³⁷ Zavala Rodríguez, C. *Código de Comercio Comentado*. Tº I, pág. 32.

que fabrica; un padre que contrata un seguro de vida, etc. Esos actos son civiles para el ganadero y el asegurado, y comerciales para el frigorífico y la compañía de seguros; de ahí el carácter de mixtos de los actos.

La dificultad en estos casos consiste en determinar que ley –civil o comercial- se aplica y qué jurisdicción debe entender en los procesos. Así se ha determinado que el acto y el fuero competente sea el comercial. La norma es muy útil y en la práctica permite la solución rápida de las cuestiones que se suscitan a diario, y no puede perjudicar a los que realizan una operación civil porque la ley reconoce las atenuaciones y excepciones necesarias.

Así, el art. 7 del Código de Comercio en el segundo párrafo, excluye la aplicación de esta regla en los siguientes casos:

- ***a las disposiciones relativas a las personas de los comerciantes:*** aquí deben incluirse las normas sobre capacidad, libros de comercio, y demás aspectos relativos sólo a los comerciantes resumidos bajo el nombre de “estatuto del comerciante”.
- ***si resulta de la disposición de la ley que no se refiere sino al contratante para quien tiene el acto carácter comercial:*** una consecuencia importante de esta disposición, es que en esta clase de actos de comercio, la prescripción liberatoria se rige por las disposiciones del Código de Comercio.

IX.6. Capacidad para Ejercer el Comercio

Se advertirá al estudiar la capacidad para ejercer el comercio, que existe una remisión de parte del Código de Comercio al Código Civil. A su vez, la ley mercantil legisla solamente sobre capacidad de hecho.

Artículo 9 del Código de Comercio: “Es hábil para ejercer el comercio toda persona que, según las leyes comunes, tiene la libre administración de sus bienes”.

Los que según estas mismas leyes no se obligan por sus pactos o contratos, son igualmente incapaces para celebrar actos de comercio, salvo las modificaciones de los artículos siguientes”.

Dicho artículo sienta el principio general en materia de capacidad mercantil, cual es que toda persona que tenga la libre administración de sus bienes es hábil para ejercer el comercio. Pero esta regla está sujeta a ciertas limitaciones impuestas por razones de edad o habilidad mental, cuales son: a) personas menores de 18 años o declaradas absolutamente incapaces por la ley civil; b) personas mayores de 18 años y menores de 21 años.

Incapaces: Los menores de 18 años, los dementes declarados en juicios, los sordomudos que no saben darse a entender por escrito (art. 54 C.C.) carecen en absoluto de la libre administración de sus bienes, por lo que falta uno de los presupuestos legales para el ejercicio del comercio establecidos por el artículo 9 ap. 1º Cód. Comercio. De ello se desprende que estas personas carecen de capacidad para ejercer personalmente el comercio, pero los arts. 443 inc. 12º y 475 del Código Civil admiten que el tutor o el curador de un incapaz de las categorías referidas, obtengan autorización judicial para continuar (o cesar) los establecimientos de comercio o industria que éste hubiera heredado o en los que tuviera alguna parte. Aunque el código no lo dice, debe concluirse que también el padre que ejerce la patria potestad del incapaz puede solicitar esa autorización. El supuesto previsto por la ley es el de que el menor o el incapaz reciban por herencia, donación o legado, un establecimiento mercantil en funcionamiento cuya explotación sea productiva o beneficiosa, por lo tanto, para los intereses del tutelado. En tal situación, el padre, el tutor o curador pueden, con la venia judicial, continuar la explotación.

Mayores de 18 años: Artículo 10 del Código de Comercio: *“Toda persona mayor de dieciocho años puede ejercer el comercio con tal que acredite estar emancipado o autorizado legalmente”*. Debe advertirse que el código contempla dos supuestos para los mayores de 18 años y menores de 21, cuales son la emancipación y la autorización legal. Trataremos por separado ambos supuestos, aunque previo a ello debemos aclarar que el artículo 11 del Código de Comercio exige que la emancipación o autorización legal sean inscriptas en el Tribunal de Comercio (Registro Público de Comercio) respectivo. Cabe el recordatorio que la emancipación o habilitación y la respectiva inscripción y su publicación no son suficientes para hacer del menor un comerciante. Ellas son, simplemente, los requisitos o presupuestos cuyo cumplimiento previo confiere al menor la aptitud y posibilidad de adquirir la calidad de comerciante, pero necesitará del efectivo ejercicio de la actividad mercantil para la obtención de dicha calidad.

- **Emancipación:** En el presente tema debemos remitir a lo ya explicado oportunamente respecto los actos que pueden o no pueden realizar las personas emancipadas.
- **Autorización para Ejercer el Comercio:** La segunda hipótesis contemplada en el artículo 10 del Cód. Comercio es la de la autorización legal. Ésta queda subordinada a determinadas condiciones, establecidas en el artículo 11 Cód. Com. Conforme se expresa en el mismo, el alcance que tiene la autorización concedida es *“para todos los actos y obligaciones comerciales”*.

Por otra parte, la autorización concedida con las formalidades y requisitos establecidos en el art. 11 C.Com., tiene por efectos que el menor será reputado mayor para todos los actos y obligaciones comerciales, pero sólo para estos. La prescripción legal debe entenderse en el sentido de que el menor tiene plena capacidad no sólo para realizar actos y operaciones comerciales, sino también para realizar todo acto conexo con el ejercicio del comercio; no así para la realización de actos de naturaleza civil, que ninguna vinculación tienen con la explotación mercantil. Dentro de la esfera de actos que el menor puede realizar, él es plenamente capaz y asume exclusivamente la responsabilidad que de su ejecución o incumplimiento se derive. Así, el menor queda con una doble personalidad: con plena capacidad para el ejercicio del comercio, y con capacidad limitada para el cumplimiento de negocios civiles.

Para que la autorización sea válida debe reunir los siguientes requisitos:

- ***Expresa:*** Debe mediar una manifestación expresa de la voluntad confiriendo la autorización para ejercer el comercio. Dicha expresión de voluntad es no formal, motivo por el cual puede ser emitida por instrumento público o privado, aunque en éste último caso deberá ser reconocido o ratificado personalmente por el autorizante ante el Juez. Sólo excepcionalmente la autorización puede ser tácita, como ocurre en el caso del menor asociado al comercio de su padre (Artículo 12 ap. 1º del Código de Comercio). En dicho caso, cuando el menor constituye una sociedad con el padre, no es necesaria ninguna autorización especial, el simple hecho de asociarse el padre y el hijo establece una situación legal de autorización al menor para realizar todas las negociaciones mercantiles de la sociedad.. De ahí, que dicha autorización no solamente es tácita,

sino además restringida al ejercicio de los actos que constituyen el objeto de la explotación social.

- **Previa:** Debe ser previa a la iniciación del comercio, dado que el artículo 11 *in fine* del Cód. Com., establece que sólo después de llenados los requisitos legales el menor será reputado mayor para los actos y obligaciones comerciales. Los actos realizados antes de otorgada la autorización son nulos, pero podrán ser confirmados una vez subsanada la incapacidad.
- **Inscripción:** Debe ser inscripta en el Registro Público de Comercio (art. 36 inc. 5° Cód. Comercio) del lugar donde el menor haya de explotar el negocio.
- **Publicación:** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 inc. 2° del Cód. Comercio, el Juez de Comercio debe ordenar la publicación, mediante el procedimiento que él establezca
- **Revocable:** Esto es, la autorización concedida por los padres al menor puede ser revocada, en aquellos casos en que el autorizado demuestre incompetencia para los negocios y se ponga en peligro su patrimonio. En tales casos, y con el fin de evitar revocaciones arbitrarias por la sola voluntad de los progenitores, la misma no deberá ser retirada sino por el juez a pedido de los padres, el tutor, o del Ministerio Pupilar.

IX.7. Incompatibilidades

Artículo 22 Código de Comercio: “Están prohibidos de ejercer el comercio por incompatibilidad de estado:

1° Las corporaciones eclesiásticas;

2° Los clérigos e cualquier orden mientras vistan el traje clerical;

3° Los magistrados civiles y jueces en el territorio donde ejercen su autoridad y jurisdicción con título permanente”.

Los casos antes mencionados se trata de verdaderas prohibiciones legales para ejercer el comercio, impuestas por motivos disciplinarios derivados de un

estado social o del ejercicio de una profesión o de un cargo. Pero la violación de la prohibición legal no está sancionada con la nulidad de los actos realizados; ni tal situación podría aplicarse respecto de los actos singulares, ya que el código no prohíbe la realización de actos mercantiles aislados a las personas que menciona, sino que les impide ejercer el comercio. De manera que si alguno de las personas comprendidas en este precepto legal realiza habitual y profesionalmente actos de comercio, no obstante la prohibición, adquirirá la calidad de comerciante. Las sanciones tendrán, en todo caso, carácter penal o disciplinario, pero el acto mercantil realizado será válido y el infractor podrá ser considerado comerciante en caso de probarse el ejercicio del comercio en las condiciones previstas por la ley.

El código distingue entre las prohibiciones por incompatibilidad de estado (art. 22 C.Com.) y las que provienen de una incapacidad legal (art. 24 C. Com.). En lo referente a las incompatibilidades propiamente dichas, el art. 22 establece algunas, pero existen muchas otras preceptuadas por diversas disposiciones del mismo código y de otras leyes. Así, a los socios colectivos se les prohíbe realizar por cuenta propia o ajena, actos que importen competir con la sociedad, salvo consentimiento expreso y unánime de los socios (art. 133 Ley 19550). Fuera del Código de Comercio, y a título de ejemplo, puede citarse la prohibición de ejercer el comercio impuesta a los magistrados judiciales. Corresponde examinar el contenido de cada uno de los incisos del art. 22:

- ***Corporaciones Eclesiásticas:*** Se incluyen las *órdenes* y *congregaciones*, pero no las *asociaciones*, que constituyen otra categoría de entes colectivos. La incompatibilidad responde a motivos tradicionales justificados desde los puntos de vista ético y social.
- ***Clérigos:*** Se encuentran comprendidos aquellos que han sido consagrados a los divinos ministerios. La incompatibilidad responde a idénticos criterios tradicionales respecto de las corporaciones eclesásticas, y perdura mientras vista el traje clerical, es decir, mientras conserve su carácter o investidura de clérigo
- ***Magistrados civiles:*** Debe tomarse en un sentido amplio, ya que incluye al Presidente de la Nación, gobernadores, ministros, intendentes, etc.

IX.8. Obligaciones Comunes a los Comerciantes

En este caso, el término obligaciones no se lo toma en su acepción jurídica de *obligatio* sino en la de *deber* que pesa sobre el comerciante, de cumplir las exigencias impuestas por la ley.

El código en su artículo 33 establece una serie de obligaciones comunes o generales para todos los comerciantes, sin perjuicio de ciertas obligaciones particulares a determinadas categorías de ellas, establecidas por el mismo código y por leyes especiales.

Artículo 33 Código de Comercio: “Los que profesan el comercio contraen por el mismo hecho la obligación de someterse a todos los actos y formas establecidas en la ley mercantil.

Entre esos actos se cuentan:

1º La inscripción en un registro público, tanto de la matrícula como de los documentos que según la ley exigen ese requisito;

2º La obligación de seguir un orden uniforme de contabilidad y de tener los libros necesarios a tal fin;

3º La conservación de la correspondencia que tenga relación con el giro del comerciante, así como la de todos los libros de la contabilidad;

4º La obligación de rendir cuentas en los términos de la ley”.

Dichas obligaciones serán estudiadas en forma separada, a fin de lograr un correcto entendimiento de las mismas.

IX.8.1. Registro Público de Comercio

Es natural la tendencia de todo comerciante a mantener en secreto sus operaciones, así como la organización interna de su establecimiento, sus posibilidades financieras y demás particularidades de su explotación. Hay en ello un deseo, respetable en cierta medida, de evitar la intromisión de influencias extrañas y

la eventualidad de una lucha económica innoble con competidores desleales. Pero, por otra parte, quienes contratan con el comerciante tienen interés igualmente respetable en conocer aquellas circunstancias de la gestión comercial capaces de influir en la apreciación de las condiciones de seriedad, solvencia y solidez del sujeto mercantil con quien celebran el negocio. De allí que la ley, atendiendo a estos intereses contrapuestos, disponga la publicidad obligatoria de las circunstancias que ella conceptúa importantes para garantizar la buena fe en el tráfico mercantil. Con tal finalidad el código de comercio, ha instituido una oficina denominada Registro Público de Comercio, encargada de inscribir esos hechos importantes para el normal desenvolvimiento del comercio. Por ello se ha dicho, que el Registro Público de Comercio, es la oficina (del Estado) encargada de llevar la matrícula de los comerciantes y de inscribir los documentos cuya publicidad es exigida por la ley mercantil.¹³⁸

La publicidad es necesaria en todas las actividades políticas, sociales, etc., a punto tal que es una característica del sistema republicano de gobierno. También es esencial para el desarrollo de las funciones económicas. La ley civil ha organizado la publicidad de los derechos reales para que las transacciones de este tipo ofrezcan seguridad. Es indispensable también una buena y amplia publicidad de los actos y operaciones vinculados con el comercio. Debe lograrse que las partes encuentren suficientes garantía de sus derechos y que los terceros, sin dificultades y sin esfuerzo, puedan en cada caso conocer la situación jurídica del comerciante o sociedad con la cual contratan, su capacidad, la naturaleza del comercio que ejercen, la responsabilidad que ofrecen, la representación o poder con que actúan, etc.¹³⁹

El Registro Público de Comercio se compone de dos secciones: la matrícula de los comerciantes (arts. 27 y 35 Cód. Com.), y el Registro de los Documentos que ellos deben inscribir, el que se llevará en tantos volúmenes distintos cuantos fueren los objetos especiales del Registro (art. 35 Cód. Com.).

En cada Tribunal de Comercio habrá un Registro Público de Comercio, a cargo del respectivo Secretario, que será responsable de la *exactitud* y *legalidad* de sus asientos, lo que significa que él debe controlar que las anotaciones que se hagan

¹³⁸ Fontanarrosa, R. *Derecho Comercial Argentino*. (Parte General) – pág. 310.

¹³⁹ Zavala Rodríguez, C. *Código de Comercio Comentado*. Tº I, pág. 83.

en los libros del registro contengan los datos rigurosamente coincidentes con los expresados en los documentos originales que se inscriben; y si se trata de agregación de copias, que éstas sean fieles de sus respectivos originales (*exactitud*); igualmente deberá controlar que las anotaciones se hagan de acuerdo con las prescripciones legales vigentes (*legalidad*).

En general, las inscripciones tienen un valor meramente declarativo, en el sentido de que ellas constituyen la comunicación al público de un hecho, también eficaz y demostrable en otra forma. Así, por ejemplo, la inscripción del comerciante o su omisión no influyen en la calidad de comerciante del sujeto. Pero otras veces, la inscripción tiene un valor constitutivo, es decir, posee una eficacia creadora de derechos; no en el sentido de que ella por sí sola tenga la fuerza de crear la relación jurídica, pero sí en el de que constituye uno de los requisitos indispensables para que la relación nazca como tal.

En el caso de inscripción de documentación en el Registro vale como presunción de la veracidad del acto inscripto, hasta la prueba en contrario que corresponde producir a quien pretenda que aquélla no corresponde a un acto real.

IX.8.1.1. Matrícula del Comerciante

Dado que la matrícula no es un requisito indispensable para ser comerciante, es necesario saber que consecuencias detenta la matriculación. Esto se encuentra regulado por el artículo 26 del Cód. Comercio, el que se encuentra parcialmente vigente. El efecto único, consiste en que da a los libros de comercio llevados regularmente por comerciante matriculado, la fuerza probatoria establecida en el artículo 63 Cód. Com. Para que el comerciante pueda hacer valer estas ventajas, es preciso que se matricule al empezar el giro de sus negocios o bien en circunstancias en que no tenga necesidad de invocarlas.

El artículo 27 del Código de Comercio determina los requisitos que debe contener la solicitud para matricularse: a- nombre, estado civil y nacionalidad; b- designación de la calidad del tráfico o negocio (objeto de la explotación); c- domicilio del establecimiento o escritorio; d- nombre del gerente, factor o empleado que ponga a la cabeza del establecimiento. Desde ya queda claro, que cualquier modificación que se realizara en forma posterior respecto de estos aspectos, deberá ser anotado en el mismo Registro.

La ley nada prevé acerca de la cancelación de la matrícula del comerciante, cuando éste cesa en el ejercicio del comercio. Dado el alcance de la presunción establecida en el artículo 32, es conveniente en el supuesto indicado, que el interesado solicite la cancelación de su matrícula. De lo contrario, subsistiendo indefinidamente la inscripción, sigue funcionando la presunción legal y queda a cargo del interesado destruirla mediante la prueba del efectivo cese del ejercicio del comercio.

IX.8.1.2. Registro de Documentos

El artículo 36 del Código de Comercio contiene una enumeración de los documentos cuya inscripción exige la ley; pero no debe entenderse que la misma sea taxativa. Entre los documentos que deben inscribirse, dicha norma enuncia: a- las convenciones matrimoniales; b- las sentencias de divorcio o separación de bienes; c- las liquidaciones practicadas para determinar las especies o cantidades que el marido debe entregar a su mujer divorciada o separada de bienes; d- las escrituras de sociedad mercantil, sea cual fuere su objeto; e- los poderes que otorguen los comerciantes a sus factores o dependientes para dirigir o administrar sus negocios; etc.

Los documentos deben inscribirse dentro del plazo de quince días contados desde la fecha del otorgamiento (art. 39 C.Com.), vencido dicho plazo sólo puede hacerse en tanto no haya oposición de parte interesada; esto es, cualquiera de los otorgantes del documento. Cabe aclarar, que una vez expirado el plazo mencionado, el documento no tendrá eficacia respecto de terceros sino a partir del momento de la inscripción.

IX.8.2. Contabilidad y Teneduría de Libros

Son innumerables las ventajas que confiere al comerciante que lleve un sistema uniforme de contabilidad; pero a la vez este aspecto interesa a todo el comercio en general porque una contabilidad bien llevada facilita la prueba en caso de litigio entre comerciantes, ahorra gastos y tiempo en el curso del proceso.

IX.8.2.1. Contabilidad

Artículo 43 Código de Comercio: “Todo comerciante está obligado a llevar cuenta y razón de sus operaciones y a tener una contabilidad mercantil organizada sobre una base contable uniforme y de la que resulte un cuadro verídico de sus negocios y una justificación clara de todos y cada uno de los actos susceptibles de registración contable. Las constancias contables deben complementarse con la documentación respectiva”.

El precepto transcrito impone una carga legal que podemos resumir, que se obliga al comerciante a llevar cuenta y razón de sus operaciones, y a tener una contabilidad mercantil organizada.

Nuestro código no impone directamente sanciones para el caso de que el comerciante no cumpla con la obligación de llevar libros, pero existen por vía indirecta cuando impiden hacer valer en juicio en su favor, las constancias emergentes de los libros (art. 55 Cód. Comercio).

IX.8.2.2. Libros de Comercio

El número de libros que lleve el comerciante queda librado a su arbitrio, así como la forma de ellos, con tal que sea regular y que sean llevados los libros declarados legalmente indispensables.

Artículo 44 Código de Comercio: “Los comerciantes, además de los que en forma especial impongan este Código u otras leyes, deben indispensablemente llevar los siguientes libros:

- 1) Diario;*
- 2) Inventario y Balances.*

Sin perjuicio de ellos el comerciante deberá llevar, los libros registrados y la documentación contable que correspondan a una adecuada integración de un sistema de contabilidad y que le exijan la importancia y la naturaleza de sus actividades, de modo que de la

contabilidad y documentación resulten con claridad los actos de su gestión y su situación patrimonial”.

De las normas transcriptas, surgen que son obligatorios los siguientes libros: *Diario, de Inventario y Balances*; como así también todos aquellos que correspondan a una adecuada integración de un sistema de contabilidad y que exijan la importancia y la naturaleza de las actividades.

Así, hay libros cuya obligatoriedad está impuesta por la ley con alcance general para todos los comerciantes (*Diario y de Inventario y Balances*). Además de ellos, hay otros cuya obligatoriedad puede resultar de la naturaleza e importancia de las actividades desarrolladas por los comerciantes. En algunos casos, esta obligatoriedad resulta impuesta por preceptos específicos de la ley, como ocurre, por ejemplo, con el *cuaderno manual*, y el *registro de los corredores* (arts. 91 y 93 C. Com.); el *diario de entradas, el diario de salidas* y el *libro de cuentas de gestión de los martilleros*; el *registro de transportadores* (art. 164 Cód. Com.); el *libro de registro de acciones* y el de *asistencia de accionistas a las asambleas*, que deben llevar las sociedades anónimas (arts. 213 y 238 Ley 19550); etc.

Si faltaran la totalidad de los libros exigidos por la ley habría que diferenciar si se tratara de una falta intencional o por negligencia, si el comerciante tuviera un litigio con otro comerciante, y en lo concerniente a hechos relativos a su comercio, será juzgado por los libros de su adversario, salvo que probase que los asientos del contrario son falsos. En los juicios seguidos entre el comerciante y uno que no lo sea, la inexistencia de libros de comercio pierde su importancia, desde el punto de vista de la sanción, puesto que no hay posibilidad de hacer valer los libros del adversario. En el supuesto, que la falta de libros proviniera de una pérdida o destrucción accidental y no imputable al comerciante, éste no tendría porque sufrir perjuicio alguno, pero deberá probar tales extremos.

En el caso de falta parcial de los libros indispensables, la solución es la misma puesto que la ley se refiere a la omisión de alguno de los libros (art. 56 C. Com.), lo que da a entender que no es preciso que la falta sea total.

La negativa a exhibirlos en juicio equivale a la negación, por lo tanto, corresponde atenderse igualmente a los asientos de los libros del adversario.

La irregularidad en la forma de llevarlos origina la pérdida de la eficacia probatoria a favor del comerciante que los lleva (art. 53 C.Com.), sin que los jueces

puedan atenuar el rigor de esta solución. Es decir, el comerciante que lleva mal un libro no podrá invocar en juicio los asientos que puedan favorecerlos; pero la parte contraria podrá utilizarlos como prueba suya y en contra de aquél, porque para el que lleva el libro sus asientos vales como confesión.

IX.8.3. Conservación de la Correspondencia

El vocablo “correspondencia” tiene un significado amplio, y se refiere tanto a las cartas que el comerciante envía como a las que recibe. Esta exigencia se limita a la correspondencia vinculada al giro de los negocios del comerciante. Las demás cartas, referidas a sus actividades particulares o ajenas a la explotación, no necesitan ser conservadas.

El comerciante podrá organizar el archivo de la correspondencia como le parezca conveniente; la ley, solamente impone la obligación de que conserve la misma por el término de 10 años contados desde su fecha.

IX.8.4. Rendición de Cuentas

Artículo 68 Código Comercio: “Toda negociación es objeto de una cuenta. Toda cuenta debe ser conforme a los asientos de los libros de quien la rinde, y debe ser acompañada de los respectivos comprobantes”.

La obligación de rendir cuentas es una obligación profesional del comerciante (art. 33, inc 4º C.Com.) y existe en relación a todas las negociaciones y no tan sólo respecto de aquellas en que el comerciante actúa por cuenta ajena, como sostienen algunos autores. A ello debe agregarse que el artículo antes transcrito se refiere a “*toda negociación*”, sin limitar a las que se realicen por cuenta ajena, las que están contempladas en el artículo 70 del Cód. Comercio, como hipótesis especial.

La última parte del artículo 68 C.Com. debe tomársela como que toda negociación *debe* ser objeto de una cuenta. La forma técnica contable en que se presente la cuenta carece de importancia. Lo esencial es que ella esté de acuerdo con los libros del que la rinde, y que sea acompañada de los respectivos comprobantes.

La rendición de cuentas debe efectuarse al finalizar cada negociación; y si se trata de transacciones de curso sucesivo, se hará al fin de cada año (art. 69 C.Com.).

IX.9. Agentes Auxiliares del Comercio

Existen personas cuya actividad se desarrolla habitual y profesionalmente dentro del campo de las operaciones y negocios del comercio y, por consiguiente, deben ser también considerados sujetos del derecho mercantil en cuanto, al colaborar en la actuación de los comerciantes, facilitan la tarea de éstos y el desarrollo general del comercio y originan relaciones jurídicas regidas por el derecho mercantil.

Se ha dicho, que auxiliares del comerciante son “todos los que tienen en común la nota económica de colaborar directamente en la actividad jurídica o contractual del empresario”. Dentro de esta amplia gama de colaboradores, la doctrina distingue entre los auxiliares subordinados y los autónomos.

Son auxiliares subordinados, los que están vinculados al comerciante por una relación de subordinación o dependencia. Esta relación de dependencia puede desarrollarse en el lugar donde está ubicado el establecimiento, o fuera de él.

Son auxiliares autónomos, los que trabajan para el comerciante, pero en forma independiente, sin estar vinculados con él por una relación de subordinación. Actúan generalmente como intermediarios, y trabajan en su propio beneficio, aunque con frecuencia obren por cuenta del comerciante. A esta categoría pertenecen los corredores, rematadores, mandatarios y comisionistas, agentes de comercio y los expedicionistas. La circunstancia de que obren por cuenta de otro no quita que desarrollen su actividad conservando su libertad de acción y a su propio riesgo. Los beneficios que obtengan de su intermediación consisten por lo general en una comisión o porcentaje sobre el monto de la operación realizada o en una retribución sujeta a tarifa o arancel, les pertenece a título de lucro ganado mediante su trabajo profesional.¹⁴⁰

¹⁴⁰ Fontanarrosa, R. *Derecho Comercial Argentino*. (Parte General) – pág. 443.

IX.10. Actos de Comercio

IX.10.1. La Materia Mercantil

El primer aspecto a tener presente en forma previa a adentrarnos en el estudio de los Actos de Comercio propiamente dichos, es preciso tener claro como está constituido el Derecho Mercantil. Como primera medida, diremos que todo elemento fáctico que tenga relación con el comercio es materia mercantil.

Luego de una transformación histórica, actualmente la materia mercantil es una categoría legislativa, es decir, su determinación dependerá de cada ordenamiento jurídico positivo. Al decir de Fontanarrosa, *constituye materia comercial todo supuesto de hecho al que la ley considera mercantil*.

Nuestro Código de Comercio, si bien se refiere en su artículo 207 a las “materias comerciales”, no las define en ninguna parte. Luego, en el artículo 8 del mismo cuerpo legal se enumeran una serie de actos declarados como comerciales. Como oportunamente se verá, dicha enumeración no es taxativa sino enunciativa, lo cual significa que pueden existir, y de hecho existen numerosos actos catalogados “mercantiles”, no obstante no encontrarse enumerados en dicho artículo.

La relación antes planteada, es sintetizada por Fernandez – Gomez Leo, al expresar: *“El estudio de los actos de comercio y de las consecuencias que su realización produce tiene directa incidencia respecto del concepto materia de comercio, en tanto ésta se refiere al contenido del derecho comercial considerado como el conjunto orgánico de principios y normas aplicables a ciertas situaciones de hecho, estados, sujetos y relaciones que quedan sometidas a ese derecho”*.

Sujetos de las relaciones mercantiles pueden ser tanto los comerciantes como lo no comerciante que ocasionalmente realizan actos de comercio; y objeto de ellas pueden ser todas aquellas prestaciones convenidas en los negocios y operaciones comerciales. Estos negocios y operaciones se denominan actos de comercio; y la reiteración habitual de ellos, en forma de ejercicio profesional, confiere a quien los realiza la calidad de comerciante (art. 1º del Código de Comercio). En consecuencia, determinar el concepto del acto de comercio importa, en esencia, determinar el contenido del derecho comercial tal como está configurado en el sistema de nuestro código mercantil.

IX.10.2. Definiciones de Acto de Comercio

Quedando en claro que la determinación conceptual del acto de comercio se encuentra circunscripto al derecho positivo, todo intento de crear una única definición con alcance general está destinada al fracaso.

En virtud de ello, sin adentrarnos a analizar las definiciones de quienes han seguido criterios de compra para la reventa, intermediación en los cambios, los seguidores de la teoría de la circulación, o la de los actos de comercio profesionales, simplemente y dado el reiterado concepto que la génesis de los actos de comercios es siempre de orden legal, analizaremos a continuación justamente el concepto dado por el legislador a través del artículo 8° del Código de Comercio. Asimismo, tampoco será motivo de análisis las diversas clasificaciones de las que son susceptibles los actos de comercio existentes a la luz de la norma antes mencionada, tales como: actos mercantiles naturales, actos mercantiles por conexión, actos declarados mercantiles por disposición de la ley, en virtud de circunstancias especiales.

IX.10.3. Artículo 8 del Código de Comercio

El legislador argentino determinó la materia de comercio a través de una enumeración, plasmando la misma en el artículo 8° del Código de Comercio. Dicha enumeración contenedora de distintos actos mercantiles posee dos grandes caracteres, a saber:

- **Demostrativa:** Dicha enumeración reviste el carácter de enunciativa, demostrativa o ejemplificativa, esto permite la existencia de otros actos mercantiles aún cuando no se encuentren especificados en los 11 incisos de dicho artículo. Ello surge del tenor del encabezamiento del mismo artículo 8° que utiliza la palabra “declara” (ello demuestra que los actos de comercio son preexistentes a la ley, lo que a su vez permite que existan otros no enumerados), y sobre todo del inciso 11 del mismo al decir: “Los demás actos especialmente legislados en este Código.
- **De Orden Público:** El principio de la autonomía de la voluntad (artículo 1197 Código Civil) no rige respecto de la determinación del carácter de comercial o civil de los actos. Es decir, si un determinado acto celebrado

entre partes reúne los requisitos para ser considerado mercantil, el mismo revestirá dicho carácter con prescindencia del carácter atribuido por las partes intervinientes. Por tal motivo, se puede afirmar que la referida determinación legal es de orden público, y como tal no puede ser derogado por la libre voluntad de las partes.

Como antes se dijo, la determinación conceptual del acto de comercio se encuentra circunscripto al derecho positivo, por ello es menester analizar el significado y alcance que el legislador otorgó al artículo 8° del Código de Comercio, especialmente al inciso 1° del mismo: *“Toda adquisición a título oneroso de una cosa mueble o de un derecho sobre ella para lucrar con su enajenación, bien sea en el mismo estado que se adquirió o después de darle otra forma de mayor o menor valor”*.

- **Adquisición:** Velez Sarsfield y Acevedo en el código de 1862 utilizaron la expresión “compra”, la cual por ser insuficiente fue reemplazada por la Comisión Reformadora de 1889, por la expresión “adquisición”, que amplía considerablemente sus alcances por ser más extensiva. Es la unión de la cosa con una persona determinada, que se convierte en su titular. Por ella, el titular del derecho adquiere una facultad de disposición, de uso o de goce sobre una cosa, o bien de exigir a otra persona alguna prestación. Así, la adquisición se refiere a los derechos y supone la incorporación de éstos al patrimonio de su titular. De esta forma, se incluyen todos los medios jurídicos que permiten que una persona se convierta en titular de un derecho (real o personal) sobre determinado bien, que se incorpora de ese modo a su patrimonio. Es decir, que por adquisición cabe entender no sólo lo adquirido por compra, sino también por cesión, permuta, dación en pago, locación, aporte en sociedad, mutuo o cualquier otro modo de contratación que lleve al mismo resultado de incorporar bienes al patrimonio. Se encuentran comprendidos no sólo el derecho de dominio pleno sobre las cosas sino también los derechos personales de uso o goce de ellas, como ocurre con la locación de cosas, pues en este caso, lo que se incorpora al acervo patrimonial del sujeto no es traslativo de dominio para él.
- **Título Oneroso:** Debido a esta característica, se requiere que existan contraprestaciones económicas entre las partes, aunque no es necesario que estas consistan en dinero, como ocurre en el caso de la permuta. A su

vez, esta adquisición debe devenir de un vínculo contractual, quedando excluidas las adquisiciones a título gratuito (ej. herencias, donaciones, legados, etc), las originarias (ej. apropiación, usucapión, etc), provenientes de delitos o cuasidelitos, las hechas con el trabajo corporal o intelectual (ej. cosechas, caza, pesca, etc).

- **Cosa Mueble:** El artículo 2318 del Código Civil, expresa: “*Son cosas muebles las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismas, sea que sólo se muevan por una fuerza externa, con excepción de las que sean accesorias a los inmuebles*”. A su vez, debe tomarse la expresión la expresión “cosas muebles” en sentido amplio, esto es, comprensiva de toda clase de bienes, materiales e inmateriales, con la sola excepción de los inmuebles. Quedan comprendidos en esta norma:
 - **Establecimientos Comerciales e Industriales: Fondos de Comercio.** Debe considerarse acto de comercio su compra y aún su arrendamiento, sea para explotarlo o para aportarlo a la constitución de una sociedad, en propiedad o uso. Asimismo, quedan alcanzados, los elementos inmateriales que integran el fondo de comercio, como son patentes de invención, marcas de fábrica y de comercio, nombre comercial, enseña, dibujos y modelos industriales, etc.
 - **La Electricidad.** Por bienes corporales debe entenderse, no sólo los que físicamente ocupan un lugar en el espacio (sólidos, líquidos o gaseosos), sino también los que, aunque escapan a la percepción de los sentidos, pueden ser objeto de derechos y, teniendo valor económico, de operaciones comerciales, como la electricidad. Esto a su vez, tiene su asidero legal en el agregado que realizó la Ley 17711 al artículo 2311 del Código Civil.
 - **El Trabajo Humano.** Si bien la comercialidad surge en la mayoría de los casos del hecho de que quien realiza la interposición en el cambio es un empresario y, por tanto, que tal comercialidad resulta del artículo 8° inciso 5. Amén de ello, aunque no sea lo más común, si un sujeto contrata a otro y lo hace con el objeto de lucrar con la utilización del trabajo que ese operario realiza, el acto es de comercio por imperio del artículo 8° inciso 1.

- **El Dinero.** La moneda de curso legal, desde el punto de vista jurídico, es el medio de pago por excelencia que tiene poder cancelatorio en el país. Debe considerárselo una cosa mueble, y en tanto se lo adquiriera con intención de lucro, se verifica la existencia de un acto de comercio, a las luces del artículo aquí analizado.
- **Derecho sobre la Cosa:** Desde el momento que pos “cosa” se entiende a todos los bienes materiales e inmateriales, naturalmente tenemos por comprendido en la norma todo derecho subjetivo patrimonial, personal o real, sobre ella. Ello tiene su fundamento legal en el Código Civil que permite la interpretación extensiva propuesta, ya que el mencionado cuerpo legal emplea la palabra “cosa” para los objetos incorporeales y también para los derechos.
- **Intención de Lucro:** La adquisición a la cual se hizo referencia en el punto a-, debe realizarse con la intención de lucrar con la ulterior enajenación, no siendo imprescindible que efectivamente se obtenga ganancia en forma directa e inmediata o que la reventa se realice, puesto que la comercialidad deriva de la función de especulación que realiza, naturalmente, el comerciante en su actividad de intermediación, y no del propósito de ganancia en el acto singular. La expresión “lucro”, debe entenderse en un sentido amplio, es decir, no debe limitarse su alcance al sentido de ganancia o beneficio específico, sino que también debe entenderse como una “intención de especular”, esto es, un propósito genérico de obtener un provecho, una ventaja o una ganancia, mediata o inmediata, o evitar pérdidas, o una pérdida mayor a la previsible si no se realizara la adquisición y enajenación de marras. De allí que acertadamente se ha otorgado carácter de mercantil a la compra que se realiza con el propósito de vender a pérdida por así convenir al negocio, como ocurre cuando se compra para evitar una caída del precio de determinada mercadería, o para procurarse rápidamente efectivo una situación de iliquidez, o comprar un fondo para cerrarlo y evitar la competencia.

Se ha determinado que la finalidad de lucro debe reunir los siguientes requisitos:

- La intención de lucrar debe ser *simultánea* a la adquisición, esto es, debe existir en el momento en que la cosa o el derecho se adquieren. Poco importa que luego se modifique o desaparezca tal intención, pues el acto ha quedado configurado con los elementos actuantes en el instante de su realización. Por otra parte, basta que exista la intención de obtener un beneficio económico, aunque el resultado no responda a la esperanza del adquirente. Así, quien compra cosa con intención de revenderlas a buen precio y luego, a causa de una súbita desvalorización o de una necesidad urgente de dinero, se ve obligado a venderlas a menos del precio de costo, realiza igualmente un acto de comercio.
- El propósito de lucro debe ser el *motivo principal y directo* de la adquisición, es decir, debe orientarse directamente a la transmisión de la cosa adquirida y a la eventualidad de una ganancia resultante de la intermediación entre las dos operaciones. Por eso no es mercantil la adquisición que no vaya dirigida a una ulterior transmisión lucrativa, sino a hacer posible el propio trabajo del que la realiza; ej: la compra del mármol por el escultor.
- El ánimo de especular debe ser *conocido o cognoscible* por el transmitente. Este último supuesto es una cuestión de hecho. La intención de especulación con la eventual reventa debe ser conocida o conocible, esto es, susceptible de conocer por la parte enajenante en caso de no figurar expresamente en el contrato, como ocurre cuando la contraparte puede informarse de determinadas circunstancias de hecho, ej. calidad de comerciante del adquirente, magnitud de las cantidades, relaciones anteriores, etc. Todo ello debido a que la intención de especular es jurídicamente relevante para el ordenamiento jurídico mercantil.
- **Enajenación:** La enajenación, es el desprendimiento voluntario de un derecho realizado por el sujeto o titular de mismo a fin de que sea adquirido por otro simultáneamente a ese desprendimiento. Así como la adquisición es la unión de un derecho a una persona determinada; la enajenación es el concepto correlativo, de la separación del derechos realizada voluntariamente por su titular a favor de otro adquirente. Por

consiguiente, ella puede referirse tanto a la transmisión de derechos reales como a la de derechos personales.

Inciso 2º: “... la transmisión a que se refiere el inciso anterior...”;

La transmisión no tiene por qué hacerse necesariamente al mismo título que la adquisición. Así, por ejemplo, puede comprarse una cosa para lucrar, no con su venta sino con su locación. En consecuencia, el hotelero que adquiere muebles y útiles para alojar a sus clientes, el que adquiere bicicletas, pianos, etc, para alquilarlos; el que adquiere libros, revistas, etc. para instalar una biblioteca, y cobrar el servicio de lectura, realizan actos de comercio. Son igualmente mercantiles la adquisición de víveres hecha pro el dueño del hotel o restaurante con el fin de revenderlos en el mismo estado o después de prepararlos a su consumidores.

Inciso 3º: “... las operaciones de cambio, banco y corretaje...”;

- **Operación de Cambio:** La moneda, independientemente de su función como medio de pago, puede ser objeto directo de operaciones mercantiles. El cambio es la “permutación de monedas de una especie por monedas de otra especie”. Se suele distinguir dos clases: *cambio manual*, que es la adquisición de monedas hechas por el cambista para lucrar con su enajenación especulando sobre las diferencias en el curso de los cambios monetarios. Y el *cambio a distancia*, consistente en el trueque de monedas por otras de especie distinta que han de entregarse en otro lugar.
- **Operaciones de Bancos:** Los bancos realizan su principal actividad interponiéndose entre la oferta y demanda de dinero. Por eso se la ha conceptualizado como la empresa intermediadora del crédito.
- **Operaciones de Corretaje:** El corretaje es una operación de mediación entre la oferta y la demanda, dirigida a provocar el acercamiento de las partes interesadas y la contratación directa entre ellas. Es una operación auxiliar del comercio cuyo objeto es preparar y facilitar la celebración de un contrato. El corredor se interpone entre las partes con el fin de obtener un lucro consistente en la retribución de su actividad intermediadora.

- **Operación de Remate:** La función de los martilleros que ofrecen la venta en público remate, es similar a la de los corredores, ya que ambos ponen en contacto a los interesados en realizar una operación de compraventa, aunque los martilleros tienen representación, de la que carecen los corredores.

Inciso 4º: “...Toda negociación sobre letras de cambio o de plaza, cheques o cualquier otro género de papel endosable o al portador...”;

Esta disposición se refiere a la comercialidad de los *papeles de comercio* y está inspirada en razones de orden práctico. Tiende a agilizar la circulación de estos documentos y la solución rápida de las cuestiones que puedan suscitarse. A su vez, la comercialidad de estos papeles es independiente del contrato –civil o comercial– en que tienen origen.

Inciso 5º: “...Las empresas de fábricas , comisiones, mandatos comerciales, depósitos o transportes de mercaderías o personas por agua o por tierra...”;

En este inciso aparece el tema de la “empresa”, que es uno de los tópicos de mayor actualidad y discusión en el derecho comercial. El Código, en este inciso, alude a una organización, y en virtud de ello declara actos de comercio los que realiza una empresa.

Un acto aislado como tal no es contemplado como acto de comercio y puede sin embargo caracterizarlo –aunque aislado– cuando es organizado en forma de empresa. Es decir, la organización, la estructura o la forma de su realización es la que otorga al acto la calidad de comercial y es también eso lo que determina el sometimiento a la legislación comercial. En este caso el término *empresa* no es usado en el derecho positivo exclusivamente como exteriorización de profesionalidad –aunque esto es lo más frecuente–, sino también para convertir un acto aislado civil, por el solo hecho de emanar de una forma de empresa, aunque ésta se hubiera organizado por o para ese acto aislado.¹⁴¹

¹⁴¹ Zavala Rodríguez, C. *Código de Comercio Comentado*. Tº I, pág. 53.

- ***Empresa de Fábrica:*** Es una organización empresarial que transforma las materias primas adquiridas, en nuevos productos sobre los cuales se especula. No es necesario que la empresa haya adquirido las materias primas en nuevos productos sobre los cuales se especula; la sola organización de ella importa el acto de comercio.
- ***Empresas de comisiones y mandatos comerciales:*** La organización de una empresa con el objeto de dedicarse a comisiones o mandatos comerciales es acto de comercio, con independencia del ejercicio real y efectivo de esa actividad. Pero también, conforme a los arts. 221, 222, 223 y 232 del Código de Comercio, es mercantil el acto aislado de comisión o mandato comercial.
- ***Empresas de depósitos:*** El depósito puede ser civil (art. 2182 C.C.), o comercial (art. 572 C.Com.). En cualquiera de estos casos, si el depósito lo recibe una empresa organizada con ese objeto, el contrato será acto de comercio.
- ***Empresas de Transportes:*** El acto aislado de transporte es civil. Para que revista el carácter de comercial se requiere la organización del transporte como empresa. Es preciso apuntar, que están incluidas en este inciso a las empresas de transportes aéreas, no obstante que se omitió enumerarlas en forma expresa, seguramente por la época en que fue sancionado el código.

Inciso 6°: “...*Los seguros y las sociedades anónimas, sea cual fuere su objeto...*”;

No merece mayores aclaraciones, ya que la ley ha sido clara. Los actos realizados por las empresas de seguros y sociedades anónimas (debería decir “Sociedades Comerciales”), son actos de comercio.

Inciso 7°: “...*Los fletamentos, construcción, compra o venta de buques, aparejos, provisiones y todo lo relativo al comercio marítimo...*”;

La expresión “comercio marítimo” es insuficiente porque no son sólo comerciales los actos que se refieren a la navegación efectuada en los mares. La ley debe expresar en su reemplazo “todo lo referente a la navegación”, porque así se significa lo que se incluye en la disposición, que es la navegación por agua (ver art. 206 C.Com.). Cualquier acto o hecho aislado, relacionado con la navegación, reviste

el carácter de mercantil aunque no persiga un fin de especulación o aunque no exista empresa.¹⁴²

Inciso 8º: “...Las operaciones de los factores, tenedores de libros y otros empleados de los comerciantes, en cuanto concierne al comercio del negociante de quien dependen...”;

Inciso 9º: “...Las convenciones sobre salarios de dependientes y otros empleados de los comerciantes...”;

Los factores y dependientes son auxiliares del comercio y como tales están comprendidos en la ley comercial. Igual cosa debe decirse con respecto a las convenciones sobre salarios de los dependientes y otros empleados de comercio.

Inciso 10º: “...Las cartas de créditos, fianzas, prenda y demás accesorios de una operación comercial...”;

Si el acto principal es comercial, el acto accesorio también lo es. No es que se presuma comercial, como lo establece el art. 5º C. Com., sino que la comercialidad es real y efectiva.

Inciso 11º: “...Los demás actos especialmente legislados en este Código”.

Este inciso es la clara muestra que la enumeración contenida en el artículo 8 no es taxativa, sino enunciativa.

IX.11. La Empresa

La noción de empresa surge en el campo de la economía política, para designar determinadas organizaciones de los factores de la producción. La naturaleza social del hombre le llevó desde muy pronto a descubrir las ventajas que significa el coordinar la acción de varios individuos y la utilización de instrumentos apropiados, conforme a un plan, para facilitar la consecución de sus propósitos. En el terreno económico, esta observación se tradujo en la tendencia a organizar los

¹⁴² Zavala Rodríguez, C. *Código de Comercio Comentado*. Tº I, pág. 66.

elementos productivos (hombres, utensilios, naturaleza) para aumentar la potencialidad de creación de bienes o prolongar su duración.

La función del comerciante consiste, fundamentalmente, en promover y facilitar la circulación de los bienes, lo que da por supuesta la existencia de éstos; y a la creación de ellos provee ordinariamente el fabricante o proveedor. Observando el proceso de la producción de los bienes con miras al cambio, se advierte que en él intervienen por lo común el trabajo humano, la naturaleza y el capital, en proporciones y modalidades muy variables.¹⁴³

Cuando la evolución y desarrollo del comercio va haciendo insuficiente el trabajo del artesano, surge la organización que lo sustituye. El comerciante o fabricante trabaja entonces por medio de esa *empresa*, con la que consigue la fabricación o concentración de los productos y su distribución adecuada entre la clientela.

Siguiendo en este tema a Fontanarrosa, el mismo distingue entre la empresa y el empresario. Aquella, es la actividad de organización de los factores de producción; o, en otros términos, es el ejercicio de una actividad económica organizada para ciertos fines, es decir, algo inmaterial. El empresario es la persona, física o jurídica, que crea la empresa, la organiza, la explota, aprovecha sus beneficios y soporta sus riesgos. En los casos en que el empresario es una persona jurídica, sus funciones son ejecutadas por los órganos de la corporación.

El Código de Comercio solo enunció cinco especies o categorías de empresas en su artículo 8 inc. 5º, pero sin definir las, motivo por el cual el intérprete debe buscar sus elementos conceptuales en los datos suministrados por la ley y aun fuera de ella, si éstos resultan insuficientes.

Jurídicamente, la empresa es este *quid* inmaterial y algo abstracto consistente en la actividad de organización. Junto a ella, y ocultándola un poco bajo el velo de su materialidad, se encuentra lo que modernamente se denomina la “hacienda”, que es el conjunto de los bienes organizados para la explotación de la empresa. Ese conjunto está constituido por cosas corporales (dinero, mercaderías, establecimiento, instalaciones), derechos (nombre comercial, enseña, marcas de

¹⁴³ Fontanarrosa, R. *Derecho Comercial Argentino*. (Parte General) – pág. 173.

fábrica, patentes de invención), créditos y deudas, y las relaciones jurídicas de diverso orden constituidas con el personal y la clientela, y esa especial aptitud de la hacienda para producir utilidades, conocidas con el nombre de *avviamento*.

El Código de Comercio se ocupa no tanto de regular el *fenómeno económico* de la empresa como de disciplinar la actividad del sujeto empresario y la *entidad jurídica hacienda* que va anexa a aquella actividad. Pero de todos modos interesa señalar que toda esa actividad compleja de organización (y por consiguiente todos los actos concretos que con ella se vinculan) es considerada acto de comercio (art. 8 inc. 5 C. Com).¹⁴⁴

Lo que imprime el sello comercial a la empresa es la predisposición y coordinación de los medios idóneos para cumplir un número más o menos considerable de operaciones; pero para que el empresario (osea, el titular de la empresa) adquiera calidad de comerciante, es menester que la explote en forma habitual y profesional (art. 1º C. Com.). En otros términos: la empresa es acto objetivo de comercio, considerada como organización de actividades, porque su estructura técnico-jurídica es apta para desarrollar estable y sistemáticamente (profesionalmente) las operaciones que constituyen su objeto; en tanto que el empresario será considerado comerciante cuando real y efectivamente explote las operaciones de la empresa, haciendo de ello su profesión habitual.

La empresa constituye, tanto jurídica como económicamente, un complejo indivisible. Toda ella, como actividad organizada, es acto de comercio objetivo; y esa comercialidad envuelve a todos y cada uno de los actos particulares mediante los cuales se despliega esa actividad. No hay posibilidad de establecer distinciones fundadas en la distinta naturaleza de las actividades desarrolladas en las diversas secciones de un establecimiento; por ello todos los contratos constitutivos de la empresa, los de adquisición de materias primas y los de venta de los productos elaborados, los de trabajo celebrados con los dependientes y empleados, y tanto las operaciones principales como las accesorias, y aun los actos ilícitos conexos con las constitución y explotación caen dentro del régimen de la comercialidad.

Así, la empresa es la organización que permite poner en movimiento todos los elementos o factores dirigiéndolos hacia una mayor producción de beneficios,

¹⁴⁴ Fontanarrosa, R. *Derecho Comercial Argentino*. (Parte General) – pág. 180.

siendo, pues, el elemento esencial y definitivo del concepto económico de la empresa que confiere a éste carácter unitario; todo ello la diferencia de la hacienda, que es un elemento netamente patrimonial y concreto, en tanto conjunto de bienes que utiliza el sujeto –persona física o jurídica- para el desarrollo de su actividad comercial y a la empresa como un elemento netamente espiritual y abstracto. Esta distinción doctrinal se fundamentó en que la empresa, si bien necesita la base del otro elemento (hacienda) , éste es sólo un mero instrumento de aquella, pero no es parte integrante de ella.

Ahora bien, para lograr ese destino o finalidad común, se coordinan funcionalmente todos los elementos de la hacienda, aunque materialmente se hallen dispersos. Muchas veces ocurre que la magnitud de la explotación emprendida origina la necesidad de extender el campo de acción de la empresa. Juntamente con el establecimiento principal –y bajo la dirección y contralor de éste- es preciso organizar establecimientos secundarios para atender las necesidades de la clientela ubicada en lugares alejados, ya sea en la misma plaza o en plazas distintas.

Estas necesidades originan dos fenómenos de naturaleza diversa, que es menester distinguir cuidadosamente: uno de ellos consiste en la simple irradiación exterior de la empresa y se traduce en la creación de sucursales y agencias y también en lo que se ha llamado “negocios en cadena”. El otro fenómeno es conocido por concentración de empresas y da lugar a la formación de las filiales. Por ello, debemos precisar los siguientes conceptos:

Sede Principal: es donde el empresario tiene el asiento principal de la administración de los negocios. Si se trata de un comerciante individual, allí estarán las oficinas desde donde dirige la empresa y se centraliza su contabilidad. Si se trata de una sociedad, la sede principal será el lugar donde residen y funcionan los órganos de gobierno y administración. Este lugar puede no coincidir con el de la sede de la explotación principal, esto es, el lugar donde se realizan las operaciones técnicas de la empresa (fábrica, talleres, etc.).

Sucursal: es un establecimiento secundario, de carácter permanente, dotado de relativa autonomía, destinado a colaborar en la explotación realizada por el establecimiento principal. Lo que caracteriza a la sucursal son las siguientes notas:

- es una simple extensión de la empresa, a la que está subordinada y tiene el mismo objeto;

- tiene una instalación material distinta de la del establecimiento principal;
- está a cargo de un factor o gerente dotado de cierta libertad de acción, si bien subordinado a las directivas impuestas por las administración central;
- tiene una clientela, por lo común, distinta de la del establecimiento principal;
- la existencia de la sucursal no afecta en modo alguno la unidad patrimonial de la empresa. Esta última constituye la titular de todo el patrimonio, motivo por el cual, los acreedores de la sucursal pueden perseguir el cobro de sus créditos contra el patrimonio de la empresa.

Filial: es una forma de participación financiera de una sociedad en otra y responde a un fenómeno o tendencia hacia la concentración de las empresas. La filial, es una sociedad jurídicamente independiente de la llamada sociedad madre; pero es económicamente dependiente de ella. Dicho de otro modo, la filial es una sociedad provista de personalidad jurídica, de patrimonio propio, regida por los propios estatutos y por sus propios órganos de gobierno y de administración. En síntesis, la filial es una sociedad distinta e independiente, jurídicamente de la madre, ya que cada uno tiene su patrimonio propio y posee sus propios establecimientos.

IX.12. La Hacienda Mercantil

La hacienda es un conjunto de bienes de naturaleza heterogénea organizados por el empresario para la explotación de la empresa. Esa heterogeneidad ha impuesto la necesidad de proceder a una clasificación de ellos, para poder comprender la estática y la dinámica de la hacienda.

El artículo 1º de la Ley 11.867 esboza una enumeración de bienes que dista de ser exhaustiva, pero que sirve de orientación para señalar los elementos que con mayor frecuencia aparecen integrando un fondo de comercio. La enumeración contenida en el precepto no es taxativa y las partes que conciertan un negocio de enajenación de un establecimiento comercial quedan en libertad para incluir otros bienes además de los enumerados o para excluir algunos de ellos.

La hacienda comercial es un conjunto de bienes heterogéneos, pero tales bienes no aparecen meramente yuxtapuestos caóticamente, sino, por el contrario, se manifiestan como vinculados entre sí por una interdependencia funcional

establecida por el empresario mediante una organización adecuada y tendiente a posibilitar y facilitar el ejercicio de su actividad de empresa. Esta organización confiere al establecimiento un marcado carácter de unidad, tanto económica como administrativa, puesto que aquella importa, en sustancia, una actividad dirigida a predisponer y utilizar los medios económicos y jurídicos disponibles por el empresario para lograr una finalidad determinada.

El fondo de comercio (o hacienda comercial) es un conjunto de fuerzas productivas, derechos y cosas, que tanto interior como exteriormente se presenta como un organismo, con perfecta unidad, por los fines a que tiende, que no son otros que la obtención de beneficios en el orden comercial e industrial.¹⁴⁵

Muchas son las clasificaciones que se han realizado de los elementos que componen la hacienda mercantil, pero siguiendo a los autores antes mencionados, los mismos exponen, que hay “*elementos estáticos*”, que pueden ser *incorporales* o *corporales*; los primeros están constituidos por el derecho al nombre y a la enseña, al local, a la explotación de determinados servicios o inventos, al uso de determinadas marcas o formas u otras propiedades artísticas, etc; los *corporales*; son las instalaciones, maquinarias, útiles, mercaderías, etc. También están los “*elementos dinámicos*”, que está constituido por su capacidad (condiciones o aptitudes) como organismo fructífero, esto es, por un lado, el crédito de que goza en los círculos económicos y financieros, y que le permiten la obtención de recursos para el desarrollo satisfactorio de sus actividades o para ampliarlas, y la adquisición en condiciones favorables de las cosas necesarias para el desenvolvimiento de la entidad, y por el otro, la *fama o nombradía* ante el público, que se debe a su ubicación, aspecto, organización, propaganda, procederes, surtido, calidad y precio de los artículos, etc, en una palabra, la atracción que ejerce en el público y que determina lo que se llama *clientela*.

Este *elemento funcional*, económicamente se objetiviza en las ganancias que produce el fondo con relación al capital o giro, es el que la doctrina italiana llama *avviamento*, y en nuestro país se conoce con el nombre de *llave*.

¹⁴⁵ Fernández R.; Gómez Leo, O. *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial*. Tº I – pág. 394.

CAPÍTULO X

SOCIEDADES COMERCIALES

CAPITULO X

SOCIEDADES COMERCIALES

X.1. Concepto

Artículo 1 Ley 19550: “Habrá sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas”.

Esta definición se abstiene de caracterizar a la sociedad como un contrato; y en el artículo siguiente destaca que es un sujeto de derecho. Entonces, reducir el concepto de sociedad a un contrato significa ignorar su existencia como ente dotado de personalidad con todas las consecuencias que esto significa.

Es dable destacar, que dentro del régimen anterior el criterio diferenciador entre sociedades comerciales y sociedades civiles radicaba en el objeto, es decir, en la actividad económica para la cual se había constituido la sociedad a fin de lograr el lucro destinado a ser repartido entre los socios. El art. 282 del C. Comercio consagró como una excepción a ese criterio general, la comercialidad de las sociedades anónimas en razón de su tipo, cualquiera fuera su objeto. La Ley 19550 abandonó el criterio de la comercialidad de la sociedad en razón de su objeto, ya que según lo expresado en su artículo 1º la sociedad será comercial, cuando se constituya “conforme a uno de los tipos previstos en esta ley” sin hacer ninguna referencia a que el objeto debe ser de naturaleza mercantil.

Del análisis de la definición legal resultan los siguientes elementos caracterizantes:

Pluralidad de Partes: El artículo dice “*dos o más personas*” en vez de dos o más partes. Al igual que se explicó al tratar el tema de contratos, se entiende por “parte”, un centro de interés jurídico, y resulta de la definición legal que es esencial la pluralidad de partes, con lo cual se rechaza toda discusión sobre la posible admisión de sociedades que han quedado concentradas en una sola persona. La pluralidad de socios es parte de la existencia de la sociedad y debe mantenerse durante toda su existencia (Ver art. 94 inc. 8° L.S.). El fundamento legal del requisito exigido por la ley radica en la concepción contractual de la sociedad y el régimen del patrimonio.

Tipicidad: Consiste en la disciplina legislativa particular impuesta a las sociedades, disciplina que permite diferenciar unas de otras a través de ciertos requisitos esenciales que les son propios. El artículo 1° de la Ley 19550 impone el principio de la tipicidad con un doble alcance:

- El tipo societario adoptado determina el carácter mercantil de la sociedad con independencia del objeto para el cual se ha constituido.
- La tipicidad está adoptada como principio de orden público, pues según el art. 17 es *nula* la constitución de una sociedad de los tipos no autorizados por la ley. “...*La adopción de tipos legislativamente establecidos ad solemnitatem y la sanción de nulidad para las sociedades formadas en apartamiento de ellos (art. 17), responden al convencimiento de que serios trastornos sufriría la seguridad jurídica en caso de admitirse un sistema opuesto...*”. (Exposición de Motivos Ley 19550). Uno de los principales fundamentos del requisito de la tipicidad es la seguridad para los terceros. El derecho de sociedades se ocupa principalmente de las relaciones de los socios entre sí y con los órganos del ente social; pero también le interesan las relaciones que establece la sociedad con los terceros. Los derechos de los terceros dependen en gran medida de la forma en que la sociedad está organizada; por ello sería peligroso para los terceros que se reconociera a los socios una total libertad sobre este aspecto. Quien contrata con una sociedad sabe (o puede saber) cuál es su estructura, quién puede actuar en su nombre y cuál es la garantía con que cuenta, según el tipo de que se trate. Por otra parte la protección a los

terceros contempla en su medida el interés bien entendido de la propia sociedad, pues si faltare una seguridad suficiente nadie admitiría tratar con ella, lo cual le priva de clientes, de proveedores de crédito.¹⁴⁶ Conteste con ello, se ha dicho: “La tipicidad ha sido adoptada por la Ley 19550 como un principio de orden público que consiste en la adecuación contractual a uno de los distintos esquemas normativos preestablecidos por la ley, de conformidad con normas inderogables, y en razón de la estructura legislativa impuesta por el legislador a causa de las distintas necesidades que hay que satisfacer”.¹⁴⁷ El requisito apunta pues a brindar a los interesados un marco de normas jurídicas dentro de las cuales deberán encuadrar la forma que ha de adoptar la sociedad que constituyen. El fundamento de la tipicidad radica en la seguridad jurídica que otorga, no sólo a los socios, sino también a quienes contratan con la sociedad, pues del conocimiento del tipo social surgirán la modalidad a que pertenecen dicha persona jurídica, la responsabilidad de los socios, el régimen de administración, gobierno y fiscalización correspondiente, etc.¹⁴⁸

Organización: El art. 1º de la Ley 19550 dice que “*habrá sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada...*”. La referencia al concepto de organización tiene un triple significado:

- Se refiere a la necesidad de que exista una regulación que determine el régimen de los diversos órganos societarios (administración, gobierno, fiscalización) y los derechos y obligaciones de los socios entre sí y con respecto al ente social.
- La necesidad de que los aportes se realicen para una explotación en común, coordinándose los bienes y esfuerzos en un sentido unitario, en procura de un fin único.

¹⁴⁶ Farina, J. *Compendio de Sociedades Comerciales* – pág. 27.

¹⁴⁷ Richard, E.; Escutti, I.; Romero, J. *Manual de Derecho Societario* – pág. 12.

¹⁴⁸ Nissen, R. *Ley de Sociedades Comerciales*. Tº I – pág. 38.

- Ligado al anterior, implica una relación con la idea económica de empresa, que constituye la actividad normal de las sociedades mercantiles, aunque no exclusivamente.

Aportes: Este es un requisito esencial para la constitución de una sociedad, que cada uno de los socios se obligue a efectuar un aporte, consista éste en una obligación de dar o en una obligación de hacer. Estos a su vez, permite la formación del patrimonio con que la sociedad deberá desarrollar las actividades necesarias para el cumplimiento del objeto social. Sin aporte no hay patrimonio, y sin patrimonio no puede existir sociedad en tanto aquel constituye una manifestación de su personalidad jurídica.

Producción o intercambio de Bienes o Servicios: Producir, es crear nuevas utilidades. Y estas utilidades se obtienen no sólo mediante la creación de una sociedad nueva, sino también mediante el disfrute de una cualidad nueva. En cuanto a la producción o intercambio de servicios posibilidades son innúmeras y comprende todo tipo de actividad que tienda a este resultado mediante la organización sistemática de un conjunto de elementos de trabajo para satisfacer necesidades de terceros que no implican creación o modificación de cosas materiales.

Participar en los Beneficios y Pérdidas: Los socios de una sociedad deben participar de los beneficios y soportar las pérdidas si las hubiere. A su vez, este enunciado se encuentra luego consagrado como requisito esencial en el artículo 13 incisos 1º, 2º y 3º L.S. Según el artículo 11 inc. 7º L.S. en el instrumento constitutivo de la sociedad deberá establecerse las reglas para distribuir las utilidades y soportar la pérdida, y en caso de silencio, será en proporción de los aportes.

Affectio Societatis: Varias son las definiciones aportadas por la jurisprudencia: "...voluntad de cada socio de adecuar su conducta y sus intereses personales, egoístas y no coincidentes a las necesidades de la sociedad...", "...disposición anímica activa de colaboración en todo lo que haga al objeto de la sociedad...", "...carencia de relación de dependencia para obtener finalmente un beneficio a dividir entre los socios, que es la intención que los ha guiado para formar una sociedad...". Sin embargo, y a pesar de la inclusión, por nuestros tribunales, de la *affectio societatis* entre los elementos propios de la sociedad, se ha cuidado mucho de identificar a la misma con la existencia de un permanente estado de concordia entre los socios, por lo que se ha concluido, mayoritariamente, por negarle a la inexistencia de ese elemento suficiente virtualidad disolutiva. La intención de

integrar una sociedad comprende postergar los propios intereses en pro del cumplimiento del objeto social, colaborando activamente para que ese objetivo pueda ser desarrollado. Pero no puede haber identificación posible entre la *affectio societatis* y la amistad o cordialidad, sino que aquella impone al socio una serie de conductas –en especial su ánimo de colaboración y su lealtad hacia los fines societarios- que, como es obvio, supone frecuentes cambios de opiniones y discrepancias, lógicos en toda comunidad de intereses.¹⁴⁹

X.2. Clasificación de las Sociedades Comerciales

Las Sociedades Comerciales han sido clasificadas en:

Sociedades de Personas (*intuitus personae*) o por Parte de Interés: Prima la persona del socio por sobre el capital que el mismo aporta. La consideración de la personalidad de cada socio, sus condiciones económicas, morales y habilidad para los negocios es lo que determina su constitución y funcionamiento; lo cual no tiene tanta relevancia en las sociedades de capital. Las partes de interés pueden ser de desigual valor, son intransferibles salvo acuerdo de la totalidad de los demás socios e implican para su titular una responsabilidad solidaria e ilimitada (aunque subsidiaria) por las obligaciones sociales. Pertenecen a esta categoría, las sociedades colectivas, de capital e industria, encomanditas simples y por acciones en cuanto a los socios comanditados.

Sociedades de Capital (*intuitus rei*) o por Acciones: Lo importante es el capital que aportan los socios, siendo indiferente las calidades personales de los socios. Cada acción deben ser de igual valor, representándose por títulos accionarios, y las mismas son transferibles. Situamos aquí, las sociedades anónimas, y los socios comanditarios de las sociedades encomanditas.

Sociedades Mixtas o por Cuotas: Se ubican en el medio de los extremos antes enunciados, por revestir tanta importancia el capital y la persona de cada uno de los socios. Así, si bien la sociedad se constituye “*intuitae personae*” y la calidad de socio no puede ser cedida sino con el consentimiento de los otros, o del Juez, en su caso, en otros aspectos, cuenta el factor capital, como en los casos de renuncia,

¹⁴⁹ Nissen, R. *Ley de Sociedades Comerciales*. Tº I – pág. 50.

incapacidad o muerte de un de los socios no incide en la existencia de la sociedad. Las cuotas deben ser de igual valor, y el contrato de sociedad puede limitar la transmisibilidad de las cuotas, pero no prohibirla. Así, son lícitas las cláusulas que requieran la conformidad mayoritaria de los socios o que confieran un derecho de preferencia a los socios o a la sociedad. No lograda esta conformidad el cedente puede recurrir al juez para que resuelva al efecto. Pertenecen a este grupo, las sociedades de responsabilidad limitada.

X.3. Personalidad Jurídica de las Sociedades

Artículo 2 Ley 19550: “La sociedad es un sujeto de derecho, con el alcance fijado en esta ley”.

Ratificando lo dispuesto por el artículo 33 del Cód. Civil, que pusiera fin a la polémica sobre el carácter de sujeto de derecho de las personas jurídicas de carácter privado, el artículo 2º L.S., declara expresamente la calidad de sujeto de derecho que la sociedad reviste. Como consecuencia de ello, la sociedad constituye una entidad jurídica diferente de los miembros que la componen (art. 39 C.C.), con capacidad suficiente para adquirir derechos y contraer obligaciones.

La personalidad jurídica es el efecto del acto constitutivo de una persona jurídica de carácter privado. Constituye un privilegio otorgado por el legislador, fundado en evidentes razones de conveniencia práctica, no sólo en beneficio de los socios, sino fundamentalmente en el interés de los terceros y del comercio en general.

Mediante el recurso de dotar a la sociedad de personalidad jurídica, confiriéndosele a la misma el carácter de sujeto de derecho, asimilándola a una persona de existencia visible, la ley otorga a la sociedad aptitud suficiente para exteriorizarse en el mundo de los negocios, con un nombre y domicilio propio, con un patrimonio independiente al de los socios que la integran y con capacidad para adquirir por sí y para sí derechos y obligaciones.¹⁵⁰

¹⁵⁰ Nissen, R. *Ley de Sociedades Comerciales*. Tº I – pág. 57.

La sociedad es una persona jurídica, y por ende posee una personalidad distinta a cada uno de los socios que la conforman. Tan es así, que estos socios, pueden ser socios de otras tantas sociedades como quieran, e inclusive dados ciertos requisitos contratar con la misma sociedad. Lo relevante, es que el patrimonio e intereses de los socios no se confunden con el de la sociedad.

Ahora bien, dijimos que la personalidad es un privilegio, en razón de ello, los socios deben procurar que los actos de la sociedad sean coherentes con los fines para los cuales el legislador permitió su existencia. Cuando ello no se transgredí, es decir, la utilización de la persona jurídica para fines ilícitos, extrasocietarios, etc., constituye un abuso de la personalidad, encuadrable en la figura del Abuso del Derecho (art. 1071 C.C.)

La ideada utilización del contrato de sociedad para encubrir fines ilegítimos o contrarios al espíritu del legislador, el cual, al otorgar personalidad jurídicas a las sociedades, permite la actuación de un sujeto de derecho diferente a la persona de los socios que la integran, explica la necesidad de poner límites a los beneficios de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales.

Esta es la orientación de la Ley 19550, reforzada por la ley 22903 (arts. 2 y 54, últ. Párr. L.S.) que se funda en las mismas razones de practicidad que inspiran el otorgamiento de la personalidad jurídica.

Entonces, por solo el acuerdo de voluntades de dos o más socios se creará una sociedad, que es una persona jurídica. Ello será respetado, en tanto y cuanto se cumplan las siguientes condiciones:

a.- que la sociedad haya sido constituida y actúe con fines lícitos, leales y sinceros (art. 953 C.C.);

b.- que desarrolle el fin societario para el que fue creada, esto es, para la *“producción o intercambio de bienes o servicios”*;

c.- que internamente se cumpla con las normas de funcionamiento que la Ley 19550 prevé para cada tipo social

En caso que no se respeten las pautas antes mencionadas, deberá aplicarse el artículo 54, último párrafo que bajo el título: *“Inoponibilidad de la Persona Jurídica”*, dispone: *“La actuación de una sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, o constituya un mero recurso para violar la ley, el orden*

público o la buena fe, o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los prejuicios causados”.

La expresión “actuación” es comprensiva de cualquier acto emanado de los órganos de la sociedad, en los cuales se exprese la voluntad de esta, con lo que la norma comprende no sólo a aquellas maniobras que tenga como víctimas a los terceros ajenos a la sociedad, sino a alguno de sus integrantes, cuyos derechos pueden ser violados a través de conductas consumadas por el ilegítimo empleo de las formas societarias.

El artículo 54 L.S., no limita la operatividad de la norma a los actos ejecutados por la sociedad en violación de la ley, el orden público, la buena fe o los derechos de los terceros, sino que ha extendido sus alcances a la actuación de quienes se han valido de la estructura societaria para lograr con ello fines extrasocietarios, es decir, cuando no hay ilegitimidad ni dolosa frustración de derechos de terceros, sino simplemente provecho de los beneficios que la ley otorga a las sociedades comerciales o a sus integrantes, cuando aquella no cumple ninguna actividad productiva o intermediadora de bienes y servicios.

Las consecuencias de la aplicación de este artículo son dos:

a.- Imputación a los socios o controlantes de la actuación ilegítima o extrasocietaria del ente; esto es, la aplicación concreta para ellos de las normas que quisieron ser evitadas tras la máscara de una sociedad mercantil. Por ej: cuando se trata de esconder un condominio bajo la forma de una sociedad, el condómino vestido de socio podrá exigir la división del mismo.

b.- Satisfacción por los socios o controlantes que hubieran hecho posible esta actuación, de los daños y perjuicios correspondientes que resulten consecuencia de esa manera de actuar.

La declaración de inoponibilidad significa, que la persona jurídica no podrá ser opuesta a los terceros, y en consecuencia, los socios o controlantes que hicieron posible esa conducta disvaliosa para perjudicar a terceros, deberán responder personalmente con todo sus patrimonios por los daños causados.

Explica Vítolo, el art. 54 *in fine* L.S., imputa al socio o al controlante las consecuencias del acto societario, por lo que se dirige la acción contra aquellos, eludiendo a la sociedad, que se interpone en el camino como sujeto distinto de aquel.

El socio no responde por la desafectación de un mecanismo societario, sino en virtud de que directamente, derechamente, se le imputan a él las consecuencias de un determinado acto¹⁵¹.

Existe un típico ejemplo: si una sociedad legítimamente constituida, se convierte en titular de un inmueble de sus socios a través de una transferencia simulada, para constituir o facilitar la insolvencia de su transmisor (socio), la aplicación del art. 54 L.S., permitirá al acreedor de ese socio, hacer abstracción de la personalidad del sujeto de derecho (sociedad) y ejecutar ese bien, como si nunca hubiese cambiado de titularidad.

Para concluir, reiteramos, la inoponibilidad de la personalidad jurídica no importa la nulidad ni la disolución de la sociedad, sino sólo la prescindencia de los efectos de la personalidad, esto es, la imputación directa de los efectos del acto ilícito o extasocietario subsistiendo la normativa societaria en todo lo demás.

X.4. Forma y Prueba y Procedimiento

Artículo 4º Ley 19550: “El contrato por el cual se constituya o modifique una sociedad, se otorgará por instrumento público o privado”.

Como primer requisito formal, la Ley de Sociedades exige que el contrato se instrumente bajo la forma escrita. Los otorgantes pueden, en consecuencia, optar por uno u otro medio, salvo para los supuestos de sociedades por acciones, que necesariamente deben constituirse por instrumento público. Optándose por el instrumento privado para la constitución de sociedades, en aquellas a las cuales la ley no impone el instrumento público, se exige la ratificación de los otorgantes por ante la autoridad de contralor, salvo los casos en que la firma de aquellos sea autenticada por escribano público u otro funcionario competente.

Artículo 5 Ley 19550: “El contrato constitutivo o modificatorio se inscribirá en el Registro Público de Comercio del domicilio social, en el término y condiciones de los artículos 36 y 39

¹⁵¹ Vítolo, D. R. *La persona jurídica en materia societaria*, LL, 1990-D-838.

del Código de Comercio. La inscripción se hará previa ratificación de los otorgantes ante el juez que la disponga, excepto cuando se extienda por instrumento público, o las firmas sean autenticadas por escribano público u otro funcionario competente...”.

Como ya se expresó oportunamente, la finalidad que cumple el Registro Público de Comercio consiste en dar publicidad a los actos que en él se inscriben, a fin de que los mismos puedan ser oponibles a terceros, entre los cuales se encuentra por lógica todo lo relacionado con la inscripción de las sociedades comerciales, como así también las modificaciones que pudieran realizarse en su objeto, estatutos, reglamentos, etc; y por lógica la disolución de la misma.

Artículo 6 Ley 19550: “El juez debe comprobar el cumplimiento de todos los requisitos legales y fiscales. En su caso dispondrá la toma de razón y la previa publicación que corresponda”.

Conteste con lo dispuesto por el artículo 34 del Cód. Comercio (el secretario a cargo del Registro Público de Comercio será responsable por la exactitud y legalidad de sus asientos), la Ley de Sociedades otorga al juez de la inscripción facultades de comprobación de los requisitos legales y fiscales, en oportunidad de controlar el documento cuya inscripción se solicita. Remitimos a lo expuesto en Capítulo IX, punto 8.1.

Artículo 7 Ley 19550: “La sociedad sólo se considera regularmente constituida con su inscripción en el Registro Público de Comercio”.

Dicha inscripción está impuesta a los fines de otorgar publicidad al acto y de esa manera hacer oponible a los terceros el contenido del mismo.

La inscripción del contrato constitutivo de la sociedad mercantil no es requisito de su existencia ni incide sobre su personalidad jurídica, de la cual ya goza con el mero acuerdo de voluntades de sus integrantes, destinado a constituir la. De manera tal, que debemos atender lo dispuesto en el artículo 7 de la L.S., interpretando literalmente el mismo, de que toda sociedad que no se encuentra inscrita en el Registro Público de Comercio no está *regularmente constituida* o lo que es lo mismo, debe ser considerada irregular, y por lo tanto, sometido a las normas de los arts. 21 a 26 de la L.S. hasta tanto se inscriba la misma. No obstante

ello, debe tenerse presente que para las sociedades en formación, hay compatibilizar el artículo 7º con los artículos 183 y 184 del mismo cuerpo legal.

X.5. Instrumento Constitutivo

El artículo 11 de la Ley 19550 contiene en sus nueve incisos los requisitos que debe contener el contrato de la sociedad, bajo sanción, en principio de nulidad (art. 17 L.S.). Entre ellos, se requiere lo siguiente:

Datos Personales de los Socios: Esto responde a diversos fines, tales como el estado civil requerirá o no la conformidad del cónyuge en casos de cesión de cuotas o partes de interés; la nacionalidad sirve para determinar como se compone y quienes constituyen el grupo de control de una sociedad cuando por razones de interés público interesase saberlo; la profesión permite determinar posibles incompatibilidades; etc.

Razón Social o Denominación: Es el nombre de la sociedad, ya que atento de tratarse de una persona, el mismo es un atributo inherente de la personalidad. La razón social, se reserva para aquellas sociedades en que los socios comprometen su responsabilidad en forma ilimitada y solidaria por las deudas sociales. Esto implica, la inclusión del nombre de los socios, a fin de revelar a los terceros la veracidad sobre los responsables. La Ley de Sociedades no prohíbe a las sociedades de personas o por parte de interés utilizar un nombre de fantasía –denominación social– pero si en el nombre se incluye al patronímico de una persona física, debe necesariamente corresponder al de uno de sus integrantes. La exigencia legal apunta a la protección de la regla de veracidad que está ínsita en el nombre societario, que exige la indicación del tipo social a los efectos de dar certidumbre a los terceros sobre la naturaleza y extensión de la responsabilidad de los socios, el sistema de representación del ente, etc. La omisión del mismo autorizaría a los terceros a suponer la existencia de una sociedad no regularmente constituida –irregular o de hecho– o empresa individual, donde la responsabilidad de los socios que la integran o del comerciante titular de aquella es ilimitada.¹⁵²

¹⁵² Nissen, R. *Ley de Sociedades Comerciales*. Tº I – pág. 141.

Domicilio Social: La mención del domicilio de las sociedades en el contrato constitutivo es requisito esencial, en tanto el mismo importa uno de los atributos de la personalidad jurídica, por lo cual es necesario y único. El domicilio aludido, es el que se encuentra dispuesto en el artículo 90 inciso 3° del Código Civil. Dado que el domicilio es un atributo inherente de la persona, no se concibe su inexistencia motivo por el cual se determina nula una sociedad que no constituye un domicilio, no obstante lo cual la omisión puede subsanarse hasta su impugnación judicial. A su vez, el domicilio sirve para determinar la aplicabilidad de la ley del lugar de éste, la competencia de los jueces y la competencia de los órganos administrativos.

Objeto Social: “Es la actividad económica en vista de la cual se estipula el contrato de sociedad y a través de él, el organismo societario se manifiesta y desenvuelve” (Zaldivar, E.). El objeto social, es indispensable para los siguientes fines:

- Delimita la actividad económica que desarrolla la sociedad, la cual deberá estar incluida dentro de todos los actos tendientes a la producción o intercambio de bienes o servicios;
- Sirve a los fines de precisar el *fin societario* (art. 54 *in fine* L.S.). En virtud de ello, constituye un elemento de garantía para los socios y los terceros, pues delimita la capacidad del ente, el cual sólo responderá por los actos celebrados por sus administradores o representantes, que no sean exorbitantes al objeto (art. 58, párr. 1° L.S.).
- Determina cuales son las actividades en competencia ostentan los administradores en las sociedades por parte de interés y los directores en las sociedades anónimas, así como los contratos que en virtud de ello pueden los mismos realizar.

Por otra parte, el Objeto Social debe reunir los siguientes requisitos:

- **Posible:** Tiene que ser susceptible de ser llevado a cabo, por lo tanto, si la imposibilidad sobreviene, deberá disolverse la sociedad (art. 94 inc. 4 L.S.); en tanto, que si la imposibilidad es preexistente, la sociedad es nula
- **Lícito:** Si la ilicitud es anterior a la constitución de la sociedad, ésta incurre en la nulidad prevista en el artículo 18 L.S., con todos los efectos allí previstos. Pero si la ilicitud es consecuencia de una disposición legal

dictada con posterioridad al contrato social, los efectos de la nulidad en torno a la responsabilidad de los socios previstas por esa norma, podrán ser evitadas si los mismos resuelven disolver la sociedad, en los términos del art. 94 inc. 4º L.S.

- *Preciso y Determinado:* Supone que las actividades comprendidas en el objeto social deben estar perfectamente individualizadas, aún cuando las mismas sean varias o diferentes. Lo que la norma requiere, es concreción apuntando a la eliminación de cláusulas ambiguas.

Capital Social: Se compone con el total del valor de los aportes efectuados por los accionistas al constituirse el ente. Por ello, permite medir la solvencia de la sociedad al momento de su constitución y la posibilidad de cumplir con el objeto social estipulado. Atendiendo al funcionamiento interno, determina el grado de participación de los socios en las utilidades y pérdidas, en caso de silencio del contrato, fija el quórum y las mayorías necesarias para la celebración de las asambleas en las sociedades por acciones. Respecto de los terceros, no mide la solvencia de la sociedad, función que solo puede cumplir el patrimonio de la persona jurídica.

Plazo de Duración: Éste debe ser determinado, e interesa 1- a la sociedad, porque durante el mismo gozará de capacidad plena e irrestricta para desarrollar el objeto social; 2- a los socios, porque su existencia indicará el tiempo durante el cual se mantendrán unidos, mancomunados esfuerzos para obtener utilidades; 3- a terceros, acreedores sociales y particulares de los socios, pues cuentan con expectativas diferentes según el contrato esté vigente o no.

Organización de la Administración, Fiscalización y Gobierno: En las sociedades de interés, en que la responsabilidad de los socios es solidaria e ilimitada, la Ley ha estructurado un esquema de organización simple, en el sentido que en principio lo pone en manos de todos ellos. A diferencia de ello, en otros tipos sociales, tales como las sociedades anónimas, se tiende a identificar con la mayor claridad posible la función que desempeñará cada uno de los órganos, siendo incompatible que la administración y fiscalización estén a cargo de todos los asociados en forma indistinta.

Reglas para Distribuir Utilidades y Soportar Pérdidas: En caso de silencio en el contrato de alguna cláusula que determine tales aspectos, deberá realizarse la distribución en proporción a los aportes de los socios.

Cláusulas necesarias para que puedan establecerse con precisión los derechos y las obligaciones de los socios entre sí y respecto de terceros: Son cláusulas facultativas, que por ende pueden o no estar incluidas en el contrato.

Cláusulas atinentes al funcionamiento, disolución y liquidación de la sociedad: También éstas pueden estar ausentes en el contrato social, y coincidentemente con ello, el art. 102 LS, prevé que la liquidación de la sociedad estará a cargo del órgano de administración, salvo estipulación en contrario. Respecto la disolución el artículo 89 L.S. prevé que pueden incluirse en el contrato causales de resolución y de disoluciones no previstas en la ley.

X.6. La Condición de Socio

El socio, por su condición de tal, asume una serie de derechos y obligaciones frente a la sociedad y ante los demás socios, del más variado contenido. Así asume una cantidad de derechos y deberes, algunos de los cuales son establecidos por la ley y son irrenunciables, y derivan de formar parte de esa organización que es la sociedad. Pero cabe señalar que la calidad de socio es voluntaria y no impuesta por la ley; además, los derechos y deberes resultantes de tal calidad son transferibles, son prescriptibles y la mayoría de ellos renunciables o por lo menos modificables por la voluntad de los interesados.

Adquisición de la Condición de Socio: La condición de socio se adquiere *originariamente* con la participación en el acto constitutivo; aunque en las sociedades por acciones puede adquirirse originariamente tal condición después de constituida en el caso de aumento de capital por suscripción de nuevas acciones, que pueden realizarse por oferta pública (art. 198 L.S.). En las demás sociedades es posible la incorporación de nuevos socios por aumento de capital, pero esto en todos los casos requiere la conformidad de los otros socios.

Transferencia de la Condición de Socio: La condición de socio se puede adquirir por vía *derivada*, mediante la transferencia que un socio haga de su condición de tal a un tercero que entra a ocupar su lugar asumiendo el conjunto de derechos y obligaciones derivadas del acto constitutivo. Un socio puede ceder una porción de su capital a un tercero en cuyo caso éste entra a formar parte de la sociedad en dicha proporción, sin constituir un condominio con el anterior sino que, en lo que respecta a su parte, adquiere y contrae todos los derechos y obligaciones

de socio; será un socio más. La transferencia de la condición de socio no implica en ningún tipo societario la cesión de una cuota parte del patrimonio social, porque ésta pertenece a la sociedad como sujeto de derecho, es indivisible por su fin natural y los socios individualmente no tienen sobre el mismo ningún derecho de disposición.

Cesación de la Condición de Socio: La condición de socio puede cesar, en virtud de varias circunstancias:

- disolución y liquidación de la sociedad;
- exclusión del socio;
- muerte del socio.

X.7. Sociedades de Hecho e Irregulares

Artículo 21 Ley 19550: “Las sociedades de hecho con un objeto comercial y las sociedades de los tipos autorizados que no se constituyan regularmente, quedan sujetas a las disposiciones de esta sección”.

Si bien la ley no ha realizado ninguna distinción sobre sociedades de hecho e irregulares, debemos decir que “*sociedad de hecho*”, es la que carece de instrumentación (contrato constitutivo) y en las cuales los socios han prestado su consentimiento en forma verbal, a los fines de realizar una actividad económica determinada, dispuestos a repartirse las utilidades y soportar las pérdidas. En tanto, que en una “*sociedad irregular*”, los socios han suscripto el contrato social, con todos los elementos y requisitos enumerados en el artículo 11 L.S., pero adolece de vicios de forma, por no haberse inscripto en el Registro Público de Comercio, en un todo conforme con lo ordenado por el artículo 7° de la L.S.

Se ha dicho que la existencia de sociedades irregulares o de hecho no siempre responde a la negligencia o dejadez de sus integrantes, como puede pensarse. La propia dinámica de la actividad mercantil impone, en la generalidad de los casos, la realización de operaciones comerciales con anterioridad al cumplimiento de los trámites de inscripción de la sociedad, e incluso, a la firma del contrato constitutivo.

El fundamento que ambas clases de sociedad tengan un único tratamiento en la Ley 19550, obedece a que tienen un idéntica sanción cual es la inoponibilidad de sus cláusulas a los terceros, justamente por la imposibilidad que tienen los terceros de instruirse del contenido de las mismas a partir de su no inscripción.

A los fines de probar la existencia de una y otra clase de sociedad, cuando sus integrantes niegan el vínculo societario, queda claro que presenta mayor complejidad la sociedad de hecho, por carecer de instrumentación. No obstante ello, el artículo 25 de la L.S. admite que la existencia de la sociedad puede acreditarse por cualquier medio de prueba.

Las **Sociedades de Hecho**, se caracterizan por:

- Falta de contrato constitutivo, bajo forma escrita, según lo prescripto por el artículo 11 L.S. No obstante ello, puede existir otro tipo de instrumentalidad, con características de principio de prueba por escrito (recibos de uno de los socios, intercambio de correspondencia, etc.).
- Propósito de llevar a cabo una actividad mercantil común que se traduce en la formación del capital con el aporte de cada uno de los integrantes y, como es lógico, en la participación en los beneficios y pérdidas.

Las **Sociedades Irregulares**, poseen a su vez las siguientes características:

- La adopción por los socios , de uno de los tipos previstos en la Ley 19550, aspecto éste que incide en la comercialidad.
- La falta de inscripción del contrato social en el Registro Público de Comercio.
- Sus libros de comercio no merecen fe (art. 26 C.Com.).
- No pueden registrar a su nombre el dominio de bienes para cuyo efecto se requiere registración, tales como inmuebles, rodados, etc.

X.7.1. Regularización

El art. 22 de la L.S. comienza dando el concepto de regularización: *“La regularización se produce por la adopción de uno de los tipos previstos en esta*

Ley...”. Tanto las sociedades irregulares como las de hecho, son susceptibles de regularización.

Las sociedades irregulares son sujetos de derecho, por ende su regularización no altera la continuidad de la personalidad de la misma, lo cual significa que la sociedad regularizada continúa en los derechos y obligaciones que tenía antes de la regularización, con la consiguiente responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios por las obligaciones contraídas hasta el momento de inscribirse la regularización en el Registro Público de Comercio.

Procedimiento: El artículo 22 L.S. reconoce como facultad de cada socio de la sociedad irregular el poder exigir a sus consocios la regularización; y es justo que así sea pues una sociedad regular implica una mejor tutela para los derechos del socio. Así, el párrafo 2º del art. 22 L.S. dice: “...*Cualquiera de los socios podrá requerir la regularización comunicándolo a todos los socios en forma fehaciente...*”. La decisión de regularizar debe adoptarse por *mayoría de socios*. La ley es clara en el sentido de que no es mayoría de capital lo que se requiere sino mayoría de socios, por lo que deberá contarse voto por persona. Una vez decidida la regularización, deberá otorgarse el pertinente instrumento y cumplirse con las formalidades y requisitos del tipo adoptado.

La inscripción registral ha de solicitarse dentro de los sesenta días de recibida la última comunicación en que la se toma la iniciativa de regularizar. En caso de que transcurra dicho plazo, y no se produjera la inscripción, cualquiera de los socios podrá provocar la disolución sin que los demás consocios puedan requerir nuevamente la regularización.

El plazo de sesenta días no es de orden público sino que está a favor de los socios, de modo que el Registro Público de Comercio no podrá negarse de oficio a inscribir la regularización por hallarse vencido el plazo si no media oposición formal de alguno de los socios. Aún así, puede admitirse la excusa pertinente cuando ha habido fuerza mayor, caso fortuito o la demora sea imputable al propio oponente, todo ello conforme a los principios generales del derecho.¹⁵³

¹⁵³ Farina, J. *Compendio de Sociedades Comerciales* – pág. 95.

Consecuencias de la Regularización: De la continuidad de la personalidad societaria, resultan las siguientes consecuencias:

- La sociedad al regularizarse deberá continuar con el mismo nombre salvo que se retire alguno de los socios que figura en el mismo.
- Dado que la sociedad continúa siendo el mismo sujeto de derecho, no corresponde disolver la sociedad. Por ello, no cabe aplicar la ley de transferencia de fondos de comercio.
- A partir de su regularización la sociedad podrá llevar libros rubricados a los cuales volcará los saldos existentes en los libros anteriores; con clara indicación de los procedimientos; o bien procediendo a registrar los libros en uso con expresión del folio a partir del cual vale la registración.
- Dado que no hay disolución de la sociedad, el persona no podrá considerarse despedido.

Socio Disidente: El socio que estuviere disconforme con la regularización, puede optar entre continuar en la sociedad o bien retirarse de ella. En este último caso –dispone el párr. 4º del art. 22 L.S.- *“los socios que votaron contra la regularización tienen derecho a una suma de dinero equivalente al valor de su parte a la fecha del acuerdo social que la dispone, aplicándose el artículo 92 salvo su inciso 4º”*.

Disolución por Fracaso de Regularización: Si la regularización pedida por uno o más socios fracasa, entonces cualquier socio puede provocar la disolución de la sociedad *“desde la fecha de la resolución social, denegatoria o desde el vencimiento del plazo para solicitar la inscripción”* (art. 22, ap. 2º L.S.).

X.8. Órganos de la Sociedad

Dado que la sociedad es una persona jurídica, la misma requiere valerse de personas físicas para su desenvolvimiento, gestión de negocios; en fin, para realizar todo tipo de actos frente a terceros que le permitan alcanzar el cumplimiento de sus metas o fines.

La actuación de cada órgano de la sociedad está perfectamente diferenciada por la Ley 19550 y la competencia que el legislador otorga a cada uno de ellos es

absolutamente independiente; no puede superponerse ni hay relación de dependencia entre uno y otro. De tal manera, si bien el órgano de gobierno de la sociedad (asamblea de accionistas o reunión de socios) puede impartir instrucciones al órgano de administración, ello no significa que pueda inmiscuirse directamente en el funcionamiento interno de ese órgano ni que pueda subrogarse en la actuación del representante legal de la sociedad. Del mismo modo, al órgano de administración de la sociedad le está vedado comprometer a la sociedad que representa con actos que alteren sus condiciones de existencia y funcionamiento, que son propios del órgano de gobierno.

Así se ha dicho, la voluntad de la sociedad es el resultado de la voluntad de las personas físicas que integran los diversos órganos creados por la ley o por los estatutos para el gobierno del ente.¹⁵⁴

X.8.1. Órgano de Administración

Según Brunetti, órgano de administración, es la persona o grupo de personas físicas que, por disposición de la ley y de los estatutos, están autorizados a manifestar la voluntad del ente y a desarrollar la actividad jurídica necesaria para la consecución de sus fines.

La doctrina nacional en forma unánime, sostiene que la Ley 19550 ha adoptado la teoría organicista para explicar la naturaleza jurídica de la relación entre la sociedad y sus administradores. Halperin explica la teoría del órgano de la siguiente forma: “La sociedad es administrada por un órgano, cuyas funciones son desempeñada por los socios o los terceros designados por ellos. Estos socios terceros no son mandatarios de la sociedad, sino funcionarios de la misma. No son terceros, sino la sociedad misma que actúa mediante la actividad concreta de una o varias personas físicas, con arreglo a las atribuciones que les confiere el acto constitutivo y las deliberaciones de la asamblea de socios”.¹⁵⁵

¹⁵⁴ Fontanarrosa, R. *Derecho Comercial Argentino* (Parte General) – pág. 329.

¹⁵⁵ Halperin, I. *Curso de Derecho Comercial*. Tº I – pág. 365.

La administración de la sociedad, de la sociedad, a la cual la ley dedica el artículo 59, previendo pautas de conducta que son requeribles a todo administrador, cualquiera sea el tipo social de que se trate, se refiere a la gestión ordinaria y habitual de los negocios sociales. En otras palabras y en principio, el concepto de administración comprende la toma de decisiones dentro de la faz interna del ente. La representación de la sociedad es el medio a través del cual esta se manifiesta ante terceros y queda obligada frente a ellos por las obligaciones celebradas por sus representantes. Las diferencias entre la administración y representación se advierten sólo con nitidez en las sociedades anónimas, en las cuales el legislador ha diferenciado entre el órgano de administración, el directorio, cuya actuación es siempre colegiada pero cuyos integrantes carecen de la facultad de obligar a la sociedad frente a terceros, y el órgano de representación, otorgado exclusivamente al presidente del directorio o al vicepresidente, en caso de ausencia o impedimento de aquel.¹⁵⁶

Pero hay administradores que por ley no tienen la representación de la sociedad como ocurre con los directores de la sociedad anónima que no ejercen la presidencia; y a la inversa puede haber representantes de la sociedad que no integren el órgano de administración: tal el gerente de la sociedad anónima (art. 270 L.S.).

Fuera de este caso, el representante de la sociedad es necesariamente administrador de la misma, pues su función no se limita a repetir ante terceros lo resuelto por el o los administradores, con lo cual se identificaría con el nuncio, sino que aun en el supuesto del presidente del directorio de la sociedad anónima, que debe ajustar su actuación a lo resuelto por el directorio como órgano, siempre tiene una posibilidad de iniciativa al formular la manifestación de voluntad y cierta libertad de apreciación en cuanto a la oportunidad de celebrar el negocio. Incluso vincula a la sociedad aun cuando se aparte de las instrucciones impartidas si el acto no es notoriamente extraño al objeto social y el tercero es de buena fe (art. 58 L.S.).

¹⁵⁶ Nissen, R. *Ley de Sociedades Comerciales*. Tº II – pág. 28.

X.8.1.1. Órgano de Representación

Artículo 58 Ley 19550: “El administrador o el representante que de acuerdo con el contrato o por disposición de la ley tenga la representación de la sociedad, obliga a ésta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social. Este régimen se aplica aun en infracción de la organización plural, si se tratare de obligaciones contraídas mediante títulos valores, por contratos entre ausentes, adhesión o concluidos mediante formularios, salvo cuando el tercero tuviere conocimiento efectivo de que el acto se celebra en infracción de la representación plural.

Estas facultades legales de los administradores o representantes respecto de los terceros no afectan la validez interna de las restricciones contractuales y la responsabilidad por su infracción”.

Este dispositivo legal consagra lo que se ha llamado la “doctrina del *ultra vires*”, conforme a la cual la responsabilidad de la sociedad por las obligaciones celebradas por sus representantes se limita a los actos comprendidos en el objeto social. De ahí, también la importancia que el objeto social debe estar detallado, con precisión y determinación.

La representación de la sociedad corresponde, por lo regular, a las personas investidas de la facultad de concluir negocios con efecto vinculativo para la sociedad. Normalmente la representación está unida a la función administrativa y, a falta de disposición en contrario, la ley presume que todo administrador es también representante de la sociedad.

La fórmula utilizada por la ley sobre la cual gira todo el sistema de representación societaria es bastante amplia: “*actos que no sean notoriamente extraños al objeto social*”.

Con respecto a la administración plural, el art. 58 declara responsable a la sociedad frente a terceros en todos los casos en que tales administradores actúen violando las restricciones estatutarias, siempre que los actos no sean notoriamente extraños al objeto social. Cuando se viole la obligación no de actuar conjuntamente, la sociedad responde sólo en los siguientes casos:

Obligaciones contraídas mediante títulos valores; ello se explica por el hecho de que los títulos valores, tienen por virtualidad circular a través de endosos o simple entrega material (cuando son al portador), y no sería lógico oponer a su legítimo tenedor que reclama el pago del mismo a la sociedad, una causal de inoponibilidad a la cual es ajeno.

Celebración de contratos entre ausentes; por razones de distancia el tercero contratante no ha podido razonablemente conocer las cláusulas del contrato social.

Celebración de contratos de adhesión o concluidos mediante formularios; estos tipos de contratos, al haber sido redactados en su totalidad por la sociedad, hacen presumir cierta apariencia de regularidad.

X.8.1.2. Responsabilidad de Administradores y Representantes

Artículo 59 Ley 19550: “Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión”.

“Lealtad” significa actuar con honradez y sinceridad, es decir, defendiendo los intereses de la sociedad en el cumplimiento de su objeto. En tanto, que la “diligencia de un buen hombre de negocios”, es la aptitud profesional necesaria para el exitoso desenvolvimiento de la clase de actividad que constituye el objeto social., tomando como parámetro la aptitud que comúnmente se encuentra en personas que administran negocios de igual o parecida naturaleza.¹⁵⁷

De la norma transcrita también claramente surge, que los administradores son responsables personal, ilimitada y solidariamente por los daños y perjuicios que ocasionen a la sociedad cuando ello derive de la violación de la ley o del contrato o de la comisión de hechos ilícitos; y también cuando en su desempeño no hayan

¹⁵⁷ Farina, J. *Compendio de Sociedades Comerciales* – pág. 107.

actuado con lealtad o con la diligencia del buen hombre de negocios que corresponde al tipo de actividad que explota la sociedad.

Si la administración es plural, tal responsabilidad es solidaria entre todos los administradores, salvo aquel administrador que pruebe haberse opuesto al hecho cuando la responsabilidad es por acción, o que exigió su realización, cuando la responsabilidad fuere por omisión. La misma exoneración cabe al administrador que pruebe haber tenido ignorancia no culpable de los hechos que motivan la responsabilidad.

Para determinar quienes pueden ejercer las acciones de responsabilidad de los administradores, debe compatibilizarse el artículo 59 con los artículos 273 y 274 L.S. En razón de ello, la sociedad, los socios y los terceros, están legitimados para ejercer la acción correspondiente. A través de la acción por responsabilidad se procura el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el mal desempeño del administrador.

Los administradores son custodios de bienes ajenos, lo cual les obliga a:

- Conservar los bienes de la sociedad, lo que significa mantener los mismos en el patrimonio social y justificar su enajenación o transmisión.
- Afectar los bienes de cambio al giro ordinario de la empresa, enmarcado en el objeto social.
- Evitar, a través de una política prudente, el agravamiento de la responsabilidad patrimonial de la sociedad.
- Respetar las normas de funcionamiento de la sociedad y los derechos de todos los integrantes de la misma.
- Promover las acciones judiciales para evitar que los órganos de la sociedad adopten resoluciones o sus integrantes realicen actos que pudieren afectar el desenvolvimiento normal del ente.

X.8.2. Órgano de Gobierno

El gobierno definitivo de la sociedad está en manos del conjunto de socios, quienes pueden disponer del futuro de la sociedad, resolver su disolución y liquidación, modificar el estatuto, etc.

Toda reunión de socios para deliberar y resolver sobre cualquier cuestión de interés social constituye el órgano de gobierno de la sociedad.

La Ley 19550 en este tema, a diferencia del órgano de administración, no tiene disposiciones generales sino que trae regulaciones específicas para los distintos tipos societarios.

X.8.3. Órgano de Fiscalización

Artículo 55 Ley 19550: “ Los socios pueden examinar los libros y papeles sociales, y recabar del administrador los informes que estimen pertinentes...”.

Se consagra en este artículo el principio general en materia de derecho de información del socio, al permitirle el examen de los libros y papeles sociales y recabar del administrador los informes que estimen pertinente.

La importancia del derecho de información es vital, puesto que permite y facilita el ejercicio de los restantes derechos que otorga el carácter de socio. De ahí, que algunos autores entienden, que el derecho de información es la base de los restantes derechos, pues mediante su ejercicio el socio se interioriza del estado de los negocios sociales, del desempeño de los administradores y le permite pronunciarse con conocimiento cabal en las deliberaciones sociales.¹⁵⁸

Ahora bien, la Ley 19550 ha regulado el ejercicio del derecho de información, adaptándolo a la magnitud de la empresa, y en el en

tendimiento de que el control individual de la administración, prescripto por el art. 55 L.S., puede resultar inconveniente en las sociedades en las cuales existe verdaderamente una pluralidad de socios, ha limitado el ejercicio del derecho información directo por parte del socio a las sociedades por parte de interés, de responsabilidad limitada y por acciones, salvo cuando en estas dos últimas el contrato social o estatuto haya previsto la existencia de una sindicatura, en cuyo caso, el derecho de información se lleva a cabo en forma indirecta, es decir, a través de este funcionario (art. 294 inc. 6° L.S.).

¹⁵⁸ Halperin, I. *Curso de Derecho Comercial*. T° I – pág. 363.

Según el Dr. Nissen, el derecho de información consagrado en este artículo se complementa con otras normas de la ley 19550, a saber:

- El art. 67, que obliga a los órganos de la sociedad a poner a disposición de los socios las copias del balance, del estado de resultados del ejercicio y del estado de evolución del patrimonio neto y de notas e información complementaria y cuadros anexos, con no menos de 15 días a su consideración por reunión de socios o asambleas de accionistas.
- El art. 73, que obliga a la sociedad a labrar acta de las deliberaciones de los órganos colegiados, que debe ser efectuada en libro especial, con las formalidades de los libros de comercio. Esta, se complementa con el art. 162 para las sociedades de responsabilidad limitada y con el art. 249 para las sociedades por acciones.
- El art. 236, que autoriza a los accionistas de las sociedades por acciones a requerir la convocatoria a asamblea, cuando aquellos reúnan más del 5% del capital social.
- El art. 246 conforme al cual los socios o accionistas pueden requerir explicaciones respecto de los temas incluidos en el orden del día.

El derecho de información propende al resguardo del interés social, ya que tiende al cumplimiento de los fines sociales, que engloba no sólo el cumplimiento del objeto social sino también el pleno respeto por el funcionamiento de la sociedad.

Finalmente, debe tenerse presente el derecho de información se encuentra limitado a cuestiones incluidas en el secreto industrial o comercial, y que el mismo no puede ser ejercido abusivamente, pues como todo derecho, debe ser ejercido conforme a los fines tenidos en cuenta por el legislador al otorgarlo (art. 1071 C.C.).

X.9. Transformación de Sociedades

Artículo 74 Ley 19550: “Hay transformación cuando una sociedad adopta otro de los tipos previstos. No se disuelve una sociedad ni se alteran sus derechos y obligaciones”.

Al referirse la ley a transformación de una sociedad, se hace expresa referencia al tipo social adoptado. Por ello, la transformación consiste en que una

sociedad comercial abandone su tipo primitivo para adoptar otro de los previstos en la ley.

La transformación de sociedad es una especie de modificación del acto constitutivo, que opera a través de una resolución social adoptada por los socios conforme con los recaudos legales y estatutarios, al modificar el tipo. Posee las siguientes características:

- No produce la disolución de la sociedad transformada sino la continuación de su patrimonio a la resultante de la transformación;
- No hay sucesión, sino continuación del organismo de la precedente sociedad;
- Por ello, los débitos y las responsabilidades ante terceros de la sociedad precedente continúan en la transformada;
- La ley mantiene la responsabilidad asumido por los socios respecto a las obligaciones contraídas con anterioridad a la transformación (arts. 75 y 76 L.S.).

X.10. Disolución de Sociedades

La disolución implica el punto final de la vida activa de la sociedad, y se produce como consecuencia del acaecimiento de una causal disolutoria, prevista en la ley o en el contrato con ese efecto.

Es decir, producida la causal disolutoria, la sociedad dejará de realizar, como actividad específica, aquella enmarcada en su objeto social, para reemplazarla por una actuación encaminada a la venta de los bienes sociales, cancelación de su pasivo y eventual distribución del remanente entre los socios.

La disolución no pone fin a la vida de la sociedad, sino que, como veremos, sólo abre el camino a la etapa liquidatoria, y la sociedad sólo se considerará extinguida, como sujeto de derecho, con la inscripción de la cancelación de la inscripción en el Registro Público de Comercio. Es decir, la disolución pone fin a la actividad dinámica y empresaria que la misma desarrollaba, subsistiendo la sociedad al solo efecto de la conclusión de sus relaciones pendientes y la realización de su activo.

Las causas por la que se disuelve una sociedad, están enumeradas en el artículo 94 de la Ley 19550; y son:

Por decisión de los socios: Es natural que los socios, pueden disponer su disolución en cualquier momento, antes del vencimiento del término fijado en el contrato, en base a una resolución válida adoptada por las mayorías exigidas según el tipo social;

Por expiración del término por el cual se constituyó: En un todo de acuerdo con el artículo 11 inc. 5 L.S., toda sociedad debe determinar su plazo de duración;

Por cumplimiento de la condición a la que se subordinó su existencia: Atento la contradicción de supeditar la existencia de una sociedad al acaecimiento de un acontecimiento futuro e incierto (art. 11 inc. 5 L.S.), la doctrina entiende que esta causal es aplicable solamente en caso que expresamente se prevea en el contrato.

Por consecución del objeto para el cual se formó, o por imposibilidad sobreviniente de lograrlo: El inciso se refiere única y exclusivamente al supuesto en que el objeto social se limite a la realización de una o varias negociaciones determinadas, claramente individualizadas, finalizadas las cuales, la sociedad entra en periodo liquidatorio. La parte *in fine* del artículo, hace referencia a los supuestos en que se ha enajenado el activo social en una parte tan sustancial que impida la prosecución de su operatoria;

Por pérdida del capital social: Esta causal se explica, por la importancia del capital social en el desenvolvimiento de la sociedad, pues la pérdida del mismo priva a esta de un elemento imprescindible para la obtención de sus fines;

Por declaración en quiebra: Producida la cesación de pagos, se hace necesario liquidar los bienes que componen su patrimonio, a los efectos de satisfacer a los acreedores;

Por su fusión: En la fusión, dos o más sociedades se disuelve, sin liquidarse, para constituir una nueva;

Por reducción a uno el número de socios: Como oportunamente dijimos, en el actual régimen es inconcebible la existencia de una sociedad constituida por una sola persona (art. 1 Ley 19550);

Por sanción firme de cancelación de oferta pública o de la cotización de sus acciones: La sanción expresada tiene que provenir de la autoridad competente (Comisión Nacional de Valores) para cancelar la oferta pública o cotización de acciones;

Por resolución firme de retiro de la autorización para funcionar cuando leyes especiales la impusieren en razón del objeto: Este inciso se refiere, entre otras, a las entidades financieras que necesitan para funcionar la autorización del Banco Central de la República Argentina, y las entidades aseguradoras que necesitan la autorización de la Superintendencia de Seguros de la Nación. Es decir, retirada la autorización para funcionar, la sociedad no podrá cambiar su objeto social y deberá disolverse.

Una vez operada la causal, para que surta efecto respecto de terceros deberá inscribirse en el Registro Público de Comercio, previa publicación en su caso (art. 98 L.S.). Luego de ello, los administradores sólo podrán atender los asuntos urgentes y deberán adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. En caso de realizar cualquier otra operación ajena a estos fines, los mismos serán ilimitada y solidariamente responsables respecto a los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere corresponder a estos (art. 99 L.S.).

X.11. Liquidación de Sociedades

La liquidación es un proceso que comprende una serie de operaciones destinadas a poner fin a los negocios pendientes, pagar las deudas, percibir los créditos, realizar los bienes de la sociedad y en base a ello determinar el patrimonio neto que ha de repartirse entre los socios.¹⁵⁹

Los acreedores de la sociedad disuelta, en principio, no sufren alteración durante el proceso liquidatorio puesto que la sociedad sobrevive precisamente para satisfacer tales acreencias. En consecuencia, los acreedores comunes siguen contando con la garantía general que constituye el patrimonio social y pueden, en el ejercicio de sus acciones individuales, ejecutar los bienes de dicho patrimonio.

¹⁵⁹ Farina, J. *Compendio de Sociedades Comerciales* – pág. 143.

Podrá advertirse que a diferencia de la disolución, la liquidación no es un fenómeno instantáneo, sino que justamente por ser un procedimiento, el mismo se desarrolla a través del tiempo.

La sociedad en liquidación conserva su personalidad, tal es lo prescripto por el artículo 101 Ley 19550: “*La sociedad en liquidación conserva su personalidad a ese efecto, y se rige por las normas correspondientes a su tipo en cuanto sean compatibles*”.

Esto significa que el ente sobrevive para ser liquidado, pues no se produce con la disolución el nacimiento de una sociedad nueva, sucesora de la anterior, ni se crea de inmediato una simple comunidad; es la misma sociedad, con su misma personalidad, pero con una transformación en sus fines. La ley se enrola en lo que la doctrina ha dado en llamar, *teoría de la identidad*. Pues durante la etapa de la liquidación, la personalidad jurídica de la sociedad, distinta a la de cada uno de los socios, sigue existiendo, aunque limitada a sus propios fines. El liquidador es el único representante legal de la sociedad, la cual sigue siendo titular de los bienes.

Comienzo y Término de la Liquidación: La liquidación generalmente comienza con la disolución, y concluye una vez extinguido el pasivo social en cuya oportunidad los liquidadores confeccionarán el balance final y el proyecto de distribución (art. 109 L.S.). Luego de concluida la liquidación, se procederá a cancelar la inscripción del contrato social en el Registro Público de Comercio, con lo que la sociedad se extinguirá definitivamente como sujeto de derecho.

Liquidadores: Durante la liquidación de la sociedad, los liquidadores ocupan el lugar de los administradores ordinarios, asumiendo por tanto el carácter de administradores y representantes. Por ello, las obligaciones y responsabilidades de los mismos, se rigen por la disposiciones establecidas para estos. Según expresa la Ley 19550, la liquidación de la sociedad está a cargo del órgano de administración, salvo estipulación en contrario. En su defecto, el liquidador serán nombrados por mayoría de votos dentro de los 30 días de haber entrado en estado de liquidación. Una producido el nombramiento del liquidador deberá inscribirse en el Registro Público de Comercio (art. 102 L.S.).

Partición: Aprobados el balance final y el proyecto de distribución, se agregarán al legajo de la sociedad en el Registro Público de Comercio; y se procederá a su ejecución, es decir, a distribuir entre los socios el remanente. Una vez confeccionado el balance final y el proyecto de distribución, se reembolsará el

capital, y salvo disposición en contrario del contrato, el excedente se distribuirá en proporción a la participación de cada socio en las ganancias (art. 109 L.S.).

Cancelación de Inscripción: Como antes se dijo, una vez terminada la liquidación se cancelará la inscripción del contrato social en el Registro Público de Comercio (art. 112 L.S.), momento que determina la extinción de la persona jurídica.

CAPÍTULO XI

TÍTULOS CIRCULATORIOS

CAPITULO XI

TÍTULOS CIRCULATORIOS

XI.1. Concepto

En general, documento es una cosa que reproduce o receipta un hecho o acto con relevancia jurídica. El documento como tal es el producto de una operación denominada “*documentación*”, que consiste en la reproducción o recepción del hecho o acto jurídico mediante su materialización.

Restringiendo su ámbito a lo que aquí interesa, y como primera aproximación, debo señalar que se trata de la inserción de un derecho en una cosa mueble, normalmente un papel, es decir, la documentación de un derecho.

El firmante del título incorpora al documento una declaración de voluntad, incondicionada e irrevocable, de carácter constitutivo y con alcance patrimonial mediante la cual se coloca en una posición de obligado cambiario ante quien resulte portador legítimo del documento.

En lo títulos de crédito, el documento como “cosa” y el derecho como “bien” son conceptualmente distintos, pero representan un instituto jurídico unitario. El derecho y el título están funcionalmente ligados: la comunidad de destino entre

el título (cosa: corporal) y el derecho (bien: incorporal) es normalmente inescindible.¹⁶⁰

En los títulos de crédito no hay un derecho principal (derecho externo o derecho sobre documento) y un derecho accesorio (derecho interno o derecho sobre el crédito), sino dos derechos autónomos, integrados en un unidad funcional. El crédito tiene en el documento su sede jurídica (Vivante) y, por tanto, la posesión de este último es fundamental para el ejercicio de todos y cada uno de los derechos que emanan del título.¹⁶¹

A continuación brindamos conceptos sobre algunos Títulos de Créditos:

Cheque: Artículo 1º Decreto-Ley 4776/63 “El cheque es una orden de pago pura y simple librada contra un banco en el cual el librador tiene fondos depositados a su orden en cuenta corriente bancaria o autorización para girar en descubierto”.

Letra de Cambio: Dice Cámara, “La letra de cambio es el título de crédito formal y completo que contiene la promesa incondicionada y abstracta de hacer pagar a su vencimiento al tomado o a su orden una suma de dinero en lugar determinado, vinculando solidariamente a todos los que en ella intervienen”.¹⁶²

Pagaré: También dice Cámara, “El pagaré es el título valor formal y completo que contiene una promesa incondicionada y abstracta de pagar una suma determinada de dinero, a su vencimiento y que vincula solidariamente a sus firmantes”.¹⁶³

¹⁶⁰ Escuti, I. *Títulos de Crédito* – pág. 7.

¹⁶¹ Bonfanti, M.; Garrone, J. *De los Títulos de Crédito* – pág. 24.

¹⁶² Cámara, H. *Letra de Cambio*. Tº I - pág. 191.

¹⁶³ Cámara, H. *Letra de Cambio*. Tº III - pág. 475.

XI.2. Principios que Rigen los Títulos Circulatorios

XI.2.1. Literalidad

En el título valor se encuentra literalizado un derecho y éste necesariamente presupone una obligación, por lo que visto desde el lado “activo”, el acreedor no puede exigir otra cosa que lo que surja de los términos del título; y visto desde el lado “pasivo”, no existe obligación alguna que no esté expresamente consignada en el título, a la vez que no puede negarse al cumplimiento de la prestación requerida por la parte activa. En síntesis, todos los derechos y obligaciones para las partes intervinientes, deben estar expresamente consignados en el título valor, para que sean exigibles.

La literalidad se refiere al contenido del título valor e indica que la significación del derecho incorporado se delimita exclusivamente por el tenor escrito del documento, cuya significación literal, especialmente en el momento de su configuración, prevalece respecto de cualquier otra declaración o documentación emitida previamente. El problema de la literalidad se injerta en la relación que existe entre un negocio y su sucesiva documentación; y el principio sustancial se reduce a afirmar la prevalencia de la sucesiva declaración documental frente a la declaración preexistente, en la hipótesis que entre las dos declaraciones exista una diferencia.¹⁶⁴

Ahora bien, la literalidad no puede enfocarse como absoluta; la costumbre mercantil va introduciendo, en forma continua nuevas variantes, nuevas modalidades que no siempre encajan en los moldes de la doctrina. Así, por ejemplo, la literalidad se desdibuja en los pagarés hipotecarios y prendarios, donde el principio de registración de los mismos los ata, podríamos decir, a la hipoteca y prenda. El aval por documento separado, expresamente contemplado por el artículo 33 del Dec-Ley n° 5965/63 también constituye otra excepción.

La literalidad queda justificada por cuanto el obligado cambiario no puede oponer otras excepciones (en proceso ejecutivo) que las derivadas del título mismo (o de las taxativamente autorizadas por la ley), pero, como contrapartida, su

¹⁶⁴ Ferri, G. *Títulos de Crédito* – pág. 122.

obligación no puede nacer más que del propio título, a la vez fuente y límite de la vinculación crediticia.¹⁶⁵

XI.2.2. Autonomía

Cada adquisición del título y por ende del derecho incorporado, es independiente de las relaciones existentes entre el deudor y los poseedores anteriores. Este principio se encuentra receptado en los artículos 18 y 103 del Dec-Ley n° 5965/63.

Cada poseedor adquiere *ex novo* como si lo fuera originariamente, el derecho incorporado al documento, sin pasar a ocupar la posición que tenía su transmitente o los anteriores poseedores. El derecho cartular es originario, no-derivado, o sea, autónomo. No interesan las diversas relaciones extracartulares que hayan podido originarse en la transmisión del título de crédito; el adquirente o portador del mismo lo recibe en forma autónoma, es decir, totalmente independiente de las referidas relaciones.

Al adquirir un título, el adquirente recibe un derecho nuevo del que le ha transmitido el último enajenante; ello le brinda una inmunidad contra las excepciones de los primitivos portadores colocándolo, así, en posición de verdadero privilegio. El derecho cartular se ve, por medio de la autonomía, facilitado en forma evidente; teniendo presente que ese carácter autónomo no nace con la creación del título, sino cuando –y en la medida– que el mismo sea transmitido.¹⁶⁶

La posición jurídica de los adquirentes sucesivos surge de la posesión legítima del título y su derecho existe en función de ella y del tenor literal del propio documento y no por las relaciones personales que ligaban al anterior poseedor con el deudor. En virtud de la autonomía, para el tercero de buena fe es jurídicamente irrelevante si la obligación incorporada literalmente al documento, tuvo su origen en el precio de una compraventa, resuelta o viciada: el documento en manos del tercero adquirente constituye el título idóneo para exigir el cumplimiento de la

¹⁶⁵ Bonfanti, M.; Garrone, J. *De los Títulos de Crédito* – pág. 36.

¹⁶⁶ Bonfanti, M.; Garrone, J. *De los Títulos de Crédito* – pág. 39.

prestación prometida, con prescindencia de los derechos que los anteriores poseedores del documento tuvieran contra el deudor.

El poseedor del título puede ejercer el derecho incorporado en razón de su derecho al documento, con independencia de las relaciones que ligaron a los anteriores poseedores con el deudor de la prestación en él contenida.¹⁶⁷

Con idéntica maestría al autor antes citado, dice Yadarola: “La doctrina ha fijado el concepto de autonomía en estos términos: el derecho que el título de crédito transmite en su circulación a cada nuevo adquirente es un derecho autónomo, es decir, desvinculado de la situación jurídica que tenía el transmitente; de modo que cada nuevo adquirente del título de crédito recibe un derecho que le es propio, autónomo, sin vínculo alguno con el derecho que tenía el que se lo transmite y, por ende, libre de cualquier defensa o excepción que el deudor demandado para el pago (sea librador, aceptante, endosante o avalista) podría haber opuesto a un poseedor precedente. En virtud del título del tenedor de buena fe es titular activo de un derecho propio, que no es le de su antecesor o antecesores; esta situación lo pone a cubierto de todo riesgo con respecto a la legitimidad del derecho de quien le transmite el título; de tal modo que si éste no era un portador legítimo, por ejemplo, porque había hurtado, tal situación no influye en la adquisición que aquél haga de buena fe y su derecho, precisamente porque es autónomo, es invulnerable a la reivindicación que pudiera iniciar el propietario despojado; de igual modo si el *tradens* estaba expuesto a excepciones que podía alegar el deudor demandado, éste no puede hacerlos valer frente al *accipiens*”.¹⁶⁸

Ejemplo: el obligado al pago de una letra de cambio no puede oponer al tercero portador de buena fe la excepción de compensación que le podría haber opuesto a un anterior interviniente en la circulación (ej: el que le transmitió la letra al portador); así el obligado cambiario no le puede decir al portador que no le paga la letra porque quien se la transmitió era deudor suyo por un importe igual y se produjo la compensación.

¹⁶⁷ Escuti, I. *Títulos de Crédito* – pág. 14.

¹⁶⁸ Yadarola, M. *Títulos de Crédito* – pág. 78.

XI.2.3. Abstracción

Los títulos circulatorios son abstractos, porque se desvinculan de la causa que les dio origen. Esto facilita y asegura la adquisición y transmisión del documento abstracto con el fin de evitar que su causa entorpezca el ejercicio de los derechos emergentes del título. Cuando el título es abstracto, al portador no se le pueden oponer defensas emergentes de la causa del documento.

En los títulos circulatorios entendemos por “causa”, a la relación jurídica fundamental que determinó a las partes el libramiento o circulación del documento. Es decir, es el negocio fundamental que dio origen al documento.

En los documentos abstractos no solamente es posible prescindir de la causa, sino que también es posible afirmar que no hay necesidad de que ella exista positivamente. La abstracción consiste en la desvinculación del documento de la relación causal. Carece de importancia que la relación cartular no tenga ninguna causa justificada: ésta hasta puede no existir. Además, en los títulos abstractos, es indiferente que la causa esté mencionada o no en el texto del documento; aun expresándola, la abstracción predomina sobre la literalidad frente al tercero. Como la abstracción tiende a proteger la circulación, y como ésta es su finalidad esencial, no tiene sentido hacerla jugar respecto de las relaciones entre dos personas que han contratado entre sí.¹⁶⁹

Lo antes expresado fue receptado por el artículo 212 del Cód. Comercio, al decir: *“La falta de expresión de causa o la falsa causa, en las obligaciones transmisibles por vía de endoso, nunca puede oponerse al tercero, portador de buena fe”*.

Ejemplo: el obligado al pago de una letra no le puede oponer al tercero portador la *excepción de incumplimiento*, fundado en que el tomador de la letra no le entregó la mercadería a la que estaba obligado en virtud del contrato de compraventa que diera origen al título valor.

¹⁶⁹ Escuti, I. *Títulos de Crédito* – pág. 18.

XI.2.4. Legitimación

Ella, en general, hace referencia a los requisitos que deben concurrir en un sujeto para ejercer un derecho.

En el ámbito de las relaciones cartulares, la legitimación se refiere a la situación jurídica del sujeto habilitado, para ejercer todos los derechos sobre el título y los que devienen de su posesión.

Es la habilitación formal para exigir el cumplimiento de los derechos incorporados o para transmitir legítimamente el documento. Para ejercer el o los derechos emergentes del título, no es necesaria la prueba de ser el propietario del documento y el efectivo titular de los precitados derechos, basta la investidura formal.

La legitimación viene dada en primer término por la posesión del documento: ésta es requisito indispensable para ejercer los derechos incorporados al título. El poseedor legitimado está habilitado para ejercer el derecho o los derechos emergentes del título sin necesidad de suministrar la prueba de que es: 1) el propietario de dicho documento y 2) el efectivo titular del derecho emergente del mismo.

Encarada desde punto de visto activo, la legitimación para el ejercicio de los derechos emergentes del título comprende, en primer término, la habilitación para transmitir regularmente el instrumento. En lo que atañe a la transferencia del documento, es indispensable que se la haga con arreglo a la ley de circulación del título, esto es en lo atinente al conjunto de normas que regulan: a) la forma de transmitir el título y b) las consecuencias de la transferencia. Además, y fundamentalmente, el legitimado activo está habilitado para ejercer el derecho incorporado en el documento y exigir al deudor la prestación debida.

Desde el lado pasivo, la legitimación es la habilitación del deudor para liberarse cumpliendo la prestación debida al legitimado activo.

La posesión del documento según la ley de circulación habilita para el ejercicio del derecho con prescindencia del hecho de que el poseedor sea o no el titular de él.¹⁷⁰

XI.2.5. Formalismo

El formalismo se manifiesta fundamentalmente en el acto de creación del título que debe contener determinadas menciones esenciales, que normalmente se identifican como requisitos formales que a la vez constituyen el contenido mismo del documento (ej. expresión “cheque”, suma de dinero a pagar, etc.).

Así, los títulos cambiarios son documentos en los que la forma escrita es constitutiva (art. 2 Dec-Ley n° 5965/63), y también existen una serie de requisitos que son esenciales para que el documento revista la calidad de título circulatorio, y la omisión de cualquiera de ellos tornará al título circulatorio en un simple instrumento privado probatorio.

Esto es importante, puesto que en el libramiento del título, el librador cumple dos actividades fundamentales: 1) crea el documento cambiario, cuya validez como tal depende del cumplimiento de los requisitos formales esenciales; 2) hace nacer su obligación cartular mediante el acto de suscripción del título.

XI.2.6. Completividad

La completividad significa que el título debe bastarse a sí mismo, ser autosuficiente y contener todas las relaciones y todos los derechos emergentes de él. En consecuencia, no puede hacer referencia alguna a otro instrumento, ni puede ser modificado por otro, ya que solamente del título surgen los derechos y obligaciones cambiarias.

Se puede exigir que el pago de estos títulos conste en el propio documento (art. 42 Dec-Ley n° 5965/63) y en el caso de tratarse de un endosante se le permite la cancelación de su endoso y de los subsiguientes (art. 54 Dec-Ley n° 5965/63).

¹⁷⁰ Escuti, I. *Títulos de Crédito* – pág. 12.

Constituye una excepción a este principio, el aval realizado por documento separado (art. 33 Dec-Ley n° 5965/63).

XI.2.7. Incondicionalidad

El cumplimiento de la obligación inserta en los títulos no puede estar supeditada al cumplimiento de condición alguna (art.1 inc. 2° Dec-Ley n° 5965/63). Así también, el endoso debe ser puro y simple, es decir no sujeto a condición (art. 13 Dec-Ley n° 5965/63), y la aceptación de una letra de cambio tiene que ser incondicional (art. 28 Dec-Ley n° 5965/63).

XI.2.8. Solidaridad

Todos los que intervienen en la circulación de los títulos cambiarios quedan solidariamente obligados respecto del portador. Para mayor claridad, se transcribe el artículo 51 del Dec-Ley n° 5965/63: *“Todos los que firman una letra de cambio, sea como libradores, aceptantes, endosantes o avalistas, quedan solidariamente obligados hacia el portador”*.

En los títulos de crédito los obligados se van convirtiendo en tales en forma sucesiva y pese a que cada uno de los firmantes promete la misma cosa (el pago de la prestación contenida en el título), cada cual (librador, endosante, avalista, etc.) y lo hace por causa diferente (compraventa, préstamo, etc.).

Los adquirentes del título posteriores al librador por la sola circunstancia de la adquisición del documento conforme a la ley de circulación “adquieren” el carácter de acreedores cambiarios, pero cuando transfieren el título como endosantes se incorporan como deudores cartulares y se convierten en responsables frente a los que les suceden en la cadena de suscriptores: de tal modo cada firmante es acreedor del anterior y garante del siguiente. A medida que circula el título se van agregando deudores solidarios que se van incorporando como obligados en forma sucesiva y en el orden que van firmando: el portador de un pagaré –último endosatario: ej, el quinto sujeto que recibe el título- puede reclamar el pago del último endosante (el cuarto portador), del tercero, del segundo, del primero (tomador del título) y del

principal obligado al pago, esto es el obligado directo (el librado del pagaré o aceptante de la letra).

El portador, es decir, quien se halla legitimado por la posesión del documento en función de su ley de circulación, tiene amplia libertad para escoger el deudor o deudores cambiarios y no está obligado a seguir un orden ni a ir contra los obligados más próximos. El portador del título puede reclamar el pago de la totalidad de la deuda cartular a todos los obligados cambiarios simultánea o sucesivamente o a uno solo de ellos, según su libre elección; además, puede variar en su accionar: a lo mejor demanda a uno, y posteriormente cumplimentando los requisitos procesales del caso cambia de rumbo reclamándose el pago a otro o a todos los restantes obligados. El portador puede ir en contra de todos y cada uno de los firmantes del documento en forma simultánea o sucesiva hasta la satisfacción de su acreencia.¹⁷¹

Surge del transcripto artículo 51, que los obligados cartulares responden solidariamente frente al portador legitimado, y ninguno de ellos puede oponer el beneficio de división ni el de excusión.

XI.3. Circulación

Cada uno de los títulos existentes (letras de cambio, pagarés, cheques, etc.) tienen su propia ley de circulación, que es la que regula la transmisión cartular del derecho en ellos incorporado. Pero ello no impide que el documento se transfiera de acuerdo con los institutos del derecho común (sucesión universal, cesión de créditos, etc.).

Cualquiera que sea la forma de transmisión (cartular o de derecho común), el documento no deja de tener su imprescindible función de legitimación. Aun en los casos en que el documento circula por aplicación de las reglas civiles es imprescindible contar con él para el ejercicio de los derechos derivados de la cesión del título en razón de la naturaleza constitutiva del instrumento.

¹⁷¹ Escuti, I. *Títulos de Crédito* – pág. 40.

XI.3.1. Endoso

Es un acto escrito, unilateral e incondicional, formalmente accesorio, que tiene por objeto la transmisión del título y la legitimación de su poseedor para el ejercicio de los derechos cartulares. En última instancia, el endoso en su versión más sintética, se materializa con la firma del documento en el anverso del título y con la entrega de la posesión. Intervienen en el endoso los siguientes sujetos:

- **Endosante:** Es quien transmite el título mediante el endoso. Para ser endosante se requiere capacidad para obligarse cambiariamente, salvo cuando se transmite el título mediante un endoso sin garantía. Puede actuar por sí o mediante mandatario, en cuyo caso se aplican las normas sobre representación cambiaria.
- **Endosatario:** Es la persona a quien se le transmite el título mediante un endoso. Para ser endosatario quiere tener capacidad cambiaria y puede serlo cualquier persona, incluso quien ya intervino en la circulación del título (arts. 12 y 103 Dec-Ley n° 5965/63).

La Letra de Cambio y el Pagaré pueden endosarse con los efectos propios y normales de la figura, hasta: a) la realización del protesto por falta de pago; b) el vencimiento del término para formalizarlo (art. 21 Dec-Ley n° 5965/63).

Con posterioridad a tales extremos los títulos pueden transmitirse mediante una firma en su dorso (endosarse), pero sus efectos son lo de una cesión ordinaria: el cesionario adquiere todos los derechos cambiarios del cedente y, consecuentemente, queda sujeto, amén de las que le pueden corresponder personalmente, a las excepciones que se le podrían haber opuesto a su transmitente (art. 22 Dec-Ley n° 5965/63).

El endoso sin fecha se presume, salvo prueba en contrario, hecho con anterioridad al vencimiento del plazo fijado para efectuar el protesto (art. 21 Dec-Ley n° 5965/63).

Dado que suele hablarse de circulación en sentido propio o cartular (endoso) y circulación de derecho común (cesión de derechos); es importante distinguir ambas figuras: a- la cesión es un acto jurídico, mientras que el endoso es la representación de un negocio; b- la cesión tiene por objeto la transferencia de una

obligación real, en tanto que el endoso transfiere la obligación representada en el título; c- la cesión es un contrato bilateral, el endoso un acto cambiario unilateral.

XI.3.1.1. Funciones del Endoso

El endoso cumple tres funciones:

Función de Transmisión: El endoso transmite los derechos que surgen del título, a condición de que se entregue la posesión de éste (art. 15 párr. 1º, Dec-Ley n° 5965/63, y arts. 2377 y 2601 Cód. Civil). En virtud del endoso, el endosatario adquiere los derechos emergentes del título. Hay que tener presente que si bien la adquisición del título deriva de la del transmitente, la posición cartular del adquirente se considera originaria en función de la autonomía. Los derechos que se adquieren son: 1) principales: sobre el título y el crédito; 2) sobre los accesorios; ej: intereses.

Función de Legitimación: La legitimación en general, es una idoneidad específica para obrar, tanto activa como pasivamente. Hay que distinguir entre la legitimación emergente del derecho de fondo o cambiaria y la legitimación procesal que apunta a la actuación en juicio. El legitimado activo es el sujeto que goza de la idoneidad específica necesaria para hacer valer los derechos cartulares emergentes del título valor; en definitiva, exigir su pago. El sistema cambiario requiere que del documento resulte la investidura formal del portador. Normalmente, la legitimación activa surge de una cadena regular de endosos sean éstos en blanco, al portador o completos, de la que el tenedor del documento sea el último endosatario, incluso cuando recibió el título en procuración o garantía. La legitimación presupone la “investidura” formal materializada literalmente en el título y la posesión de él. La legitimación del tomador o beneficiario del título surge directamente de su mención en el texto del documento. Para ejercer los derechos cambiarios y para cumplir las obligaciones cartulares, no se necesita acudir a elementos extraños al documento. El legitimado puede requerir la presentación debida sin tener que cumplir otra exigencia y el deudor no necesita verificar otra cosa que la legitimación formal. Cada endoso debe vincularse con el precedente; el endoso que sigue a un endoso nominativo tiene que hacerlo el endosatario indicado por el endosante, aunque los endosos en blanco o al portador, por su función genérica de legitimación, en definitiva, habilitan al poseedor. Los endosos falsos o puestos por incapaces o con el

nombre de personas inexistentes, carecen de efecto interruptivo sobre la legitimación del portador: basta que se mantenga la apariencia de regularidad. Exigencias del tráfico hacen que las legislaciones consagren el principio de que la posesión de la cosa mueble equivale a título. Por eso, al adquirente le basta que le hagan tradición de la cosa y no tiene necesidad alguna de indagar sobre el origen de la posesión del transmitente.

Función de Garantía: Como forma de facilitar y asegurar la circulación de la letra de cambio, los usos comerciales impusieron la responsabilidad personal de cada endosante. Ello se explica porque quien recibe un título cambiario, normalmente lo hace en consideración a la responsabilidad y la solvencia de quien se lo transmite, que en definitiva transfiere un documento que contiene la promesa de pago efectuada por un tercero a quien el adquirente, por lo común, no conoce. Normalmente, el endoso tiene una función de garantía: el endosante garantiza el pago del título mediante la asunción de una obligación autónoma e independiente de la del librador y demás firmantes del documento. Todos los endosantes del título de crédito responden solidariamente ante el portador (art. 51 Dec-Ley nº 5965/63) en virtud de la función de garantía que cumplen los sucesivos endosos según el orden observado por los distintos endosantes. De este modo, a medida que el título circula, se van agregando, en forma sucesiva, responsables que garantizan solidariamente el pago de la prestación debida.

XI.3.1.2. Clases de Endoso

En virtud del principio de completividad del título cambiario, el endoso tiene que constar en el mismo título (art. 14 Dec-Ley 5965/639; no puede figurar en un instrumento separado, aunque fuere un instrumento público.

Nuestro régimen legal admite dos tipos fundamentales endosos:

- Pleno, Nominativo o Regular: es una orden dada por el endosante al girado o al librador, de pagar al vencimiento, a determinada persona como beneficiario. Como se advierte, en estos casos consta el nombre del endosatario, lo cual otorga mayor seguridad y resulta sumamente útil en caso de extravío o pérdida del título;

- Al Portador: se realiza con la simple entrega material del título, en aquellos casos susceptibles de poder realizarse el endoso bajo esta modalidad;
- En Blanco: es aquel en que el endosante se limita a poner su firma y omite designar al beneficiario.

Sea cual fuere la forma adoptada para realizar el endoso, hay dos requisitos esenciales que no pueden omitirse: la firma del endosante y la tradición efectiva del título al endosatario.

Algunos autores suelen hablar de endosos anómalos o impropios que se encuentran contemplados en el Decreto Ley 5965/63; ellos son:

XI.3.1.2.1. Endoso en Procuración

Es un acto cambiario por el cual el endosante otorga mandato al endosatario para que éste ejerza los derechos cambiarios correspondientes al primero. Se encuentra contemplado en el artículo 19 del Dec-Ley 5965/63, que dispone que si el endoso lleva la cláusula “*valor al cobro*”, “*al cobro*”, “*en procuración*” o cualquier otra expresión equivalente que implique un simple mandato, el portador puede ejercer todos los derechos que deriven del título. En estos casos, el mandatario tiene que obrar diligentemente para proteger los derechos del endosante y accionar contra los obligados al pago; también puede ejercer las acciones del caso contra los obligados precedentes al mandante, con la consiguiente obligación de rendir cuentas tanto de su gestión en general como de la sumas recibidas. Esta forma de endoso presenta grandes ventajas a la actividad mercantil: una breve fórmula asentada en el documento faculta a cualquier tenedor, sin necesidad de otorgar poder por escritura pública, con economía de tiempo y gastos, para cobrar el monto estipulado en el título, en forma judicial o extrajudicial.

XI.3.1.2.2. Endoso en Garantía o en Prenda

La letra y el pagaré pueden ser endosados en garantía del cumplimiento de otra obligación que tenga el endosante con el endosatario. Entre los sujetos de este endoso se dan las relaciones normales existentes entre acreedor y deudor prendario,

pero dada la naturaleza de lo que se entrega en prenda, existen algunas particularidades: el endosatario debe ejercer todos los derechos cambiarios y rendir cuentas al endosante, aunque, incluso, puede ir cambiariamente en contra de él. Este tipo de endoso se materializa mediante la firma del endosante y la expresión “*en garantía*”, “*en prenda*”, “*caución*” u otra equivalente. El endoso en garantía goza de un derecho cartular propio y autónomo, por lo cual no se le pueden oponer las excepciones fundadas en las relaciones personales con su endosante (art. 20 Dec-Ley n° 5965/63). El endosatario en garantía puede ir en contra de su endosante y de quienes están obligados con éste.

XI.3.1.2.3. Endosos Limitativos de Posteriores Transferencias Cartulares

Puede hacerse mediante las siguientes cláusulas:

XI.3.1.2.3.1. Endoso “No a la Orden”

El librador o endosante de un título puede insertar la cláusula “no a la orden”, que importa limitar la posterior circulación de la legitimación cartular (art. 12, párr. 2º, Dec-Ley n° 5965/63). Con esta cláusula, el documento sólo son transmisibles en la forma y con los efectos de una cesión ordinaria..

XI.3.1.2.3.2. Endoso con cláusula “No Endosable”:

Puede ocurrir que el endosante no desee obligarse respecto de terceros y por ello puede prohibir un nuevo endoso, en cuyo caso no es responsable hacia las personas que posteriormente se endose el título. Los efectos de la cláusula son personales al endosante que la insertó, quien responde cambiariamente ante su endosatario, pero no frente a los portadores sucesivos. Si no obstante la prohibición, dada la limitación subjetiva de la cláusula, el título circula por endoso, todos los intervinientes en la circulación posterior son obligados cambiarios. Esta cláusula no puede ser registrada por el librador, por dos razones: una, por cuanto la norma menciona solamente al endosante y otra, porque lo contrario sería violatorio del

régimen previsto por el artículo 10 de la ley cambiaria, en el sentido que el librador, si pretende registrar una exoneración para garantizar el pago, tal mención se considera como no escrita.¹⁷²

XI.4. Aceptación

La aceptación es un acto cambiario del girado, por el cual se incorpora como obligado de la relación cartular. Si acepta la letra, se convierte en obligado directo al pago.

En nuestro ordenamiento no hay ninguna norma que obligue al girado a aceptar la letra, aunque sea deudor por cualquier título del librador. Nadie está obligado a mejorar la situación del acreedor, transformando un quirógrafo de deuda en una obligación cambiaria, que otorga para su cobro la vía ejecutiva y donde operan los principios de la autonomía y la abstracción. Ello así sin perjuicio de las relaciones que tengan extracambiariamente con el librador de las responsabilidades que puedan surgir de ellos ante la falta de aceptación.¹⁷³

Constituye, en otras palabras, el acto cambiario por el cual el girado poniendo su firma en la letra de cambio promete pagarla al vencimiento al portador legitimado; el girado, ajeno al derecho cartular, se convierte en el principal y directo obligado (art. 46 Dec-Ley n° 5965/63), a quien debe recurrirse para exigir la prestación oportunamente en tanto los demás deudores sólo responden subsidiariamente.

Conforme con lo determinado por el artículo 23 del Dec-Ley n° 5965/63 la letra puede ser presentada para su aceptación por el girado en el domicilio indicado, hasta el día del vencimiento. En virtud de ello, se colige que la letra no puede presentarse para su aceptación luego de operado el día de su vencimiento, solo en caso que éste coincida en día feriado, el plazo se prorrogará hasta el día hábil siguiente (art. 98 Dec-Ley n° 5965/63).

¹⁷² Bonfanti, M. Garrone, J. *De los Títulos de Crédito* – pág. 190.

¹⁷³ Escuti, I. *Títulos de Crédito* – pág. 88.

El artículo 25 del Dec-Ley n° 5965/63, establece que las letras de cambio giradas a cierto tiempo vista deben presentarse para la aceptación dentro del término de un año desde su fecha. Además, dicha norma faculta al librador a abreviar o ampliar el plazo mencionado y a los endosantes les autoriza sólo a abreviarlo.

Forma: La aceptación tiene que ser pura y simple, es decir incondicional, y si se la condiciona equivale a la falta de aceptación. A su vez, debe hacerse por escrito en la misma letra, con la leyenda “*aceptada*”, “*vista*” u otra equivalente.

Obligaciones del Aceptante: Conforme ya se dijo, la aceptación convierte al girado en obligado directo. El aceptante está obligado a pagar la letra al vencimiento, aunque el librador no lo haya provisto de fondos, o no sea su acreedor. El girado que acepta la letra se convierte en “*aceptante*”, es decir en obligado principal, y se denomina obligado directo.¹⁷⁴ El artículo 30 del Dec-Ley n° 5965/63 establece: “*Con la aceptación el girado queda obligado a pagar la letra de cambio a su vencimiento. A falta de pago el portador, aun cuando fuese el librador, tiene contra el aceptante una acción directa resultante de la letra de cambio por todo cuanto puede exigírsele en virtud de los arts. 52 y 53. El girado que acepta queda obligado aun cuando ignorase el estado de falencia del librador*”. El portador de la letra sólo puede dirigirse contra los obligados de regreso cuando el aceptante se niegue a pagar la suma indicada en el documento. Tanto el librador como los endosantes son garantes del pago que debe efectuar el girado aceptante. Finalmente, si el aceptante paga la letra, libera a todos los obligados cambiarios ya que se extinguen todas las obligaciones cartulares.

XI.5. Aval

Ha sido definido por Alegría, como “el acto unilateral no recepticio de garantía, otorgado por escrito en el título o fuera de él, en conexión con una obligación cartular formalmente válida, que constituye al otorgante en responsable cambiario del pago”.¹⁷⁵

¹⁷⁴ Cámara, H. *Letra de Cambio*. T° III - pág. 490.

¹⁷⁵ Alegría, H. *El Aval* - pág. 80.

El aval tiene como fundamental cometido, desde el punto de vista de la realidad económica, permitir la agregación de nuevas garantías, aunque quienes las otorgan no participen de la creación o circulación del título. El refuerzo del crédito se logra así mediante la actuación de un sujeto con esa intención específica, con lo que se obtiene en definitiva una más fluida posibilidad de circulación del documento, pues le agrega su responsabilidad como valorizador objetivo de confianza.¹⁷⁶

El aval puede ser parcial o total, es decir que puede otorgárselo por la suma indicada en el título o por una cantidad menor (art. 32 Dec-Ley n° 5965/63), pero si se lo da por una cantidad mayor a la expresada en el título, sólo será eficaz hasta la concurrencia del importe mencionado en aquél. Presenta los siguientes caracteres:

Unilateralidad: Se constituye con la sola declaración de voluntad del avalista, la cual es irrevocable y no recepticia.

Literalidad: Como todo acto cambiario, tiene que estar expresamente escrito en el título para su validez, de donde también surgirán los derechos y obligaciones de las partes.

Incondicionalidad: Es puro y simple, y por ende, no puede estar sujeto a condición alguna.

Abstracción: Está desvinculado de la causa que le dio origen.

Autonomía: El avalista no puede oponer al portador excepciones emergentes de situaciones personales con los anteriores portadores.

Independencia: Si bien el aval es un acto cambiario, sustancialmente independiente de la obligación avalada y de la que le dio origen al título, tiene una indisoluble conexión con ellas: la invalidez formal de la letra o el acto avalado determina la nulidad del aval. La eficacia del aval no depende de la validez sustancial de la relación que origina el título ni de la obligación garantizada; aun en el caso de que la firma del suscriptor del título o de la persona avalada sea falsa, el avalista sigue cambiariamente obligado (art. 7 Dec-Ley n° 5965/63)). El art. 34 párr. 2° de la misma norma, establece que la obligación del avalista es válida aun cuando la obligación garantizada sea nula por cualquier causa que no sea un vicio de forma.

¹⁷⁶ Bonfanti, M.; Garrone, J. *De los Títulos de Crédito* – pág. 402.

El aval tiene carácter conexo (no accesorio) con la obligación cartular, pero tal conexión es puramente formal. La obligación del avalista subsiste aunque la obligación garantizada o el título sean nulos por cualquier causa sustancial; sólo el vicio formal hace caer la garantía.

XI.5.1. Sujetos

Son los siguientes:

Avalista: Para ser avalista se debe gozar de capacidad cambiaria general. El aval puede darlo cualquiera de los obligados cambiarios: el aceptante, el librador, el endosante e incluso otro avalista (aval de aval). La ley establece, que el avalista queda obligado en los mismos términos que aquel por quien ha otorgado el aval (art. 34 Dec-Ley n° 5965/63). Por ende, es un obligado (solidario) más en una situación similar a la del avalado. Si el avalista pagara la obligación cartular, adquiere los derechos que derivan del título en contra del avalado y de los que están obligados cambiariamente hacia éste.

Avalado: “El aval debe indicar por cuál de los obligados se otorga. A falta de esta indicación se considera otorgado por el librador” (art. 33 Dec-Ley n° 5965/63). De ahí, que quien suscribe una letra, la ley presume que el aval se da a favor del librador.

XI.5.2. Formalidades

Como todo acto cambiario, el aval debe efectuarse por escrito y es imprescindible la firma del otorgante. El artículo 33 Dec-Ley n° 5965/63 señala tres formas en que puede materializarse el aval, ellas son:

La Expresión “Aval” u otra Equivalente: Ésta debe constar en cualquier lugar del título o en su prolongación; y son aceptables expresiones como “*por garantía*”, “*fiianza*”, “*caución*”, “*solidariamente*”, etc.

La Simple Firma en el Anverso del Título: La simple firma del avalista, sin aditamento alguno, tiene que lucir en el anverso del título, cuando no se trata de la del librador o aceptante.

XI.5.3. Diferencias con la Fianza

La doctrina ha señalado las siguientes diferencias:

- La obligación del avalista es una obligación cartular, por ende perteneciente al derecho cambiario; la fianza, es una obligación contractual, propia del derecho contractual;
- La obligación del avalista es directa, independiente y solidaria; la del fiador es siempre accesoria y puede o no ser solidaria;
- El avalista no puede valerse de las excepciones personales del avalado, ya que su obligación es independiente y el derecho del tercero es autónomo; el fiador puede valerse de todas las defensas del deudor garantizado, aún en contra de la voluntad de éste;
- La nulidad de la obligación avalada que no provenga de los vicios de forma, no afecta al aval; por el contrario, afecta a la fianza, haciéndola nula o anulable salvo cuando la anulabilidad corresponda por incapacidad del deudor principal;
- Para accionar contra el avalista no se requiere excusión ni interpelación judicial previa al avalado; en la fianza civil existe el derecho de excusión previa del deudor principal y en la fianza mercantil, aunque no se otorga tal beneficio, el acreedor previamente debe interpelar judicialmente al deudor principal.

XI.6. Vencimiento de las Obligaciones Cambiarias

El vencimiento, es el momento a partir del cual se hace exigible la obligación cartular del cual se hace exigible la obligación cartular en función del acaecimiento del evento previsto a tales fines por la ley. El vencimiento cumple múltiples funciones, así:

- es el momento en que debe cumplirse la prestación dineraria;
- establece la oportunidad en que hay que formalizar el protesto;
- determina el día inicial para el cómputo de la prescripción;

- fija el momento hasta el cual puede transmitirse el título mediante endoso (art. 21 Dec-Ley n° 5965/63); etc.¹⁷⁷

El plazo de pago, que es el que determina el vencimiento, debe ser posible, único e incondicional y debe surgir del tenor literal del título, esto es, sin necesidad de recurrir a otros elementos extracartulares, salvo los casos en que la ley expresamente permite que surja del protesto. Así, es inválido el título con la expresión “pagadero el día en que Juan Pérez cumpla cien años”, ya que su vencimiento tendría que determinarse por la partida de nacimiento correspondiente.¹⁷⁸

No se computa el día en que empieza a correr el plazo y éste se cuenta por días corridos, los feriados intermedios quedan comprendidos dentro del plazo (art. 99 21 Dec-Ley n° 5965/63).

El Dec-Ley n° 5965/63 en su artículo 35 indica taxativamente cuatro formas de vencimientos:

A Día Fijo: Constituye la forma más simple y usual de vencimiento y es sumamente corriente en el pagaré: consiste en indicar un día determinado. El mismo puede determinarse de múltiples formas: el día, mes y año, con cifras y letras, o puede fijarse de otra forma indubitable, por ej: el primer lunes de mayo de un determinado año, o mencionando el día y el mes con la expresión “próximo”.

A Tiempo Fecha: En el título a tiempo fecha, el vencimiento se produce por el transcurso del tiempo en él determinado, que se computa desde la fecha de la firma del documento (ej: pagaré al año de la fecha, pagaré a los tres meses de la fecha, etc.). Los títulos a uno o varios meses fecha, vencen en igual día del mes en el cual el pago debe efectuarse. Si no se indica día pertinente, vence el último día del mes. La expresión “medio mes” debe entenderse como un plazo de “quince días” y si el plazo hubiera sido fijado para el comienzo, mitad o fines de mes, vence el primero, el quince o el último día del mes, respectivamente (art. 38 Dec-Ley n° 5965/63).

¹⁷⁷ Escuti, I. *Títulos de Crédito* – pág. 150.

¹⁷⁸ Cámara, H. *Letra de Cambio*. T° II - pág. 274.

A Cierta Tiempo Vista: Los títulos a cierto tiempo vista tienen una forma de vencimiento similar a los “*A Tiempo Fecha*”, pero el plazo comienza a computarse a partir de la “vista” del documento por parte del obligado principal. En efecto, a éste se le debe presentar el título a tales efectos y en él deben quedar asentadas la constancia de la vista y su fecha: en el pagaré, la vista por parte del suscriptor; en la letra, la aceptación del girado.

A la Vista: El título a la vista es pagadero a su presentación. En los títulos a la vista, el vencimiento se produce con la presentación al cobro. En estos títulos el vencimiento se determina siempre en forma documental: con las manifestaciones literales asentadas en el título por el principal obligado o, en su defecto, con el protesto.

XI.7. Pago

En los pagarés y letras se puede conceptualizar al pago, como el cumplimiento de la promesa efectuada por el librador, de pagar (*pagaré*) o hacer pagar (*letra de cambio*) la suma de dinero indicada en el título.

El pago implica un momento fundamental en la obligación, cual es el de su cumplimiento mismo. Si bien, las obligaciones cambiarias pueden extinguirse por otros medios previstos en el derecho: novación, transacción, compensación, etc; la ley cambiaria ha regulado como tales al pago, la prescripción y la caducidad.

Legitimación: Debemos analizar este aspecto desde el lado activo y el pasivo;

- **Activa:** Pueden exigir el pago el portador legítimo, su representante legal o un mandatario suyo, o un endosatario en procuración, o un endosatario en garantía.
- **Pasiva:** En primer lugar, son obligados cambiarios el librador del Pagaré, el aceptante de la Letra de Cambio y sus respectivos avalistas.

Consecuencias: Si lo realiza el librador del Pagaré o el aceptante de la Letra, se extinguen los derechos emergentes del título, y quien pagó no tiene derecho a ir cambiariamente contra ninguno de los otros obligados. Ahora, si el pago es realizado por alguno de los otros obligados, ej: avalista, endosantes; éstos pueden

ir cambiariamente contra los demás obligados anteriores a ellos, estos son los anteriores endosantes y el librador.

Lugar de Pago: Según el artículo 41 del Dec-Ley n° 5965/63, el título debe presentarse para el pago en el lugar y dirección indicados. Es el portador quien debe concurrir al lugar de pago a exigírselo al deudor, lo cual es lógico que así sea, ya que tratándose de un título circulatorio el deudor no puede saber quién es el portador al momento del vencimiento. En caso que se hubieran establecido varios lugares de pago, queda al arbitrio del portador elegir dónde exigirlo.

Prueba del Pago: La forma idónea es la constancia de pago inserta en el título, su entrega y el pertinente recibo. El único caso en que no es dable exigir la entrega del título es en el del pago parcial, pero en este supuesto se debe exigir, además del recibo, su anotación en el documento (art, 42, 2° y 3° párr. Dec-Ley n° 5965/63).

XI.8. Protesto

El protesto es un acto que tiende a constatar una situación insatisfecha, aunque normalmente se limita su alcance a la constatación de la falta de aceptación o de pago.

También pueden acreditarse otros eventos cambiarios, por ej: la determinación de la fecha de la vista en los títulos a cierto tiempo vista y a la vista.

Nuestra legislación regula, dos tipos de protestos: el notarial y el bancario (art. 63 Dec-Ley n° 5965/63). Sin embargo, el segundo nunca ha tenido vigencia por falta de reglamentación.

De ahí que ha sido bien conceptualizado, de la siguiente forma: “El protesto es el acto formal y auténtico, realizado por un notario a requerimiento del portador del documento, que tiende a constatar un evento previsto por la ley”.¹⁷⁹

El protesto no da autenticidad a las firmas ni constituye al título en instrumento público. Tampoco elimina la posibilidad de oponer la excepción de

¹⁷⁹ Legón, F. *Letra de Cambio y Pagare* – pág. 242.

falsedad, no atribuye titularidad de crédito emergente del documento, ni legitima la tenencia de quien lo hace levantar.

Hay dos clases de protesto:

Por Falta de Pago: Debe formalizarse dentro de los dos días hábiles posteriores al vencimiento, por lo que es improcedente e inoperante el protesto realizado el día del vencimiento. La realización oportuna del protesta por falta de pago impide la caducidad de las acciones cambiarias de regreso, pero no obstaculiza el ejercicio de la acción directa (art. 57 Dec-Ley n° 5965/63).

Por Falta de Aceptación: Debe efectuarse en los plazos fijados para la presentación de la letra a ese fin. La presentación a la aceptación debe realizarse en cualquier momento antes del día del vencimiento. Sin embargo, en las letras giradas “a cierto tiempo vista” tienen que presentarse para su aceptación dentro del término de un año a partir de su fecha, plazo que puede ser ampliado o abreviado por los sujetos mencionados en el artículo 25 del Dec-Ley n° 5965/63. El protesto por falta de aceptación permite que el portado ejerza anticipadamente las acciones de regreso.

Artículo 50, 1° párr. Dec-Ley n° 5965/63: “El librador, el endosante o el avalista pueden, por medio de la cláusula ‘retorno sin gastos’, o ‘sin protesto’ o cualquiera otra equivalente, dispensar al portador de formalizar el protesto por falta de aceptación o de pago para ejercer la acción regresiva”.

En los últimos tiempos se ha impuesto la utilización de la cláusula “sin protesto”, lo cual ha provocado la desaparición casi total del protesto. Cuando es puesto por el librador, tiene efecto para todos los obligados cambiarios. En cambio, si es introducida por un avalista o un endosante, sólo respecto de él se produce la dispensa del protesto.

La cláusula “sin gastos” solamente exime de efectuar el protesto por falta de aceptación o de pago, por lo que el portador deberá efectuar protesto en los títulos librados “a cierto tiempo vista” por falta de aceptación y/o de pago.

XI.9. Acciones Cambiarias

Corresponde, ahora, enfrentarse al reverso de la medalla, a las normas jurídicas que tratan en mayor medida el aspecto patológico que puede surgir en la existencia de la letra; hay que defender al portador de esa enfermedad endémica que tanto preocupa al mercado de la moneda escritural: el impago. Y es también en este reverso (tan trascendental como el anverso) donde van a surgir, con más brillo y claridad que nunca, a los ojos del lector, aquellos particulares principios que inspiran y juegan permanentemente tras cada título de crédito cambiario. Se capta por fin la muy fundada razón de ser de ese particular “rigorismo cambiario”. Se llega a la razón práctica de muchos interrogantes que de otra manera nos hubieran dejado insatisfechos. Con mayor sentido deontológico aplicaremos la “abstracción”, la “autonomía”, la “literalidad”, y la “completividad” como principios jurídicos específicos de los títulos de créditos; todos ellos tienen de alguna manera un nexo común: la protección del portador... El ordenamiento legal no sólo procura la protección del portador del documento cuando, al vencimiento, la obligación contenida en él no es atendida, sino también, cuando determinados hechos (ej. estado de insolvencia del aceptante) hacen previsible que en su momento se producirá el impago.¹⁸⁰

La expresión “acción cambiaria” comprende tanto lo netamente sustancial como la cuestión procesal: por ello, algunos autores consideran más apropiado hablar de “pretensión cambiaria”, para designar el derecho de fondo o sustancial; y de “acción cambiaria” para aludir a la facultad de peticionar ante la justicia, mediante un determinado mecanismo procesal.

La “acción cambiaria” como pretensión se refiere al derecho incorporado al título, es decir a la facultad sustancial de obtener el pago o el reembolso del importe de la obligación cartular, con más los accesorios pertinentes (arts. 30, 52, 53 y 56 Dec-Ley nº 5965/63). Esta puede intentarse a opción del actor, en un proceso ejecutivo u ordinario, pero el derecho de fondo siempre es el mismo, y la vía procesal elegida importa la obtención de resultados más o menos rápido en razón de la menor o mayor amplitud de los medios probatorios y de los términos para esgrimir defensas.

¹⁸⁰ Bonfanti, M. Garrone, J. *De los Títulos de Créditos* – pág. 482.

La “acción cambiaria” en tanto facultad que corresponde a una persona para que requiera la intervención del Estado a efectos de tutelar la pretensión jurídica material, hace referencia al tratamiento procesal que reciben, en juicio; los títulos circulatorios.

XI.9.1. Acciones Directas y De Regreso

El artículo 46 del Dec-Ley n° 5965/63, en concordancia con otras normas, distingue entre acción directa y de regreso. Se diferencian en razón del obligado cartular contra el cual se ejerce el derecho de cobro del título. *“La acción cambiaria es directa o de regreso; directa, contra el aceptante y sus avalistas; de regreso, contra todo otro obligado”*.

Dicha norma determina la existencia de dos grandes categorías de obligados cartulares: el directo y el de regreso:

Obligados Directos: Comprende al aceptante de la letra, al librador del pagaré y a sus respectivos avalistas. Éstos se encuentran obligados de una determinada forma, ocupando una precisa posición jurídica en razón del acto cambiario que formalizaron (obligados directos). Su posición está dada, fundamentalmente, por el encuadramiento jurídico que merece el acto cambiario efectuado por el suscriptor. El ejercicio de la acción cambiaria directa presupone la presentación judicial del título valor y que de él resulte la investidura formal o aparente del portador. Si se hubiera perdido, robado o destruido el título, se debe acompañar la copia certificada de la resolución que dispuso su cancelación y de la cual surja la legitimación del actor, y la constancia judicial de que no se dedujo oposición o que se la rechazó definitivamente (art. 93 Dec-Ley n° 5965/63). Si se demanda al avalista del aceptante de la letra o del suscriptor del pagaré, obligado por documento separado, se tiene que acompañar el instrumento en que conste el aval.

Obligados de Regreso: Están incluidos en este tipo de acción todo otro tipo de obligado cambiario, amén de los mencionados en el punto que antecede, es decir el librador de una Letra de Cambio, los endosantes y sus respectivos avalistas; y en el caso del Pagaré, los endosantes y sus avalistas son los obligados de regreso. Conforme ya se explicó, los adquirentes del título posteriores al librador por la sola circunstancia de la adquisición del documento conforme a la ley de circulación “adquieren” el carácter de acreedores cambiarios, pero cuando transfieren el título

como endosantes se incorporan como deudores cartulares y se convierten en responsables frente a los que les suceden en la cadena de suscriptores: de tal modo cada firmante es acreedor del anterior y garante del siguiente. A medida que circular el título se van agregando deudores solidarios que se van incorporando como obligados en forma sucesiva y en el orden que van firmando: el portador de un pagaré (último endosatario) puede reclamar el pago al último endosante, a los anteriores al librador y al aceptante (en el caso de ser una Letra de Cambio). Así, el portador del título tiene amplia libertad para escoger el deudor o deudores cambiarios en forma simultánea o sucesiva, y no está obligado a seguir un orden ni a ir contra los obligados más próximos. El art. 47 del Dec-Ley n° 5965/63 dispone que el portador puede ejercer las acciones cambiarias de regreso aún antes del vencimiento: 1- por falta total o parcial de aceptación; 2- por la apertura del concurso del girado o del librador de una letra no aceptable; 3- por cesación de pagos del girado, o en razón de un embargo frustrado de sus bienes. Dadas las particularidades del Pagaré y lo dispuesto por el art. 103, se pueden ejercer anticipadamente las acciones cambiarias en el caso de concurso del suscriptor o de cesación de pagos o embargo frustrado de sus bienes.

La acción de reembolso, que es directa o de regreso según contra quién se dirige, constituye una acción autónoma, esto es, distinta de la que pueda haber sufrida quien abonó el título, aunque se rige por normas similares a las de las otras acciones.

Está legitimado para ejercer el reembolso el obligado cambiario portador del título que los abonó (extrajudicialmente o en sede judicial), y goza de una acción en contra de sus garantes (art. 53 del Dec-Ley n° 5965/63): obligado principal directo y de regreso anteriores a él y los respectivos avalistas.

También puede ejercer el reembolso el avalista que abonó el título en contra de su avalado y de los que están obligados cambiariamente respecto de éste (art. 34 *in fine*, Dec-Ley n° 5965/63) en su caso, con los límites del art. 59 del mismo cuerpo legal.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

- AFTALIÓN, Enrique. *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999.
- ALTERINI, Atilio. *Contratos Civiles-Comerciales-de Consumo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999
- BELLUSCIO, Augusto; ZANNONI, Eduardo. *Código Civil Comentado, Anotado y Concordado*. Buenos Aires: Astrea, 1985
- BONFANTI, Mario; GARRONE, José. *De los Títulos de Crédito*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1990.
- BORDA, Guillermo, *Manual de Derecho Civil (Parte General)*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999.
- CÁMARA, Héctor. *Letra de Cambio*. Buenos Aires: Ediar, 1970.
- CAZEAUX, Pedro y TRIGO REPRESAS, Felix. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Buenos Aires: Librería Editora Platense, 1986.
- ESCUTI, Ignacio. *Títulos de Crédito*. Capital Federal: Astrea, 1988.
- FARINA, Juan. *Compendio de Sociedades Comerciales*. Rosario: Zeus Editora, 1989
- FERNÁNDEZ, Raymundo; GÓMEZ LEO, Osvaldo. *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial*. Buenos Aires: Depalma, 1997.
- FONTANARROSA, Rodolfo. *Derecho Comercial Argentino (Parte General)*. Buenos Aires: Zavalía, 1999.

- GASTALDI, José. *Introducción al Estudio del Contrato*. Buenos Aires: La Ley, 2004.
- HART, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1977.
- LEIVA FERNÁNDEZ, Luis. *Colección de Análisis Jurisprudencial Contr. Civiles y Comerciales*. Buenos Aires: La Ley, 2002.
- LOPEZ de ZAVALÍA, Fernando. *Teoría de los Contratos (Parte General)*. Buenos Aires: Zavalía, 1975.
- LORENZETTI, Ricardo Luis “Tratado de los Contratos” (Parte General) –. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004
- LLAMBÍAS, Jorge. *Tratado de Derecho Civil (Parte General)*. Buenos Aires: Perrot, 1984.
- LLAMBÍAS, Jorge. “Vigencia de la teoría del acto jurídico inexistente”, en Revista de la Facultad de Derecho. y Ciencias Sociales de Buenos Aires., año III.
- LLOVERAS, Nora. *Patria Potestad y Filiación*. Buenos Aires: Depalma, 1986.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1995.
- NISSEN, Ricardo. *Ley de Sociedades Comerciales*. Buenos Aires: Abaco, 1997.
- PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G. *Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones*. Buenos Aires: Hamurabi, 2004.
- RICHARD, Efraín; ESCUTTI, Ignacio; ROMERO, José. *Manual de Derecho Societario*. Buenos Aires: Astrea, 1980.
- SOTO COHAUILA, Carlos A. *La Contratación Masiva y la Crisis del Contrato*. Diario La Ley 30-06-1999.
- ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo. “*El derecho. y la justicia*”, en Revista de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, julio-agosto, 1950.
- ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo. “*El Derecho y la Justicia*”, en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales., julio-agosto, 1950.