

SECCIÓN PRIMERA

DE LAS PERSONAS EN GENERAL

UII 4) 1-2

TÍTULO I

DE LAS PERSONAS JURIDICAS

1 Art. 30. — Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones.

CONCORDANCIAS: Cód. Civ., arts. 31, 32, 34, 39, 41, 42, 51, 52.

FUENTES: Aubry y Rau, ob. cit., tomo I, n.ºs. 52 y 54; Freitas, art. 16 y nota; Cód. chileno, art. 55.

2 § 1. **Definición de la persona.** — El codificador inicia el Libro Primero con una definición de la persona. Como esta clase de precisiones corresponde a la ciencia del derecho, queda ordinariamente fuera de las leyes, y por lo tanto se critica su inclusión en el artículo del Código ¹.

La persona es siempre el ser humano, y éste aparece en el campo del derecho individualmente o en grupos. Por eso, para dar una definición que abarque ambas especies es necesario elevarse a un género que las contenga. Según explica Freitas —fuente del artículo— "sin remontar a la idea de ente, nadie podrá traducir la síntesis de la existencia de las personas" ², porque "más allá de la idea del ente humano no hay otra idea superior sino la de ente" ³.

Freitas dice que "hay dos mundos, el visible y el ideal" ⁴, y de ahí deriva su terminología: "personas de existencia visible" y "personas de existencia ideal" ⁵.

¹ Conf. Busso, I, n.º 3, p. 243; Spota, I, vol. 31, n.º 579, p. 7.

² Freitas, nota del art. 6.º. Véase López Olaciegui en Salvat, I, n.º 351-C, p. 346.

³ Freitas, lug. citado.

⁴ Freitas, lug. citado.

⁵ Sobre terminología, véase el comentario del art. 31.

2. **Persona y hombre.** — En el fondo de la definición dada por eligo subyace la idea de que necesariamente los hombres son *as* y las personas son hombres (aisladamente considerados o *pos*)⁶.

El ordenamiento jurídico tiene como creador y como destinatario al hombre, y por eso no puede prescindir de su realidad. Los casos de seres humanos reducidos a la categoría de "cosas", como son en las instituciones de la muerte civil y la esclavitud, no más que confirmarlo, ya que constituyen excepciones expresamente legisladas, que con el transcurso del tiempo han sido objeto de un juicio general por ser contrarias a la naturaleza humana.

Nadie puede ampliarse el concepto de persona para que comprenda algo no humano (cosas), pues se caería en un puro artificio de representación alguna en la realidad. Persona es siempre la conciencia jurídica de una existencia humana, sea ésta la de un individuo o la de una colectividad.

3. **Sentido de la definición.** — Al enunciar el concepto de la persona, la ciencia del derecho no pretende dar una definición completa del ser humano, sino que se limita a establecer las características relevantes de éste a los efectos del ordenamiento jurídico. La definición no dice "qué" es persona, o cuál es su esencia, sino "quién" son las personas. Tampoco singulariza al ente por algo que conceptualmente corresponda a su estructura, sino por aquello que "puede hacer"⁷; intervenir como sujeto en las relaciones jurídicas.

4. **La personalidad como aptitud.** — La palabra *susceptibles* usada por el codificador en la definición implica que la personalidad, en el plano jurídico, consiste en la *aptitud* para adquirir derechos y contraer obligaciones⁸. Esta aptitud se llama *capacidad jurídica*, es decir, posibilidad de ser sujeto en las relaciones jurídicas.

Como tal posibilidad, la personalidad no depende ni de la extensión de su capacidad de derecho, ni de la efectiva adquisición de derechos. Es una *calidad jurídica* requerida para investir los derechos, y si misma no constituye un derecho⁹.

Conf. López Olaciregui en Salvat, I, n° 351-C, p. 346.

López Olaciregui en Salvat, *loc. cit.*

Conf. Aubry y Rau, 3ª ed., n° 52, p. 164; De Ruggiero, I, n° 21, Salvat, I, n° 346; Orgaz, A., *Personas individuales*, Bs. As., 1946, p. 6; I, n° 15, p. 244.

Conf. Enneccerus, Kipp y Wolff, Parte General, 2ª ed., I, vol. I, n° 76, Orgaz, *ob. cit.*, p. 19.

§ 5. **Persona y sujeto.** — Cuando la persona interviene en las relaciones jurídicas se hace *sujeto* de ellas. Sujeto de derecho es, pues, la persona que se ha convertido en titular de una relación jurídica. Persona significa potencialidad, posibilidad; sujeto es acto, realización de la posibilidad¹⁰. Sin embargo, en la práctica suelen utilizarse indistintamente ambos términos.

§ 6. **Fundamento jurídico de la personalidad.** — La personalidad puede concebirse como una creación o emanación del derecho positivo (positivismo), o bien como el reconocimiento necesario de calidades que existen en el ser humano (jurnaturalismo).

En la posición positivista extrema de Kelsen se llega a suprimir el concepto de persona. Este autor sostiene que se trata de una duplicación innecesaria del objeto de conocimiento, que responde a la necesidad de "imaginar" un portador de los derechos y deberes¹¹. Niega la idea de substancia, y también la de persona, que en la doctrina tradicional es la substancia jurídica, a la que pertenecen como cualidades los deberes y los derechos¹².

Por ello, para Kelsen, la persona es sólo la unidad personificada de sus derechos y deberes, y como según él éstos son normas jurídicas, es "la personificación de un conjunto de normas jurídicas que, por constituir deberes y derechos que contienen la conducta de uno y el mismo individuo, vienen a regular el comportamiento de ese individuo"¹³.

Diversos son los postulados del jurnaturalismo. En el plano metafísico, sostiene que la substancia es la única realidad permanente, que no se confunde ni con sus elementos constitutivos ni con sus accidentes¹⁴. En el plano jurídico, cree que la personalidad no es una creación *ex nihilo* del derecho, sino la versión técnica de una realidad correlativa, existente por sí: "el hombre es persona en el ordenamiento, pero no lo es *por* el ordenamiento"¹⁵. Spota explica esta correlatividad distinguiendo entre el "concepto formal" de la persona y el "substrato material" de ella¹⁶.

La aptitud que constituye al hombre en persona del derecho "le viene al sujeto de sí mismo, de alguna calidad esencial existente en él que no es posible desconocer so pena de frustrar la libre actuación del hombre y con ello deformar la convivencia humana"¹⁷.

¹⁰ Conf. López Olaciregui, en Salvat, I, n° 351-F, p. 353.

¹¹ Kelsen, *ob. cit.*, p. 109.

¹² Kelsen, *ob. cit.*, *loc. cit.*

¹³ Kelsen, *ob. cit.*, p. 111.

¹⁴ Conf. Aristóteles, *Metafísica*, Lib. V, cap. 8, en "Obras", Madrid, Aguilar, 1964, ps. 967-68.

¹⁵ López Olaciregui en Salvat, I, n° 351-D, p. 348.

¹⁶ Spota, I, vol. 31, n° 579, p. 7.

¹⁷ Lambias, Parte General, I, n° 315, p. 252.

7. Los atributos jurídicos de la personalidad. — Desde el punto de vista jurídico las personas poseen un conjunto de elementos activos, llamados también atributos.

En las personas físicas esos atributos son: la capacidad, el estado, el nombre, el domicilio y el patrimonio.¹⁸

Estos elementos constitutivos o atributos son necesarios, pues la concurrencia el ente no podría poseer la calidad de persona.¹⁹ El principal es la capacidad de derecho —atributo de titularidad—, a la que llega a confundirse con la personalidad misma.²⁰ Los atributos —complementarios— se refieren a la posición del sujeto en la familia, a su individualización, localización en el espacio y posesión efectiva o posible de bienes.

Los atributos no son en sí mismos derechos, sino presupuestos que el sujeto pueda ser titular de derechos.²¹ Ello no obsta, que existan una serie de derechos vinculados a los atributos o típicamente derivados de ellos: derecho al nombre; derechos derivados del estado de familia, etcétera.

8. Las relaciones jurídicas. — Las normas jurídicas regulan la conducta de cada persona frente a las demás, estableciendo sus derechos y deberes. Cuando existe una coordinación entre el derecho al deber de otro, ordenada por el derecho positivo, nosotros frente a una relación jurídica.

Según Enneccerus ésta es "una relación de la vida ordenada por derecho objetivo, y que consiste en una dirección jurídicamente de una persona hacia otra persona o hacia ciertos objetos o derechos".²²

Roubier dice que son el "conjunto de derechos y de deberes, prerrogativas y de cargas que se crea sobre la base de un hecho, o acto y que engendra efectos jurídicos".²³ Para von Tuhr, el conjunto de las consecuencias jurídicas que fluyen de una relación entre personas, o de una persona sobre una cosa, ya sea consistan en un derecho subjetivo, o en la posibilidad de que o en otros efectos jurídicos.²⁴

En el mismo sentido, dice Messineo que "el nexo lógico que, sobre atributos de las personas jurídicas, véase el comentario del art. 1.

¹⁸ Conf. López Olaciregui en Salvat, I, n° 399-A, p. 391.

¹⁹ Conf. López Olaciregui en Salvat, I, n° 399-C, p. 392; Enneccerus, Wolff, Parte General, tr., 2ª ed., I, vol. I, n° 76, p. 318.

²⁰ Conf. López Olaciregui en Salvat, I, n° 399-A, p. 391.

²¹ Enneccerus, Kipp y Wolff, Parte General, tr., 2ª ed., I, vol. I, n° 279.

²² Roubier, P., *Droits subjectifs et relations juridiques*, París, 1963, n° 138.

²³ Von Tuhr, I, vol. I, p. 158.

de ordinario, tiene lugar entre relación jurídica, de un lado, y derecho subjetivo y deber, de otro, puede tener, también, por términos, la relación jurídica y una situación jurídica, de la cual pueden nacer mediatemente derechos subjetivos y deberes".²⁵

La doctrina utiliza en diversos sentidos los términos "relaciones" y "situaciones" jurídicas, por cuya razón es necesario establecer el significado que tienen para nuestra ley, pues se los menciona expresamente en el art. 3º del Código.

§ 9. Las situaciones jurídicas. — Según Betti, "la relación constituye la especie más destacada y más completamente desarrollada, del género 'situación jurídica', entendida esta expresión en su significado más lato".²⁶ En igual sentido dice Roubier que, "todas las leyes son hechas, en efecto, para determinar cierto número de situaciones jurídicas a favor o en contra de ciertas personas", y que "el nombre de situación jurídica ha sido elegido por ser el más vasto de todos".²⁷ En esta concepción, pues, la situación jurídica es el término más genérico, que abarca todo efecto de las normas respecto de las personas.

Messineo advierte que para algunos autores el concepto de situación jurídica tiene un significado distinto, designándose así "el conjunto de los efectos que derivan de una relación entre personas; en tal sentido, incluiría en sí la noción de relación jurídica, y, en cierto modo, coincidiría con ella".²⁸ En nuestra opinión, este significado secundario de la palabra induce a confusión, y por lo tanto debe ser descartado.

En un tercer sentido, empleado en la redacción del actual art. 3º del Código, "relación" y "situación" jurídica se emplean como conceptos contrapuestos, es decir, como especies diferentes dentro de un mismo género. Así, dice Borda que la "relación jurídica es aquella que se establece entre dos o más personas, con un carácter peculiar y particular, esencialmente variable; las más frecuentes son las que nacen de la voluntad de las partes: contratos, testamentos. Aun nacidas de la ley, como, por ejemplo, la obligación de reparar los daños, pueden ser modificadas por la voluntad de los titulares. La relación jurídica desaparece con el ejercicio del derecho y el cumplimiento de la obligación".²⁹

En cambio, "la situación jurídica objetiva es permanente; los poderes que de ella derivan son susceptibles de ejercerse indefinidamente, sin que por ello desaparezca la situación o poder; está organi-

²⁵ Messineo, II, n° 7, p. 5.

²⁶ Betti, p. 9.

²⁷ Roubier, P., *Le droit transitoire*, n° 39, p. 161.

²⁸ Messineo, *loc. cit.*

²⁹ Borda, C., *Efectos de la ley con relación al tiempo*, FD 28-610.

por la ley de modo igual para todos. Ejemplos característicos de derecho de propiedad y, en general, todos los derechos reales; acción de padre, hijo, esposo, etcétera.³⁰

10. **Los elementos de las relaciones jurídicas.** Dentro de las personas jurídicas encontramos como elementos constitutivos a los sujetos, el objeto y la causa. Sujetos son las personas que intervienen en la relación, en posición activa o pasiva. El sujeto activo es titular de derechos, mientras que el sujeto pasivo es titular de deberes.

El objeto constituye el contenido de la prerrogativa del titular. Es el hecho del cual surgió la relación.³¹

dejamos de considerar las relaciones en forma objetiva, para verlas desde el punto de vista de los sujetos implicados en ellas, aparecen como derechos subjetivos de los que es titular el sujeto activo, es decir, poderes, facultades o potestades que le pertenecen, y como deberes jurídicos del sujeto pasivo, o sea, obligaciones, responsabilidades o cargas que a éste le incumben.³² Claro está que las relaciones complejas, o de índole sinalagmática, ambos sujetos ocupan alternativamente una y otra posiciones.

11. **Los derechos subjetivos.** -- Si se consideran directamente las prerrogativas del sujeto activo de una relación jurídica frente a las personas que las regulan, se encuentran dos sentidos de la palabra "derecho": objetivo y subjetivo. En sentido objetivo, es derecho el contenido de las normas jurídicas; en el subjetivo, todas aquellas prerrogativas que se presentan como cualidades de los sujetos. Los efectos de oponerse, ambos significados se correlacionan. Las prerrogativas emanan de las normas que las consagran, no pueden existir mismas, sino que es necesario un ordenamiento que las atribuya a sujetos. Ello así porque el hombre no puede tener derechos frente a los demás hombres, y por tanto, en virtud de un ordenamiento social que establezca cuándo los tiene.

Volviéndose prioridad en la correlación al derecho objetivo, se reanuda el problema de si los individuos, por el solo hecho de existir, tienen o no derechos directamente provenientes de su naturaleza humana, que el ordenamiento jurídico debe reconocer y reglamentar, o lo contrario, dentro del campo jurídico sólo existen los derechos que otorga el propio ordenamiento. En otras palabras, si el derecho natural prevalece o influye decisivamente sobre el derecho positivo.

El iusnaturalismo sostiene que el derecho objetivo está subordinado.

³⁰ Borda, ob. y lug. citados.

³¹ Conf. Llambías, Parte General, I, n.º 311, p. 246.

nado al derecho natural, concebido como un conjunto de principios inherentes a la naturaleza humana.

El positivismo sostiene la prevalencia del derecho positivo, negando en general la existencia misma del derecho natural. Tales son las tesis de Duguit y Kelsen, para quienes la creación normativa depende exclusivamente del Estado, que impone deberes a los sujetos. Por esta vía, llegan a la conclusión de que tampoco existen derechos subjetivos derivados del derecho objetivo.

La posición de Santo Tomás de Aquino en este problema parte de la evidencia de que el derecho natural —conjunto de principios— no basta por sí mismo para ordenar las relaciones humanas, razón por la cual tiene un complemento necesario en el derecho positivo. "Un ordenamiento jurídico concreto es siempre una solidificación o incrustación de elementos positivos en torno a un núcleo central; la parte positiva es el revestimiento dado por el hombre a una cosa justa *ex natura sua*, es una demarcación exacta de los límites de una cosa naturalmente justa, pero no bien delimitada naturalmente (así como que el ladrón debe ser castigado es justo natural, pero que sea castigado con tal o cual pena, esto es de ley positiva)."³²

En esta posición es raro que aparezca un conflicto entre ambos derechos —natural y positivo—, pero en caso de que se plantee un conflicto debería resolverse en favor del derecho natural. Porque el criterio de justicia que fundamenta el derecho positivo —diferenciación del puro arbitrio— sería precisamente el derecho natural.

§ 12. **Doctrinas negativas del derecho subjetivo.** -- Dabin advierte que en torno a los derechos subjetivos se plantean dos problemas: la discusión sobre su existencia, por una parte, y por la otra las polémicas acerca de su definición.³³

Los positivistas extremos, así como niegan la existencia del derecho natural, y por consiguiente los derechos subjetivos inherentes a la persona humana, niegan también la posibilidad de que existan derechos subjetivos derivados del derecho positivo.

I. *Tesis de Duguit.* Este autor niega la existencia del derecho natural, y por lo tanto, la de todo derecho subjetivo fundamentado en él.

Respecto de la existencia de derechos subjetivos derivados del derecho positivo, parte de un análisis de la definición que de éstos había dado Savigny, tomada en su sentido más llano, para concluir negándoles toda posibilidad de existencia.

Si el derecho subjetivo es un "poder de voluntad" —como dice

³² Graneris, G. *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, Bs. As., Eudeba, 1973, p. 25.

³³ Dabin, J., *El derecho subjetivo*, Madrid, 1955, p. 6.

ny³⁴—, sería una cualidad propia de ciertas voluntades, que les imponerse a otras³⁵. Esa virtualidad no se verifica analizando lógicamente el fenómeno de la voluntad; por lo tanto, no existe. Duguit sustituye por tanto el derecho subjetivo por el concepto unación jurídica. Esta situación jurídica, activa o pasiva, es la objetiva misma bajo su aspecto subjetivo, en cuanto es aplicada al individuo³⁶. El deber prescripto a un sujeto por la norma jurídica implicar una ventaja para otro sujeto, pero ello no quiere decir que este otro tenga un derecho; simplemente, está situado frente a una en determinada posición.

Y critica a esta doctrina el punto de partida: la voluntad aludida en la definición de Savigny es un concepto jurídico, que no debe confundirse con la voluntad considerada por la psicología.

Ampoco pudo Duguit explicar la inexistencia de derechos subjetivos en los casos en que el derecho objetivo concede al individuo libertad de elección entre el ejercicio o no de las vías de derecho (nes), cuando la norma ha sido violada. Ni menos aún, cómo que la conducta prescripta a una persona (deber) varía en función de lo que libremente sea decidido por otra (como en las quitas, cesiones, remisiones de deudas, renunciaciones, etcétera).

C. *Tesis de Kelsen.* Kelsen descarta el derecho natural, pues de que debe construirse una teoría para el derecho, libre de elemento metafísico. No pueden existir, en consecuencia, derechos subjetivos al hombre, que preexistan al derecho objetivo.

Derivados del derecho objetivo, sólo existen derechos subjetivos en el sentido técnico, como producto de una determinada técnica legislativa. Las normas jurídicas imponen deberes y establecen sanciones en consecuencia; no es necesario reconocer derechos subjetivos. En consecuencia, el derecho subjetivo no requiere en todos los casos la voluntad de su titular, o la de su representante legal que se imputará a aquél, en estos supuestos excepcionales, se trata simplemente de la voluntad del orden jurídico³⁷.

La objeción decisiva que se opuso a esta teoría es que olvida un aspecto fundamental del derecho subjetivo: la finalidad para la cual se lo ha concedido³⁸.

II. *El derecho subjetivo como interés jurídicamente protegido.* Reaccionando contra las teorías voluntaristas, Ihering define el derecho subjetivo por su finalidad: el verdadero derechohabiente es aquel

³⁴ Savigny, I, nº 53, p. 224.

³⁵ Duguit, L., *Traité de droit constitutionnel*, 3ª ed., París, 1927, I, nº 5.

³⁶ Duguit, ob. cit., nº 41, p. 444.

³⁷ Kelsen, ob. cit., p. 69.

³⁸ Kelsen, ob. y lug. citados.

misma³⁹. Es decir, cuando se hace depender la imposición de las sanciones de la demanda de cierto individuo (el actor)⁴⁰.

La crítica más acertada que puede dirigirse a esta concepción, a nuestro juicio, es que confunde el derecho con la acción.

§ 13. *Definición del derecho subjetivo.*—I. *El derecho subjetivo como poder de voluntad.* La doctrina tradicional definió el derecho subjetivo como un "poder de voluntad". Así, dice Savigny que "cada relación de derecho se nos aparece como una relación de persona a persona, determinada por una regla de derecho, y esta regla asigna a cada individuo una esfera en que su voluntad reina independientemente de toda voluntad extraña"⁴¹.

Windscheid desarrolló esta idea, encontrando dos aspectos en el análisis de los derechos subjetivos: en primer lugar, el derecho a un cierto comportamiento, acto o inacción, por parte de todas las personas, o de una persona determinada, frente al titular. En este caso, el derecho subjetivo aparece como una potencia de voluntad (*Willensmacht*).

El segundo aspecto se da en el derecho a los actos de disposición jurídica, en el cual existe soberanía de la voluntad (*Willensherrschaft*)⁴².

El propio Windscheid reconoció las dificultades que plantea la voluntad como elemento de los derechos subjetivos, pues éstos pueden adquirirse independientemente de la voluntad del titular (caso de la persona por nacer); puede una persona tener derechos sin saberlo, o bien, pueden existir incapaces desprovistos de representación legal. En consecuencia, el derecho subjetivo no requiere en todos los casos la voluntad de su titular, o la de su representante legal que se imputará a aquél, en estos supuestos excepcionales, se trata simplemente de la voluntad del orden jurídico⁴³.

La objeción decisiva que se opuso a esta teoría es que olvida un aspecto fundamental del derecho subjetivo: la finalidad para la cual se lo ha concedido⁴⁴.

II. *El derecho subjetivo como interés jurídicamente protegido.* Reaccionando contra las teorías voluntaristas, Ihering define el derecho subjetivo por su finalidad: el verdadero derechohabiente es aquel

³⁹ Kelsen, ob. cit., p. 97.

⁴⁰ Kelsen, ob. cit., p. 98.

⁴¹ Savigny, I, nº 52, ps. 222-23.

⁴² Windscheid, 8ª ed., I, nº 37, ps. 131-32.

⁴³ Windscheid, ps. 132-33 y nota 3.

⁴⁴ Conf. Enneccerus, Kipp y Wolff, I, vol. I, nº 65, p. 281 y nota 2; De Ruggiero, I, vol. I, nº 21, p. 208.

puede pretender, no el querer, sino el *aprovechar*. Por lo tanto, derechos son intereses jurídicamente protegidos ⁴⁵.

Dos elementos constituyen el principio del derecho, uno subjetivo, en el que reside el fin práctico del derecho, y que es la utilidad, la ventaja, la ganancia asegurada por el derecho; el otro objetivo, que se refiere a ese fin únicamente como medio, a saber: la satisfacción del derecho, la acción judicial ⁴⁶. "Cualquier derecho para el servicio, para la utilidad del hombre; siempre tiene contenido un bien, de naturaleza moral o económica, que objetivamente representa un valor, y subjetivamente, respecto del individuo un interés. Este interés es lo que constituye el principio del derecho, al que se une la acción judicial" ⁴⁷.

Si bien Ihering tiene el mérito de haber destacado uno de los aspectos de la cuestión, cual es la importancia de la finalidad del derecho subjetivo, se lo ha criticado desde diversos ángulos.

La mera existencia de mandatos del derecho (normas) a favor de una persona no otorga aun a ésta el permiso o la facultad de ejercer su voluntad de alguna manera. "El que está 'protegido por una norma' no está 'investido de un derecho' por esto solo" ⁴⁸. Debe distinguirse entre el interés legítimo y el derecho subjetivo; este último es siempre un *poder*, prerrogativa que se ejerce por medio de la voluntad.

Lo que puede definirse el derecho subjetivo exclusivamente por el elemento que su esencia contiene el elemento de poder actuado por una voluntad.

II. *Definiciones eclécticas*. Ante la insuficiencia de las definiciones de Ihering y de Savigny, se han dado diversas definiciones que abarcan ambos aspectos del problema.

Michoud: "El derecho es el interés de un hombre o de un grupo de hombres jurídicamente protegido por medio de la potestad reconocida a una voluntad para representarlo y defenderlo" ⁴⁹.

Satellies: "Es un poder puesto al servicio de un interés de carácter social y ejercido por una voluntad autónoma" ⁵⁰.

Enneccerus: "Conceptualmente el derecho subjetivo es un poder atribuido al individuo por el ordenamiento jurídico; según su fin, es un medio para la satisfacción de intereses humanos. Únicamente me-

⁴⁵ Ihering, R., *L'esprit du droit romain*, 3ª ed. (citada por Dabin J., ob. cit., nº 70, p. 325).

⁴⁶ Ihering, ob. cit., nº 70, ps. 327-28.

⁴⁷ Ihering, ob. cit., y lug. citados.

⁴⁸ Enneccerus, Kipp y Wolff, I, vol. I, nº 65, p. 282.

⁴⁹ Michoud, L., *La théorie de la personnalité morale*, Paris, 1906, I, nº 105.

⁵⁰ Satellies, R., *De la personnalité juridique*, Paris, 1910, Lección XXII,

dante la ponderación de ambos lados de su esencia se llega a conocer plenamente el derecho subjetivo" ⁵¹.

Messineo: "Es el poder, atribuido y garantizado (protegido) por el ordenamiento jurídico al sujeto, a fin de que se valga de él (elemento teleológico del derecho subjetivo) para satisfacer un interés" ⁵².

Llambías: Es "la prerrogativa reconocida a la persona por el ordenamiento jurídico para exigir un comportamiento ajeno tendiente a la satisfacción de intereses humanos" ⁵³.

Esta última definición contiene, en nuestra opinión, todos los elementos del derecho subjetivo.

Art. 31. — Las personas son de una existencia ideal o de una existencia visible. Pueden adquirir los derechos, o contraer las obligaciones que este Código regula en los casos, por el modo y en la forma que él determina. Su capacidad o incapacidad nace de esa facultad que en los casos dados, les conceden o niegan las leyes.

CONCORDANCIAS: Cód. Civ., arts. 21, 30, 32, 33, 35, 36, 39, 41, 45, 51, 52 y 53.

FUENTES: Freitas, *Esboço*, art. 17 y nota.

UI 14

§ 1. *Clasificación de las personas*. — Definida genéricamente la persona en el art. 30, el codificador desarrolla aquí el modelo de Freitas ¹, distinguiendo entre las personas según el modo de su existencia. Adopta, por lo tanto, los términos "personas de existencia visible", para designar los individuos humanos, y "personas de existencia ideal", como nombre de los grupos humanos personificados.

En su nota al art. 272 del *Esboço*, expresó Freitas las razones que lo habían inducido a apartarse de las denominaciones vigentes en su época. "Era menester adoptar una expresión más genérica, una denominación más amplia que las adoptadas de personas morales, personas jurídicas, capaz de abrazar todas las representaciones posibles, todas las entidades susceptibles de adquirir derechos, todas las personas, en suma, que no fuesen personas de existencia visible" ². Pero hay que tener en cuenta que Freitas llevó a límites extremos la personificación de entidades, declarando como tales al pueblo del Imperio y a la Corona (art. 274), las herencias yacentes, las representaciones voluntarias por apoderados, albaceas, inventariadores y herederos, y las representaciones necesarias (art. 278).

Nuestro codificador se apartó del modelo en este punto, no reco-

⁵¹ Enneccerus, Kipp y Wolff, ob. cit., II, nº 8, p. 10.

⁵² Messineo, ob. cit., II, nº 8, p. 10.

⁵³ Llambías, Parte general, I, nº 16, ps. 25-26.

¹ Freitas, *Esboço*, art. 17 y nota.

² Freitas, *Esboço*, art. 272.

do personalidad a estas instituciones carentes de substrato real, nanuvo la terminología empleada por Freitas.

2. Terminología. — La antítesis "personas de existencia visible" "personas de existencia ideal", no tiene antecedentes en la legislación comparada; es nuestro Código el único que la emplea³. Estante, es válida en cuanto agota las posibles especies de personas el campo del derecho⁴, puesto que —siguiendo parcialmente en este aspecto— el Código reserva la denominación de personas jurídicas para ciertas especies de personas de existencia visible y la actualidad se ha impuesto el nombre de personas jurídicas a la mayoría de los códigos⁵. El derecho francés emplea también el término "personas morales" criticable porque sugiere una valoración ética que no existe. En la denominación la utilizan asimismo el Código de derecho canónico y el Código suizo⁶. Por su parte, Planiol propuso el nombre de personas "ficticias" o "dry-Lacantinerie" el de personas "civiles"⁷.

3. Capacidad de las personas. — La referencia del artículo a la capacidad de las personas concuerda con la definición dada en el artículo 1.º en cuanto al fundamento de la capacidad, el texto hace constar que nace de la ley, pero ello no puede interpretarse en sentido restrictivo, pues el mismo codificador hace referencia expresa al derecho natural en el art. 9.º, al declarar que "Las incapacidades contra las personas de la naturaleza, como la esclavitud, o las que revistan el carácter de penales, son meramente territoriales". Dichas incapacidades son incompatibles "con el espíritu de la legislación de este país"⁸. En cuanto a su extensión, la capacidad de derecho es regla y la incapacidad es excepcional. Así lo establecen los arts. 52 y 53 con respecto a las personas de existencia visible, y el art. 41 para las personas de existencia ideal, si bien limitadas por su objeto (art. 35).

³ Conf. Busso, I, n.º 4, p. 251.

⁴ Conf. Llabrás, Parte General, II, n.º 1053, p. 7.

⁵ Véase los comentarios de los arts. 32, § 2, 33, § 1, y 46, § 1.

⁶ Cód. chileno, art. 54; Cód. de Colombia, art. 73; Cód. español, art. 35; Cód. alemán, arts. 21 y ss.; Cód. italiano de 1942, arts. 11 a 40; Cód. brasileño, arts. 1.º a 10.

⁷ Michoud, ob. cit., I, ps. 3-5, nota 1.

⁸ Canon 99 y siguientes.

⁹ Arts. 52-88.

¹⁰ Planiol, *Traité*, I, n.º 3008, p. 986.

¹¹ Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcade, I, n.º 205, p. 337.

¹² Art. 14 y nota 5.

Art. 32. — 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.

CONCORDANCIAS: Cód. Civ., arts. 30, 31, 33, 34, 35, 39, 45, 46, 51 y 52.
FUENTES: Freitas, art. 272.

§ 1. Definición legal. — El artículo define por exclusión —forma negativa— las personas de existencia ideal¹: son todos aquellos "entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones", que no sean personas de existencia visible. De esta forma, no se establece un criterio que permita reconocer la existencia de una persona ideal².

Según Michoud, si bien esta forma de definir nada dice sobre la naturaleza de la persona ideal, ni sobre la extensión de su capacidad, "es la única que se puede tomar como punto de partida, porque es la única a cuyo respecto todo el mundo puede entenderse"³.

La doctrina en general considera inútil este artículo por ser mera repetición del anterior⁴. Spota encuentra, sin embargo, que la forma disyuntiva adoptada en el texto excluye toda posibilidad de admitir derechos sin sujeto en nuestro ordenamiento jurídico⁵.

§ 2. Incidencia del artículo en la clasificación de las personas de existencia ideal. — A la redacción de Freitas, cuyo art. 272 es fuente del nuestro, Vélez agregó la poco feliz referencia a las "personas jurídicas". En Freitas, las personas jurídicas son una especie dentro del género de las personas de existencia ideal, pero al referirse a "personas de existencia ideal o personas jurídicas", Vélez aparentemente alteró esta clasificación: o se trata de *deus species* dentro de un género no mencionado⁶, o personas de existencia ideal son únicas y exclusivamente las personas jurídicas, tratándose de dos formas de mencionar un solo objeto⁷.

Con la antigua redacción del art. 33 del Código, la última de estas variantes interpretativas excluía la personalidad de las sociedades civiles y comerciales, que no estaban incluidas en él. Para explicar este contrasentido, se sostuvo que las sociedades tenían una

¹ Conf. Machado, I, n.º 19, p. 69; Busso, I, n.º 2, p. 253; Spota, I, vol. 34, n.º 1294, p. 67; Llabrás, Parte General, II, n.º 1058, p. 8.

² Conf. Llabrás, Parte General, lóg. citado.

³ Michoud, L., *La théorie de la personnalité morale*, París, 1906, I, n.º 1, ps. 4-5.

⁴ Conf. Machado, I, n.º 19, p. 69; Busso, I, n.º 3, p. 253.

⁵ Spota, I, vol. 34, n.º 1294, p. 67.

⁶ Conf. Busso, I, n.º 9, p. 251; López Olaciregui en Salvat, I, n.º 1207-A, p. 950; Llabrás, Parte General, II, n.º 1088, p. 33.

⁷ Conf. Salvat, I, n.º 1175, p. 916; Spota, I, vol. 34, n.º 1289, p. 10.

onalidad limitada", pero este argumento no es satisfactorio de las limitaciones pueden darse respecto de la capacidad, ni relación a la existencia.⁸ En consecuencia, la doctrina tuvo que pretar el artículo en el sentido de su fuente, admitiendo que personas de existencia ideal que no eran personas jurídicas.¹⁰ La ley 17.711 parece haberse inspirado en esta última teoría, incluye como personas jurídicas en el texto del art. 33 las sociedades civiles y comerciales, y declara que son "sujetos de derecho" sociaciones sin personería jurídica (art. 46).

3. Naturaleza jurídica de las personas de existencia ideal. — un grande el número de los autores que han estudiado la naturaleza jurídica de las personas de existencia ideal, y tal la cantidad de teorías propuestas al respecto, que su exposición completa excede el marco de esta obra. Sólo cabe destacar aquí las tesis más rantes, señalando las consecuencias que se derivan de tales opciones en la regulación concreta de las diversas entidades. La idea fundamental en esta materia hasta fines del siglo pasado que "personas" real y concretamente son solamente los seres inos. Por extensión, esa personalidad que naturalmente tienen individuos, puede atribuirse a grupos de hombres.

Las teorías modernas, por el contrario, parten de un concepto rico del sujeto de derecho, que es todo aquel a quien el orden ico reconoce aptitud para ser titular de relaciones jurídicas. titulares, a su vez, pueden ser sujetos individuales o colectivos. El análisis de la esencia de los derechos subjetivos, unido a la de que sólo el hombre es persona, abre paso a la formulación es grupos de teorías: a) Las de la ficción, para las que las is personas que realmente existen son los seres humanos, siendo ersonas de existencia ideal meras creaciones del legislador, que ición jurídica se asimilan a las personas individuales. b) Las is negativas, que condenan la ficción, y por lo tanto niegan la encia del sujeto de derecho colectivo. c) Las realistas, que ne- o también la ficción legal, encuentran la base real en que se ta la existencia de las personas jurídicas en los miembros que omponen. Cuando estas teorías abandonan la pretensión de en- ar la realidad de la persona colectiva en el orden biológico o lógico, aparecen las concepciones modernas, que sitúan esa reali- en el campo jurídico y sociológico.

⁸ Conf. Salvat, I, n° 1207, ps. 949-50.

⁹ Conf. López Olacregui en Salvat, I, n° 1207-A, p. 952.

¹⁰ Siburu, J. B., *Comentario del Código de Comercio*, Bs. As., 1905, p. 1078, ps. 240-42; Castillo, R. S., *Curso de derecho comercial*, Bs. As., III, ps. 48-49; Busso, n° 9, p. 251; Videla Escalada, F., *Las sociedades*, Bs. As., 1962, n° 37, p. 37; Belluscio, A. C., *Personalidad de las sociedades*, en "Enciclopedia Jurídica Omeba".

I. *Teorías de la ficción.* a) *Derecho romano, canonistas y posglosadores.* La idea de la persona colectiva como una mera ficción se remonta hasta el derecho romano, señalándose varios pasajes del Digesto que se refieren a ellas como "jugando el rol"¹¹ u "ocupando el lugar" de una persona.¹² Pero la interpretación de las fuentes romanas es controvertida, pues se afirma que no se trata de una ficción, sino de "equiparación" analógica.¹³

Entre los canonistas destaca la obra del papa Inocencio IV (Sinibaldo de Fieschi), para quien las corporaciones existen como personas en virtud de una ficción jurídica: "el Colegio en asuntos de la comunidad finjase una persona"¹⁴.

Los posglosadores continúan la concepción de la escuela canónica, dividiendo las personas en naturales y fictas.

b) *Teoría de la ficción legal.* Savigny. Para este autor, la persona jurídica es un sujeto del derecho de bienes, creado ficticiamente por la ley. Su capacidad es artificial, otorgada al solo efecto del cumplimiento de un fin jurídico.¹⁵ Por ello, la creación de las personas jurídicas sólo puede emanar de la ley; es necesaria la autorización tácita o expresa del poder supremo del Estado para que exista la persona,¹⁶ y la concesión de personería es *constitutiva* del ente y *discrecional*, fundada en razones políticas y de economía política.¹⁷ En consecuencia, las personas jurídicas no pueden disolverse por la sola voluntad de sus miembros; cabe disolver clases enteras de corporaciones por una disposición legal, y una entidad "puede ser disuelta en un caso particular en virtud de un acto político y fuera de toda regla".¹⁸

En lo que atañe al ejercicio de sus derechos, implicando la ficción una ausencia total de voluntad, las personas jurídicas quedan asimiladas a los incapaces absolutos de hecho,¹⁹ sujetos a representación necesaria. La incapacidad natural de obrar que tienen las personas jurídicas se suple en sus actos constitutivos, que "establecen por medio de la representación la posibilidad de ejercer actos indispensables al ejercicio del derecho de bienes".²⁰

¹¹ Digesto, Lib. 46, tit. 1, fr. 22: "*Hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas*".

¹² Digesto, Lib. 50, tit. 16, fr. 16: "*Civitates priorum loco habentur*".

¹³ Véase Barcia López, A., *Las personas jurídicas y su responsabilidad civil por actos ilícitos*, 2ª ed., Bs. As., 1922, ps. 19-26, y autores allí comentados.

¹⁴ Canon *Præsentium*, cit. por Barcia López, ob. cit., p. 58.

¹⁵ Savigny, II, n° 85, ps. 60-62; n° 89, p. 85; n° 90, p. 88, y n° 94, p. 107.

¹⁶ Savigny, II, n° 89, ps. 83-84.

¹⁷ Savigny, II, n° 89, ps. 85-86.

¹⁸ Savigny, II, n° 89, p. 86.

¹⁹ Savigny, II, n° 89, ps. 88-89.

²⁰ Savigny, II, n° 89, ps. 88-89.

a aplicación de las reglas del mandato a la representación de las personas jurídicas tiene importantes consecuencias en el campo de la responsabilidad. La capacidad ficticia de estos no excede del objeto de su institución (principio de especialidad), y por lo tanto no pueden ellas cometer delitos, que son, un acto de actividad extraño a su esencia y a su destino especial²¹. cual se infiere que no son responsables por los delitos criminales cometidos por sus miembros, no aceptándose tampoco su responsabilidad civil por los daños causados por ellos, quedando únicamente a la restitución en los casos de enriquecimiento sin causa²². a doctrina de Savigny ha sido fuertemente criticada. Ihering afirma de "mentira técnica, consagrada por la necesidad"²³. Savigny señala el estatismo implícito en ella²⁴. Pero más importante es la observación de que con esta teoría no puede explicarse la personalidad del Estado, que sería el autor de la ficción²⁵. Si el Estado es persona ficticia, ¿quién le confiere su personalidad? Savigny renuncia a dilucidar este último punto, señalando el carácter "necesario" de las personas jurídicas del derecho público, o a la contingencia de las del derecho privado. Las primeras existencia "natural"²⁶ y sólo a las del derecho privado "se les atribuye la capacidad artificial de la persona jurídica"²⁷.

Teorías negativas de la personalidad. Este grupo de doctrinas parte del rechazo de la teoría de la ficción y, no observando un fenómeno real, desconoce toda forma de existencia de las personas jurídicas: solamente el ser humano es persona²⁸. Coincidiendo en el concepto fundamental, las doctrinas de esta clase divergen en la explicación concreta del fenómeno.

Teoría de los patrimonios de afectación. Para explicar la existencia de bienes que no pertenecen a ningún individuo humano, se acepta que —contrariamente al principio clásico— existen patrimonios cuya propiedad no puede atribuirse a persona alguna, y por lo tanto, se los atribuye únicamente al objeto al cual sirven, al cual se les atribuye personalidad. La persona jurídica es, pues, el resultado del fin²⁹.

Elker agrega a la idea de Brinz la noción de protección jurídica. Hecho que los patrimonios sin sujeto pertenecen a un fin, el

²¹ Savigny, II, n° 94, ps. 105-08.

²² Savigny, II, n° 95, p. 109.

²³ Ihering, R., *El espíritu del derecho romano*, Madrid, 1910, IV, n° 331 y siguientes.

²⁴ Saleilles, R., *De la personnalité juridique*, París, 1910, Lección XIV.

²⁵ Conf. Michoud, ob. cit., I, n° 9, p. 21; Freitas, nota del art. 273.

²⁶ Savigny, II, n° 86, p. 63.

²⁷ Savigny, II, n° 85, p. 60; Cód. chileno, art. 545.

²⁸ Conf. Michoud, ob. cit., I, n° 16, p. 39.

²⁹ Conf. Michoud, ob. cit., I, n° 17, p. 40.

derecho positivo garantiza su destino, a cuyo efecto esos derechos impersonales los ejerce un ser capaz de voluntad —representante— quien tiene, en consecuencia, el poder de disposición sobre ellos.

No puede aceptarse la existencia de bienes sin sujeto. "Cualquiera sea la idea que se tenga del derecho subjetivo, siempre resulta lógicamente inseparable de ella el concepto de sujeto o titular"³⁰.

b) *Duguit.* Este autor niega la existencia misma del derecho subjetivo. Los individuos no tienen derechos, sino funciones sociales: el deber de regular su conducta en concordancia con el ordenamiento jurídico y en beneficio de la sociedad. Luego, si no existen titulares individuales, tampoco podrán admitirse los institucionales.

Pero si la persona jurídica persigue un fin conforme a la solidaridad social, y por consiguiente conforme al derecho objetivo, todos los actos realizados con ese fin deben ser reconocidos y protegidos jurídicamente, así como la afectación misma de los bienes a ese fin también debe ser protegida³¹.

Como el fundamento de esta posición es el positivismo puro que profesa Duguit, su crítica debe hacerse en ese plano filosófico. Lo objetable es el punto de partida, y no solamente sus aplicaciones concretas³².

c) *Teoría de los derechos individuales.* En este grupo de teorías se asimila la situación de las personas jurídicas a la de los condominios; si no existe un sujeto colectivo de los derechos, la titularidad de éstos corresponde a cada uno de los sujetos individuales que componen el grupo.

Ihering, partiendo de su célebre definición del derecho subjetivo como interés jurídicamente protegido, encuentra que en la persona jurídica el sujeto del interés son los miembros, y por lo tanto son ellos los titulares de esos derechos³³. Las personas jurídicas no son más que la forma técnica por la cual los miembros manifiestan sus relaciones jurídicas al mundo exterior³⁴.

Planio, con la teoría del patrimonio colectivo, postula el reconocimiento de un nuevo género de propiedad, distinto del condominio ordinario. En el condominio, cada titular de una parte indivisa tiene el poder de disposición sobre esa parte; "la propiedad colectiva suprime la autonomía de las partes individuales. A decir verdad, esas partes no existen siquiera: hay un uso común de la cosa o afectación

³⁰ Barcia López, ob. cit., p. 121.

³¹ Conf. Duguit, L., *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código Napoleón* (Conferencia en la Fac. de Derecho de las As.), Madrid, 1912, p. 70.

³² Véase comentario del art. 30. Una aguda crítica de las ideas de Duguit puede verse en Dabin, J., *El derecho subjetivo*, Madrid, 1955, p. 9 y ss., y p. 202.

³³ Conf. Ihering, *El espíritu del derecho romano*, cit., III, p. 64.

³⁴ Conf. Ihering, *El espíritu del derecho romano*, cit., IV, p. 392.

eta a la utilidad general, que en muchos casos puede ser pro-
sin contacto alguno con la cosa que se utiliza"³⁶.
sta concepción olvida que los fenómenos asociativos no se re-
a la faz patrimonial³⁶; tampoco puede explicar la fungibilidad
miembros en las asociaciones, ni —como observa Capitant—
ción de la personalidad del Estado como una masa de bienes
reteneciera a todos los nacionales³⁷.

II. *Teorías de la realidad*. Si las teorías negativas implican
exacción contra el sistema de la ficción, este grupo de teorías
tuye por su parte una superación del esquema clásico, según
il sólo el hombre es persona. Las teorías de la realidad recha-
ste axioma tradicional, reconociendo la existencia de las perso-
íricas como reales y verdaderos sujetos de derecho.

a doctrina dominante opina que nuestro codificador adoptó la
de la realidad, como lo sugiere su nota preliminar al título
e trata sobre las personas jurídicas, y sin perjuicio de haber
lo a Savigny en muchas soluciones³⁸.

) *Teorías de la realidad concreta*³⁹. Los autores que susten-
sta concepción, parten de la definición del derecho subjetivo
por Savigny: "poder atribuido a una voluntad". De ahí que,
fundamentar la existencia real de las personas jurídicas, deban
strar que también en ellas existe una "voluntad" que el derecho
ge.

9) *Teoría organicista*. Funda la voluntad de las personas jurí-
en su estructura orgánica, concebida como un ente real y con-
similar a los demás seres de la naturaleza, con "un substratum
reo...", un pensamiento, una conciencia y una voluntad personal
pia sobre la cual reposa su personalidad jurídica"⁴⁰. Origina-
nte concebida para explicar la personalidad del Estado, conside-

³⁵ Planiol, *Traité*, I, n° 3905.

³⁶ Josseland, L., *Essai sur la propriété collective*, en "Libro del Cincuenta-
del Cód. Civil francés", I, ps. 362-63; Baudry-Lacantinerie y Houques-
ade, I, n° 296, p. 341.

³⁷ Capitant, H., *Introduction*, p. 170.

³⁸ García López, Arturo, *Extinción de la personalidad jurídica de las
aciones y de las sociedades anónimas, por exclusiva voluntad del Pa-
jecuto*, JA, 43-828; Figueroa, F., *Las sociedades civiles y comerciales
ersonas jurídicas*, LL, 18-44; Doctrina; Riera, R., *La masa de acredores
reconocimiento de su personalidad como sujeto de derechos*, LL, 114-
Spota, ob. cit., I, vol. 3°, n° 1299, p. 86; Llambías, Parte General,
1081, p. 27. En contra, Salvat, I, n° 1181, p. 921.

³⁹ La mayoría de la doctrina divide las teorías de la realidad según
adopten como punto de partida la definición del derecho subjetivo de
ny (poder atribuido a una voluntad) o la de Ihering (interés juríden-
y protegido), clasificándolas en "teorías de la voluntad" y "teorías del
s". Parece más adecuado utilizar una clasificación que permita mostrar
nests de las doctrinas contemporáneas.

⁴⁰ García López, *Las personas jurídicas*, cit., p. 146.

rado como organismo vivo, con voluntad propia y órganos destinados
a expresarla, se la extendió luego al ámbito del derecho privado.
Principales sostenedores de ella son Bluntschli, Beseler y Gierke
—entre muchos otros—, continuadores de las ideas sociológicas de
Herbert Spencer, Worms y A. Fouillée.

Como acertadamente observa Enneccerus, el error está en que
"se confunde la representación metafórica con la cosa misma"⁴¹.

29) *Teoría de Zitelmann*⁴². Prescindiendo de la postulación de
la existencia de un ente material concreto, este autor sostiene que
la pluralidad de voluntades que concurren a la formación de la per-
sona jurídica se unifica, constituyendo una unidad real, con existencia
en el orden psicológico⁴³. Se trataría de un espíritu con existencia
propia, una voluntad incorporal que no sería la suma de las volunta-
des individuales que concurren a formarla, sino una nueva volun-
tad, independiente y superior a ellas.

Saleilles observa que "el derecho subjetivo no puede presentarse
nunca sino como un atributo y una relación, que supone siempre la
existencia de un segundo término de referencia, y por lo tanto, de
un sujeto o titular en quien tenga su asiento aquella voluntad que
lo constituye"⁴⁴. Es decir: la voluntad es siempre de "alguien"; no
puede existir por sí sola.

b) *Teorías de la realidad abstracta*. Si la realidad de las perso-
nas jurídicas no está en la materia (teoría organicista), ni en la
psiquis (teoría de Zitelmann), sólo puede encontrarse en el mundo
de las ideas. Es una realidad abstracta, un concepto jurídico que
corresponde a un fenómeno sociológico.

Jellinek parte del planteamiento de Zitelmann, pero la voluntad
—que entiende como requisito esencial para la existencia del sujeto
de derecho— no la concibe psicológica, sino jurídicamente. La vo-
luntad jurídica es un concepto abstracto, una elaboración del dere-
cho, por la cual se atribuye la voluntad psicológica del representante,
como voluntad jurídica de su representado.

Michoud sostiene que la noción de persona no es filosófica, sino
puramente jurídica: designa al sujeto de derecho, al ente capaz de
tener derechos subjetivos⁴⁵. Establecer cuáles son esos entes es pro-
blema técnico; se trata de fijar la extensión de un concepto jurídico
abstracto, a fin de determinar a qué fenómenos de la vida jurídica

⁴¹ Enneccerus, Kipp y Wolff, I, vol. I, n° 96, p. 422, nota. Conf. Fe-
rrara, F., *Le persone giuridiche*, Turín, 1938, n° II, p. 20.

⁴² Zitelmann, *Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen*,
1873.

⁴³ Conf. Michoud, ob. cit., I, n° 36, ps. 77 y siguientes.

⁴⁴ Saleilles, ob. cit., Lección XXI, p. 523. Conf. De Ruggiero, I, n° 42,
p. 441. Ferrara objeta, además, que la personalidad no se deriva de la exis-
tencia de una voluntad. La voluntad se relaciona con el ejercicio del derecho,
no con su titularidad (ob. cit., n° 12, p. 25).

⁴⁵ Michoud, ob. cit., I, n° 2, p. 7.

aplicárselo ⁴⁶. Para ello es necesario el análisis del derecho que define como "interés jurídicamente protegido por el poder reconocido a una voluntad de representarlo y defenderlo" ⁴⁷.

El derecho debe garantizar y elevar a la dignidad de derechos, no sólo los intereses individuales, sino también los colectivos, permanentes de los seres humanos, porque el hombre es un ser social, cuyo destino no puede cumplirse si no asocia sus esfuerzos de sus semejantes ⁴⁸. Esta protección debe ser similar a la del individuo, o sea reconociéndole personalidad jurídica. Para ello es necesario que exista un interés distinto de los individuales, que sea una organización capaz de representar la voluntad colectiva ⁴⁹. Saleilles, al igual que Michoud, entiende que la idea de personalidad es una realidad jurídica, que no existe sino de conformidad con ciertas nociones abstractas que la dominan. Toda realidad jurídica implica una relación entre una realidad exterior y una concepción del espíritu; si esa relación es adecuada al substrato de hecho, habrá ningún elemento de ficción ⁵⁰.

La teoría de la institución, originalmente expuesta por Hauriou para explicar la personalidad dentro del derecho público, fue elevada por Renard a la categoría de teoría general del derecho ⁵¹. La institución no implica necesariamente la personalidad: siempre que una idea sea compartida por un grupo de personas, habrá institución ⁵². En unos casos, la idea que se comparte se referirá a la realización de una determinada actividad humana, por medio de las normas de derecho que la reglamentan ⁵³. Es la "institución-cosa, o técnica". En este sentido lo son el matrimonio, la propiedad, la institución, etcétera.

Cuando la idea compartida requiere la actividad de los individuos que la sostienen en una empresa común, se subjetiviza, se convierte en sujeto: es la "institución-persona". La participación de los individuos en la obra a realizar se concreta entonces a través del ente, el organismo, el órgano, el órgano de gobierno, etcétera. Toda institución para la consecución de los fines propiamente dichos debe necesariamente estar dotada de órganos que gobiernen; la "idea" a realizar debe ir acompañada de un

⁴⁶ Michoud, ob. cit., I, n° 3, p. 8.

⁴⁷ Michoud, ob. cit., I, 48, p. 105.

⁴⁸ Michoud, ob. cit., I, n° 52, ps. 112-13.

⁴⁹ Michoud, ob. cit., I, n° 53, p. 113.

⁵⁰ Saleilles, ob. cit., Lección XXIII, p. 567.

⁵¹ Renard, C., *La théorie de l'institution*, París, 1930, y *La philosophie de l'institution*, París, 1939.

⁵² Conf. López Olaciregui, J. M., *Fundamento institucional del derecho y de las gentes*, tesis, Bs. As., 1942, p. 9.

⁵³ Hauriou, M., *La teoría de la institución y de la fundación*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1963, p. 40.

⁵⁴ Hauriou, ob. cit., ps. 39-41.

"poder" que con su autoridad ordene la actividad de los individuos que actúan al servicio de la idea.

La institución nace por un acto de fundación, que consiste en la formulación de la idea, la organización del ente mediante sus estatutos y el aporte del capital necesario ⁵⁵.

En nuestro país se han adherido a esta doctrina Busso ⁵⁶, López Olaciregui ⁵⁷ y Llambías ⁵⁸, entre muchos otros autores, considerando que "la teoría de la institución explica satisfactoriamente la personalidad que el derecho confiere a las personas jurídicas" ⁵⁹.

Ferrara comparte la posición de Michoud respecto del significado técnico del concepto de "persona" en la ciencia del derecho: es subjetividad jurídica ⁶⁰. La personalidad es una categoría jurídica, que por sí no implica condición alguna de corporalidad o espiritualidad del investido: es una situación jurídica, un *status* ⁶¹.

La personalidad, tanto la individual como la colectiva, es un producto del ordenamiento jurídico y deriva, por lo tanto, del derecho del Estado ⁶²; pero no es una ficción, una máscara, un proceso artificial, ni una construcción especulativa, sino una *forma jurídica*, un modo de regulación, un procedimiento de unificación, la configuración legal que ciertos fenómenos de asociación o de organización reciben del derecho objetivo ⁶³. Y si bien es un producto puro del orden jurídico, no es una invención; el legislador ha encontrado esta forma en la vida, y no ha hecho sino seguir los pasos de la concepción social. Es la traducción jurídica de un fenómeno empírico ⁶⁴.

Este fenómeno empírico —el substrato— es distinto del fenómeno jurídico. El Estado sólo hace lugar a la unificación (personificación) en función de los fines; la atribución de personalidad es dada por el ordenamiento jurídico a ciertas obras o entes, como una forma de "potenciamiento" de su actividad ⁶⁵. En rigor, la persona jurídica no resultaría sino del reconocimiento del Estado, pero la autorización estatal es *forma* que se aplica a una *materia*, y por lo tanto los elementos constitutivos de la persona jurídica son dos: el substrato que se personifica y el reconocimiento del Estado ⁶⁶.

Kelsen, desde su positivismo absoluto (teoría pura del derecho), prescinde de toda referencia al substrato material, y construye un concepto puramente abstracto de la personalidad. Para él, el con-

⁵⁵ Hauriou, ob. cit., p. 66 y siguientes.

⁵⁶ Busso, I, n° 71, p. 265.

⁵⁷ López Olaciregui, tesis cit., p. 9.

⁵⁸ Llambías, Parte General, II, n° 1080, p. 26.

⁵⁹ Llambías, Parte General, lug. citado.

⁶⁰ Ferrara, ob. cit., n° 15, p. 29.

⁶¹ Ferrara, ob. cit., n° 15, ps. 29-30.

⁶² Ferrara, ob. cit., n° 15, p. 30.

⁶³ Ferrara, ob. cit., n° 15, p. 31.

⁶⁴ Ferrara, ob. cit., n° 15, p. 33.

⁶⁵ Ferrara, ob. cit., n° 15, p. 35.

⁶⁶ Ferrara, ob. cit., n° 17, p. 40.

de persona jurídica (individual o colectiva), responde a la idea de imaginar un portador de los derechos y deberes⁶⁷. Se trata en realidad de una duplicación del objeto de conocimiento. "La substancia no puede ser separada de sus cualidades. "La persona jurídica no es realmente una entidad separada de sus deberes y derechos, sino sólo su unidad personificada o —puesto que los dos son y deberes son normas jurídicas— la unidad personificada de un conjunto de tales normas"⁶⁸.

Así como la persona física —para Kelsen— no es sino "la personificación de un conjunto de normas jurídicas que, por constituir derechos y deberes que contienen la conducta de uno y el mismo individuo, vienen a regular el comportamiento de tal individuo"⁶⁹, la persona jurídica, "en el sentido estricto de la palabra no es sino la personificación de un orden que regula la conducta de varios individuos"⁷⁰.

art. 33 [SUSTITUIDO POR LEY 17.711, ART. 1º, INC. 5º *]. — Las personas jurídicas pueden ser de carácter público o privado.

Tienen carácter público:

- 1) El Estado Nacional, las provincias y los municipios.
- 2) Las entidades autárquicas.
- 3) La Iglesia Católica.

Tienen carácter privado:

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

texto original disponía: "Las personas jurídicas, sobre las cuales este Código legisla, son las que, de una existencia necesaria, o de una existencia posible, son creadas con un objeto conveniente al pueblo, y son las siguientes: 1) el Estado; 2) cada una de las provincias federadas; 3) cada una de sus municipios; 4) la Iglesia; 5) los establecimientos de utilidad pública, religiosos o piadosos, científicos o literarios, las corporaciones, comunidades religiosas, colegios, universidades, sociedades anónimas, bancos, compañías de seguros, y cualesquiera otras asociaciones que tengan por principal objeto el bien común, con tal que posean patrimonio propio y sean capaces, por sus estatutos, de adquirir bienes, y no subsistan de contribuciones del Estado".

⁶⁷ Kelsen, H., *Teoría general del Derecho y del Estado*, 2ª ed., México, 1958, p. 109.

⁶⁸ Kelsen, ob. cit., p. 110.

⁶⁹ Kelsen, ob. cit., p. 111.

⁷⁰ Kelsen, ob. cit., p. 117.

CONCORDANCIAS: Cód. Civ., arts. 31, 32, 39, 45, 46, 48.

FUENTES: Freitas, arts. 274, 276 y nota, 280.

§ 1. La clasificación de las personas jurídicas. — I. *Personas de carácter público*. Siguiendo en este punto el modelo de Freitas, el Código divide a las personas jurídicas, según el modo de su existencia, en "personas de existencia necesaria" y "personas de existencia posible". Las personas de existencias necesarias se regulan por el derecho público, y su existencia no depende, en consecuencia, de las normas del derecho privado¹. Las de existencia posible son, en la teoría de Savigny, aquellas que crea la legislación de derecho privado.

En la doctrina y legislación modernas se ha abandonado este criterio, dividiéndose hoy las personas jurídicas en *públicas y privadas*², clasificación que adopta la ley 17.711.

Borda explica el motivo de esta reforma, destacando que de acuerdo con la antigua clasificación, las entidades autárquicas serían personas de existencia posible, en abierta contradicción con su carácter de meros desprendimientos de la personalidad del Estado, que es necesaria³. En nuestra opinión, más importante que esto es el abandono de un criterio de clasificación basado en la teoría de la ficción.

Sin embargo, puede señalarse en el nuevo texto del art. 33 un defecto grave, pues establece que "Tienen carácter público: 1º) El Estado Nacional, las Provincias y los Municipios. 2º) Las entidades autárquicas. 3º) La Iglesia Católica". Quedan mezcladas de esta forma las personas jurídicas de carácter público estatal, con la Iglesia Católica, que no tiene tal carácter, olvidando que además de la Iglesia existen otras personas jurídicas de carácter público no estatal.

La doctrina administrativa actual reconoce la existencia de dos clases de personas jurídicas de carácter público: las *estatales* y las *no estatales*⁴. Consecuencia de ello es que deba definirse la personalidad de carácter público con prescindencia de la estatalidad.

Los autores que no siguen este criterio la definen: "La persona que ejerce potestades; sea el Estado mismo, sean sus derivaciones (estados provinciales) o desmembraciones (entidades autárquicas)"⁵.

¹ La fuente de Freitas en este punto es Savigny, II, n° 85, ps. 60-61, y n° 86, p. 63. Conf. Machado, I, n° 20, p. 71.

² Se discute si esta segunda clasificación es equivalente a la de Savigny. Así lo afirma Salvat, I, n° 1189, ps. 929-30. En contra, López Olaciregui en Salvat, I, n° 1189-A, p. 930.

³ Borda, C., *La reforma del Código Civil*, ps. 60-61.

⁴ Conf. Martenhoff, *Tratado*, cit., I, n° 99, p. 351, y n° 100, ps. 352 y ss.; Cordillo, A., *Derecho administrativo de la economía*, Parte General, Bs. As., 1967, p. 136; Sayagués Laso, E., *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, 1953, I, p. 175. En contra, Ferrara, ob. cit., CNFed, ContAdm., Sala de feria, 22/1/76, ED, 66-335; C. 8/74, LL, 1975-D-414, fallo 32.928-S.

⁵ López Olaciregui en Salvat I, n° 1189-A, p. 930.

la habitualidad otorga dentro de la mecánica del Código, una acción legal, en cuanto a las obligaciones contraídas por las sucesiones y representaciones. Los Tratados de Derecho Civil Internacional Montevideo prestan especial atención a esta conexión, connotando en la calificación principal del concepto jurídico dominando en igual sentido se expide el Tratado de Derecho Comercial entre Internacional de 1940.

II. *Domicilio de elección.* Está calificado por el indicado en contratos y todas las relaciones de derecho que efectúe la persona jurídica. Su base es la autonomía de la voluntad (art. 1197) constituye para algunos negocios jurídicos determinados. Sólo valor para éstos y suele adoptarse cuando actúa el ente en una jurisdicción extraña. El origen convencional señala su todo reducido y en la mayoría de los casos, se encuentra ligado a óruga voluntaria de la jurisdicción judicial contenciosa.

CAPÍTULO I

DEL PRINCIPIO DE LA EXISTENCIA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Art. 45. — Comienza la existencia de las corporaciones, asociaciones, establecimientos, etc., con el carácter de personas jurídicas, el día en que fuesen autorizadas por la ley o por el Gobierno, aprobación de sus estatutos, y confirmación de los prelatos en arte religiosa.

PÁRRAFO AGREGADO POR LEY 17.711, ART. 1º, INC. 7º]. — Las de-
ces administrativas en esta materia podrán ser revocadas ju-
lamente por vía sumaria, en caso de ilegitimidad o arbitrariedad.

PÁRRAFO AGREGADO POR LEY 17.711, ART. 1º, INC. 7º]. — En el
esto de fundaciones cuyos estatutos no prevén el procedimien-
ra su reforma, podrá el Poder Ejecutivo disponer su modifi-
n para hacer posible el cumplimiento del fin de la entidad.
este caso los órganos de gobierno de la fundación podrán in-
ner los recursos mencionados en el párrafo anterior.

INDICACIONES: Cód. Civ., arts. 31, 32, 33, 40, 47, 48, 1806, 3734, 3735;
Const. Nac., art. 67, inc. 20.
res: Freitas, arts. 305 y 309.

§ 1. Constitución de las personas jurídicas de carácter privado.
gimen del Código Civil se aplica únicamente en la constitución

de las personas jurídicas de carácter privado. Las del derecho pú-
blico se rigen por normas constitucionales y administrativas¹.

La voluntad de los particulares no es suficiente, por sí sola, para
hacer nacer una persona jurídica. El acto constitutivo —cualquiera
que sea la opinión que se sostenga sobre su naturaleza— no basta
para conseguir la unificación o personificación de las relaciones jurí-
dicas que es su propósito; es necesaria una disposición del derecho
objetivo que así lo establezca².

La personificación es, pues, consecuencia de una regulación nor-
mativa. Pero el ordenamiento jurídico no hace surgir de la nada
las personas de existencia ideal, sino que, reconociendo la realidad
del grupo, o del patrimonio afectado a un fin (substratos), los per-
sonifica³.

Profundizando en el concepto jurídico de "persona", se ha llegado
a generalizar el carácter normativo de la subjetividad jurídica. Su-
jetos de derecho son todos aquellos a los cuales el ordenamiento
jurídico reconoce esa calidad, sean de existencia visible o ideal. La
subjetividad universalmente reconocida a las personas físicas es un
producto de la evolución histórica, pues hubo épocas en que a ciertos
seres humanos no se los consideró personas en el derecho⁴. La po-
sición de sujeto depende, en definitiva, del derecho positivo.

§ 2. Procedimientos para la constitución de personas jurídicas
privadas. — Si bien en la constitución de las personas jurídicas de ca-
rácter privado intervienen los particulares, obteniéndose la personifi-
cación en virtud de expresas disposiciones legales, el derecho debe
reglamentar además el procedimiento por el cual llega a conseguirse
la personalidad.

Este procedimiento o *sistema de constitución* no debe confundir-
se con las disposiciones legales de fondo que establecen la posibilidad
de la existencia de las entidades ideales.

Los sistemas de constitución que se conocen son tres:

I. *Constitución libre.* No requiere intervención alguna del Es-
tado, bastando el cumplimiento de los requisitos de fondo establecidos
en la ley. En nuestro derecho se ha adoptado este sistema para las
sociedades civiles, a las que se les reconoce el carácter de personas
jurídicas (art. 33), y para las simples asociaciones, que son sujetos
de derecho sin el carácter de personas jurídicas (art. 46).

II. *Registro.* Este sistema subordina la existencia de las per-
sonas jurídicas a la inscripción de sus contratos en un registro espe-

¹ Cfr. Busso, I, n° 2, p. 375; Salvat, I, n° 1268, p. 1014. Sobre cons-
titución de entidades autárquicas, véase el comentario del art. 33, § 1, I, c.

² Cfr. Pérez, ob. cit., n° 47, p. 125; Spota, I, vol. 3, n° 615, p. 91.

³ Véase el comentario del art. 32, § 3, III, b.

⁴ Véase el comentario del art. 30.

El registro implica la previa verificación del cumplimiento de requisitos formales y de fondo exigidos por la ley.

Es el sistema adoptado en las leyes comerciales (arts. 5º, 6º y 7º, ley 19.550). Los contratos constitutivos de sociedades comerciales deben inscribirse en el Registro Público de Comercio correspondiente al domicilio social (art. 5º), y el juez de registro "debe robar el cumplimiento de todos los requisitos legales y fiscales" (6º). "La sociedad sólo se considera regularmente constituida u inscripción en el Registro Público de Comercio" (art. 7º).

En otros sistemas, la verificación no la hace un juez, sino el órgano administrativo a cargo del registro. Es el caso de las naciones en el derecho alemán (BGB, art. 21).

II. *Autorización estatal.* En este sistema la existencia de las personas jurídicas queda subordinada a un acto administrativo del Ejecutivo o del Parlamento.

En el Código Civil ha sido instituido para las asociaciones con personería jurídica y las fundaciones (art. 33, inc. 1º, 2ª parte). Bien se requiere la autorización estatal para la constitución de sociedades anónimas (ley 19.550, art. 167), y en comandita por acciones (ley 19.550, art. 316); se complementa, además, con el otro (ley 19.550, art. 5º).

Es controvertido el carácter que tiene el acto administrativo de autorización. Éste implica un proceso de verificación, al igual que sistema de registro, pero no se agota con este ejercicio del poder policía. El Estado tiene además atribuciones para *calificar* los de esta clase de personas jurídicas⁵, y esa facultad es discrecional, pues nuestro sistema legal, si bien otorga al organismo estatal el control el carácter de tribunal administrativo de primera instancia, concede el recurso judicial contra sus decisiones en los casos de legitimidad o arbitrariedad.

§ 3. *Naturaleza jurídica de la autorización estatal.* — El acto jurídico de autorización estatal ha sido controvertido en su naturaleza. No de los puntos de ruptura entre las teorías sobre la esencia de la personalidad jurídica de los entes ideales, así como uno de los fundamentos vinculados con la política legislativa en materia de asociaciones y fundaciones.

I. *Regalismo.* Antiguamente se entendía que la autorización al era un *privilegio*, una concesión otorgada por el poder público, podía atribuírsele o negarla a su exclusivo arbitrio. La personalidad dependía, en este sistema, exclusivamente de la voluntad del soberano.

Algunos autores enrolan nuestro Código en este sistema, sobre

⁵ Cfr. de Ruggiero, I, n° 42, p. 451.

la base de la nota del art. 46, que se refiere a la "licencia" de la autoridad pública⁶.

II. *Teoría de la ficción.* Considera que las personas jurídicas son sujetos de derecho ficticios, creados por la ley. Por ello, la autorización estatal es una *concesión* de personería, y tiene valor constitutivo⁷.

III. *Teorías de la realidad.* Ven la autorización estatal como un mero *reconocimiento* de la personalidad. El sujeto de derecho existe con los elementos que integran el substrato real de su personalidad, desde que se otorga su acto constitutivo. La intervención del Estado es un proceso de verificación de la existencia de esos elementos, y de la licitud de los estatutos⁸. Por esta misma razón, la autorización estatal es puramente declarativa⁹.

IV. *Ferrara.* Atribuye a la autorización estatal valor constitutivo, y sostiene que la subjetividad de las personas jurídicas es el resultado de la conjunción de un elemento material: el substrato real, y de un elemento formal: la autorización estatal¹⁰. Que sea constitutivo no quiere decir —como en la teoría de la ficción— que sea "creador" de la persona jurídica¹¹, sino que la voluntad estatal concurre con la voluntad privada a la creación del sujeto de derecho.

Pero la autorización estatal no puede ponerse en pie de igualdad con la voluntad de los particulares. Tiene valor constitutivo, pero únicamente porque integra los demás elementos necesarios para la constitución¹²; es la culminación del proceso formativo. Mas, dentro de la concurrencia de voluntades (privada y estatal) que dan nacimiento a estas personas jurídicas, la voluntad privada es la más importante, pues tiene la iniciativa de la constitución¹³, y sin los elementos reales puestos por los fundadores "el reconocimiento ni podría ser concedido ni, mucho menos, tendría significado"¹⁴.

§ 4. *Comienzo de la existencia de las personas jurídicas.* — El artículo establece que la existencia de las personas jurídicas que requie-

⁶ Cfr. Páez, ob. cit., n° 233, p. 496.

⁷ Cfr. Savigny, II, n° 89, ps. 80-82.

⁸ Cfr. Borda, Parte General, I, n° 672, p. 508; Llambras, Parte General, II, n° 1177, p. 102.

⁹ Cfr. De Ruggiero, I, n° 42, p. 447; Páez, ob. cit., n° 46, p. 123; Llambras, Parte General, II, n° 1177, ps. 101-02; CapellRosario, Sala II, 2/6/66, LL, 124-1173 (14.707-S).

¹⁰ Cfr. Ferrara, ob. cit., n° 18, ps. 45, 46 y 53; Llambras, Parte General, II, n° 1174, p. 99.

¹¹ Cfr. De Ruggiero, I, n° 42, p. 454.

¹² Cfr. Messineo, II, n° 20, p. 161.

¹³ Cfr. Llambras, Parte General, II, n° 1174, ps. 99-100.

¹⁴ Messineo, II, n° 20, p. 161.

autorización estatal comienza al otorgarse ésta. En realidad no así, pues según el art. 47 la autorización estatal tiene efecto retroactivo a la fecha de constitución. Además, las sociedades anónimas a comandita por acciones no se consideran regularmente constituidas hasta su inscripción en el Registro Público de Comercio (ley 50, art. 7º).

Sobre el efecto retroactivo de la autorización estatal véase el comentario del art. 47.

§ 5. Modos de autorización estatal. — I. *Autorización por ley Congreso*. Si bien la autorización estatal es siempre un acto administrativo, la Constitución ha reservado esta atribución al Congreso Nacional cuando se trata de la admisión de nuevas órdenes religiosas (art. 67, inc. 20)¹⁵.

La constitución de nuevas órdenes requiere además la confirmación de los prelados en la parte religiosa. Esta "confirmación" es acto de aprobación por la autoridad eclesiástica, sin el cual la ley no adquiere el carácter de persona jurídica¹⁶. Los "prelados" se refiere el artículo son los obispos de cada diócesis¹⁷.

En cuanto a las órdenes religiosas ya existentes en el momento de sancionarse la Constitución, se planteó el interrogante de si debían tener una nueva autorización. El sentido del art. 67, inc. 20, es que, pues faculta al Congreso para "admitir en el territorio de la Nación otras órdenes religiosas a más de las existentes". Al respecto se juzgó que "la circunstancia de que las órdenes existentes al sancionarse la Constitución constituyen personas jurídicas por ese solo hecho, no importa que no hayan obtenido autorización para funcionar, pues esa autorización emana, precisamente, de la Constitución misma"¹⁸. Pero tal reconocimiento no puede substraer estas órdenes al control de las autoridades competentes¹⁹.

II. *Autorización por el Gobierno*. Es la forma ordinaria para personas jurídicas de carácter privado. Es especial y expresa²⁰. Tratándose de una facultad no delegada, es atribución de los poderes provinciales que correspondan al domicilio de la entidad. En el ámbito nacional, el organismo estatal que interviene en esta materia es la Inspección General de Personas Jurídicas, cuyas funciones han sido reglamentadas en la ley 18.805.

¹⁵ Sobre la distinción entre órdenes y congregaciones religiosas, véase el comentario del art. 33, § 1, I, b.

¹⁶ Cfr. Llamblás, Parte General, II, n° 1175, p. 100.

¹⁷ Cfr. Busso, I, n° 24, p. 379; Llamblás, Parte General, II, n° 1175, p. 100.

¹⁸ CNCiv, Sala F, 8/2/72, LL, 147-742 (29.287-S).

¹⁹ Fallo citado en la nota anterior.

²⁰ Cfr. Busso, I, n° 9, p. 376.

§ 6. *Aprobación de los estatutos*. — La aprobación de los estatutos contenidos en el acto constitutivo es parte integrante de la autorización estatal; la existencia de las personas jurídicas comienza desde que fueren autorizadas "con aprobación de sus estatutos"²¹; es decir que, si éstos no son aprobados, el acto de autorización no tiene virtualidad suficiente para que exista la persona jurídica.

§ 7. *Recursos contra las decisiones administrativas*. — Interpretando el artículo en su redacción anterior, la jurisprudencia había decidido que las facultades administrativas en materia de autorización de las personas jurídicas de carácter privado eran discrecionales²². Pero aquella discrecionalidad nunca podía llegar a una amplitud tal que permitiera la lesión de garantías constitucionales o legales, pues se trata de una facultad reglada por la ley, sin que sea admisible tampoco una decisión arbitraria, basada en motivos fútiles o en la sola voluntad del funcionario²³.

El párrafo agregado al artículo por prescripción de la ley 17.711 no hace más que ratificar el recurso instituido por la jurisprudencia, con idéntico alcance. En consecuencia, la decisión administrativa mantiene su carácter discrecional, como facultad reglada legalmente.

El recurso sólo procede cuando la administración se ha desviado de las reglas legales, o si la decisión denegatoria se funda en motivos puramente arbitrarios. Será improcedente cuando se pretenda la revisión del criterio que fundamenta la resolución (control de oportunidad).

En el orden nacional el recurso contra las decisiones de la Inspección General de Personas Jurídicas se rige por la ley 18.805. "Se interpondrá ante la misma inspección dentro de los 15 días de notificada la resolución; dicho organismo deberá elevarlo con sus antecedentes dentro de los 3 días de interpuesto. Recibidas las actuaciones por el tribunal judicial de apelaciones, el recurrente deberá sostener el recurso mediante memorial que presentará dentro de los 5 días del llamamiento de autos; de no hacerlo, se lo considerará desierto" (ley 18.805, art. 6º).

Por ser la Inspección General de Personas Jurídicas tribunal administrativo de primera instancia, no es "parte" en la substanciación del recurso, ni puede presentar memorial en la alzada²⁴. La Cámara Nacional en lo Comercial varió luego este criterio, juz-

²¹ Cfr. Busso, I, n° 23, p. 378.

²² Cfr. CSJN, 7/12/45, JA, 1946-1-712.

²³ Cfr. CSJN, fallo citado en la nota anterior; CFedCap, 19/6/46, JA, 1946-III-52; Llamblás, Parte General, II, n° 1179 bis, p. 104; Spota, I, vol. 3º, n° 619, p. 107, y vol. 3º, n° 1350, p. 246.

²⁴ Cfr. CNCom, Sala A, 18/8/71, LL, 144-37; Sala B, 25/6/71, LL, 144-36.

lo que "la circunstancia de que el órgano administrativo haya el que dictó la resolución recurrida, no le impide asumir posteriormente la calidad de parte; la extraneidad entre los sujetos y el no decisorio, propia de los procesos judiciales, recién se manifiesta en el proceso administrativo al desplazarse la competencia al no judicial, y lo bilateral, también connotativo del proceso judicial, aparece al asumir la calidad de parte el propio órgano que dicta la medida"²⁴⁻¹.

Se ha juzgado también que "el 'memorial' a que alude el art. 65 a ley 18.805, indirectamente deja establecido que el recurso se funda en relación, no pudiendo entonces invocarse hechos nuevos".²⁵

§ 8. Reforma del estatuto de las fundaciones. — Las fundaciones son personas jurídicas totalmente desvinculadas de su fundador. Las constituye mediante un acto unilateral, en el que señala sus ideidades y las organiza redactando sus estatutos y dotándolas de patrimonio. Aprobada la fundación por la administración pública, el acto constitutivo se torna irrevocable. De ahí que, al no tener miembros y quedar totalmente separada del instituyente, la fundación se rige exclusivamente por su estatuto originario, salvo en el caso de haberse previsto un procedimiento para su reforma. En la redacción de Vélez, al no sancionarse precepto alguno sobre este punto, las fundaciones que debieran modificar sus estatutos no podían hacerlo, a menos que el Congreso sancionara una ley especial al efecto.²⁶ Esta situación condenaba a inevitable decadencia a las fundaciones que no pudieran obtener tal sanción legislativa. El Anteproyecto de Biliboni (art. 220, 1ª redacción, 198 de la ley 19.836 (art. 98)), propusieron reformas que cubrieran este vacío legal. Biliboni contempló la conveniencia de otorgar a tal efecto facultades al Poder Ejecutivo, mientras que la Comisión Reformadora entendió que el asunto debía ser materia de competencia judicial.

Sobre este punto legislan los códigos: alemán (art. 87), suizo (art. 86), italiano (art. 28), peruano (art. 69) y brasileño (art. 28), los cuales dan intervención a la autoridad administrativa. En la ley 17.711 se ha seguido el criterio de Biliboni, concorde con la legislación comparada, autorizando al Poder Ejecutivo a disponer la reforma de los estatutos de las fundaciones, con el fin de hacer posible el cumplimiento de su fin.

Posteriormente, la ley 19.836 reglamentó extensamente el punto. Según lo establecido en el art. 3º del Código, lo dispuesto en

²⁴⁻¹ CNCom, Sala B, 19/8/76, LL, 1976-D-296.

²⁵ CNCiv., Sala C, 9/9/71, ED, 40-528.

²⁶ Cfr. Borda, Parte General, I, n° 683, p. 517; Lambias, Parte General, I, n° 1190, p. 113.

los arts. 29, 34 y 36 de dicha ley son normas de aplicación inmediata, razón por la cual se aplican a todas las fundaciones existentes, cualquiera que fuere la fecha de su constitución. Según la mencionada ley, además, el acto constitutivo de las fundaciones debe contener "el procedimiento y régimen para la reforma del estatuto" (art. 3º, inc. h). Este precepto es aplicable a las fundaciones constituidas después de su entrada en vigencia.

Las normas de aplicación inmediata a toda fundación son las siguientes:

I. "Salvo disposición contraria del estatuto, las reformas del mismo requerirán por lo menos el voto favorable de la mayoría de los miembros del consejo de administración y de los dos tercios en los supuestos de modificación del objeto, fusión con entidades similares y disolución. La modificación del objeto sólo procede cuando el establecido por el fundador hubiera llegado a ser de cumplimiento imposible" (art. 29).

II. "La autoridad administrativa de control aprueba los estatutos de la fundación y su reforma" (art. 34).

III. Corresponde igualmente a la autoridad administrativa de control: "a) Fijar el nuevo objeto de la fundación cuando el establecido por el fundador hubiera llegado a ser de cumplimiento imposible, procurando respetar en la mayor medida la voluntad de aquel. En tal caso tendrá las atribuciones necesarias para modificar los estatutos de conformidad con ese cambio";

"b) Disponer la fusión o coordinación de actividades de dos o más fundaciones cuando se dieran las circunstancias señaladas en el inciso anterior, o cuando la multiplicidad de fundaciones de objeto análogo hiciere aconsejable la medida para su mejor desenvolvimiento y fuere manifiesto el mayor beneficio público" (art. 36).

IV. Las decisiones administrativas tomadas en virtud de lo establecido en el art. 36 "podrán recurrirse judicialmente en los casos de ilegitimidad y arbitrariedad" (art. 37).

El sistema de la ley 19.836 debe coordinarse con lo dispuesto en el tercer párrafo del art. 45 del Código. En primer lugar, se observa que la ley 19.836 no deroga la última parte del art. 45, pues se refiere a supuestos diferentes.

El art. 45 permite al Poder Ejecutivo modificar los estatutos de las fundaciones solamente para hacer posible el cumplimiento de su fin. No le otorga atribuciones para cambiar el objeto de estas entidades, en ningún caso. Se refiere, pues, a modificaciones de estructura necesarias para mantener la vigencia de la finalidad señalada por el fundador.

La ley 19.836 otorga facultades a los órganos de la fundación, para resolver la modificación de los estatutos con aprobación de las autoridades administrativas de control (art. 29). Pero para el

lio de objeto o fusión, se requiere que la finalidad establecida el fundador se hubiera hecho de cumplimiento imposible (art. 29).

Por su parte, la autoridad administrativa de control tiene facultades para resolver el cambio de objeto de las fundaciones, aunque no si se hubiera vuelto imposible el cumplimiento de los fines originalmente fijados por el fundador, caso en el cual también de disponer la fusión o coordinación de actividades con otras fundaciones (art. 36, inc. a).

Además, cuando existen varias fundaciones de objeto análogo, la autoridad administrativa podrá resolver su fusión o la coordinación de sus actividades, sin que para ello se exija la imposibilidad de cumplimiento de su objeto (art. 36, inc. b).

Tanto el tercer párrafo del art. 45, como la ley 19.836, art. 37, permiten recurrir por ilegitimidad o arbitrariedad de las decisiones administrativas.

Art. 46. [SUSTITUIDO POR LEY 17.711, ART. 1º, INC. 8º *]. — Las asociaciones que no tienen existencia legal como personas jurídicas, a considerarse como simples asociaciones civiles o religiosas, según el fin de su instituto. Son sujetos de derecho, siempre que la institución y designación de autoridades se acredite por escritura o instrumentos privados de autenticidad certificada por escritura pública. De lo contrario, todos los miembros fundadores de la asociación y sus administradores asumen responsabilidad solidaria los actos de ésta. Supletoriamente regirán a las asociaciones a este artículo se refiere las normas de la sociedad civil.

Texto original disponía: "Las asociaciones que no tienen existencia legal como personas jurídicas, serán consideradas como simples asociaciones civiles, comerciales o religiosas, según el fin de su instituto".

ORDANANCIAS: Cód. Civ., arts. 32, 33, 1806, 3734 y 3735.

DECRETOS: Freitass, art. 308; Cód. de Luisiana, art. 437; Cód. de Chile, art. 546.

§ 1. Las asociaciones no reconocidas. — El fenómeno asociativo se agota con las asociaciones autorizadas por el Estado, a las que se reconoce el carácter de personas jurídicas. Otros grupos humanos cumplen sus fines sin requerir la personalidad jurídica, pero teniendo su actividad las mismas características de la asociación: un conjunto de personas que participan en el contrato asociativo para la obtención de un fin común, a cuyo efecto han formado una organización y formado un patrimonio.

El art. 14 de nuestra Constitución garantiza a todos los habitantes la libertad de asociación, pero esa garantía constitucional implica el derecho a obtener la personificación de las relaciones

jurídicas, es decir, a que la asociación produzca el nacimiento de un nuevo sujeto de derecho.

La garantía constitucional se limita a declarar lícita toda unión de personas con un fin también lícito. El problema se reduce, en consecuencia, a establecer el régimen legal de estas asociaciones no reconocidas, y la cuestión de si deben o no considerarse sujetos de derecho depende en definitiva del sistema que adopte el derecho positivo.

§ 2. El sistema del Código y su evolución en la doctrina y jurisprudencia. — El texto originario del artículo establecía que estas asociaciones "no tienen existencia legal como personas jurídicas", es decir, que no las incluía en el art. 33 del Código. En la nota correspondiente, Vélez explica que "sus miembros, en sus derechos respectivos o en sus relaciones con los derechos de un tercero, serán regidos por las leyes generales".

Las fuentes del artículo no reconocen a estas asociaciones el carácter de sujetos de derecho; pero, como Vélez se apartó del modelo de Freitas en la redacción del art. 32, el excluir las simples asociaciones del art. 33 no implicaba negarles existencia como personas de existencia ideal¹. Ante esta situación, la doctrina y la jurisprudencia dieron distintas interpretaciones.

El pensamiento tradicional en la materia negó la subjetividad de estas asociaciones², decidiendo que los bienes que se aportaban a ellas constituían un condominio entre los miembros³, y que no podían estar en juicio representadas por sus órganos⁴.

Pero luego se evolucionó hacia la posición contraria, reconociendo su carácter de personas de existencia ideal y por lo tanto su subjetividad jurídica⁵, debiendo por ello organizarse su representación⁶ admitiéndose que tenían patrimonio propio⁷, y capacidad para estar en juicio⁸.

¹ Ver comentario del art. 32, § 2.

² Cfr. CApel 1ª La Plata, Sala I, 20/2/48, LL, 51-11; Salvat, ob. cit., I, n° 1205, p. 944; Páez, ob. cit., n° 243, p. 535; Busso, I, nos. 4 y 26, ps. 269 y 383; Borda, Parte General, I, n° 724, p. 545; Arauz Castex, I, n° 911, p. 503.

³ Cfr. CCiv. 2ª Cap., 28/11/44, LL, 36-785; Salvat, I, n° 1205, p. 944; Busso, I, n° 26, p. 383; Borda, I, n° 724, ps. 545-46; Arauz Castex, Parte General, I, n° 911, p. 503.

⁴ Cfr. CPazL Cap., Sala III, 20/10/44, RepLL, VI, voz "Asociaciones", sumarios 1 y 2.

⁵ Cfr. CNCiv. Sala B, 6/12/57, LL, 91-611; SCBsAs, 13/7/54, LL, 75-769; STLa Pampa, 10/8/60, LL, 105-446; Trib. Trab. N° 2 La Plata, 16/10/59, LL, 63-455; Trib. Trab. n° 4, Avellaneda, 27/8/52, LL, 68-503; López Olaciregui en Salvat, I, n° 1205-A, p. 946; Spota, I, vol. 31, n° 614, p. 94, y vol. 34, n° 1523, p. 789; Messineo, II, nos. 15-17, ps. 177-81.

⁶ Cfr. CNCiv. Sala A, JA, 1963-III-583.

⁷ Cfr. CFedB Blanca, 19/12/40, LL, 22-622.

⁸ Cfr. CNCiv. Sala B, 6/12/57, LL, 91-611; SCBsAs, 13/7/54, LL, 75-769.

DEL FIN DE LA EXISTENCIA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

CAPÍTULO II

Art. 48. [SUSTITUIDO POR LEY 17.711, ART. 1º, INC. 9º*]. — Termina la existencia de las personas jurídicas que necesitan autorización expresa estatal para funcionar:

- 1) Por su disolución en virtud de la decisión de sus miembros aprobada por la autoridad competente;
- 2) 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;
- 3) Por la conclusión de los bienes destinados a sostenerlas.

La decisión administrativa sobre retiro de la personería o intervención a la entidad dará lugar a los recursos previstos en art. 45. El juez podrá disponer la suspensión provisional de los efectos de la resolución recurrida.

* El texto original disponía: "Termina la existencia de las corporaciones de carácter de personas jurídicas: 1) por su disolución en virtud de deliberación de sus miembros, aprobada por el Gobierno; 2) por disolución en virtud de la ley, no obstante la voluntad de sus miembros, o haberse abusado o incurrido en transgresiones de las condiciones o cláusulas de la autorización legal, o porque sea imposible el cumplimiento de sus estatutos, o porque su disolución fuese necesaria o conveniente a los intereses públicos; 3) por la conclusión de los bienes destinados a sostenerlas".

CONCORDANCIAS: Cód. Civ., arts. 33, 39, 45 y 49.

FUENTES: Freitas, arts. 312 y 315; Cód. de Chile, arts. 559, 563 y 564.

§ 1. Extinción de las personas jurídicas autorizadas por el Estado. — Este precepto del Código establece varias causas de extinción de las personas jurídicas, mas no es taxativo, porque existen otras mencionadas en él.

Como lo aclara la redacción actual, la norma se aplica a las personas jurídicas de carácter privado autorizadas por el Estado, y solamente a las corporaciones. Las fundaciones se disuelven, por idénticas causas. En cuanto a las sociedades anónimas y comandita por acciones, se rigen actualmente por el art. 94 de la L. 19.550.

17. Código Civil. I.

c) *Casos de exceso en el mandato.* Puede darse el caso de asociaciones cuyos miembros fundadores declaren que su voluntad es integrar exclusivamente una asociación reconocida, que se rija por el régimen del art. 33. Es evidente que, en tales casos, se ha querido algo muy diferente del sistema del art. 46, pues las obligaciones y la responsabilidad serán distintas.

Los fundadores no pueden evitar que en el período constitutivo se aplique el art. 46, que es de orden público, pero sí están facultados para limitar las atribuciones de los órganos de la asociación, durante el período formativo. En tales supuestos, la actuación de los órganos en negocios que no se vinculen directamente con la constitución, importará un caso de acto nulo por extralimitación de facultades, que responsabilizará única y personalmente a quienes lo celebraron.

§ 4. Efectos jurídicos de la denegación de personería. — Tratándose de relaciones que se imputarán a la persona jurídica a condición de que esté ella autorizada por el Estado, la denegación de la personería tendrá como consecuencia que se impute a los fundadores todo lo actuado¹⁸.

Todos los derechos quedarán en este caso en cabeza de los fundadores, trátase de asociaciones o de fundaciones. En cuanto a las obligaciones, la responsabilidad será o no solidaria, según el régimen legal que corresponda aplicar.

Llambías opina que, tratándose de fundaciones, los actos jurídicos celebrados serán inexistentes por falta de sujeto que responda de ellos¹⁹. Esta conclusión es consecuencia inevitable de haber interpretado que el art. 47 del Código implica un reconocimiento condicional de la personalidad jurídica²⁰. Según otra opinión, todos los actos que se celebran durante el período constitutivo son actos del fundador, por cuya cuenta corren, y por tanto siempre habrá un sujeto titular de los derechos y las obligaciones.

En cuanto a las asociaciones, pueden continuar subsistiendo bajo el régimen del art. 46²¹.

¹⁸ Cfr. Borda, Parte General, I, n° 677, p. 511; Arauz Castex, I, n° 870, p. 484.

¹⁹ Llambías, Parte General, II, n° 1183, p. 107.

²⁰ Cfr. Llambías, Parte General, II, n° 1183, p. 107; Spota, I, vol. 31, n° 614, p. 94; Mesineo, II, nos. 15-17, ps. 177-81.

²¹ Véase el § 2. III.

La administración pública local y el Congreso Nacional en este caso — ejercen este poder de policía en diversos supuestos:

I. *Retiro de la personería a título de sanción.* El inciso en primer término el caso de "haberse abusado o incurrido en gresiones de las condiciones o cláusulas de la respectiva autorización". Si el reconocimiento de la personalidad tiene como fundamento la realización de actividades tendientes al cumplimiento de los fines de la institución, es lógico que quien ha autorizado su función pueda revocar ese acto cuando ocurren hechos contrarios al mismo. Tales son los casos de "abuso de la personalidad" incumplimiento de las cláusulas y condiciones establecidas autorización.

Este caso de retiro de la personalidad jurídica implica un miento de la conducta de los miembros o administradores de la institución⁹ y, en nuestra opinión, constituye una sanción. Por recurso judicial previsto en el artículo debería ser de plena jurisdicción, y no limitado a la arbitrariedad o ilegitimidad del acto.

II. *Retiro de la personería por imposibilidad de cumplir estatutos.* En esta parte el inciso se refiere al caso especial de imposibilidad de la persona jurídica¹¹, y no a otros casos que pueden impedir el cumplimiento de los estatutos. Son los casos en que falte o sea insuficiente el patrimonio, a lo que se refiere el inciso 3º del mismo artículo; o en que desaparezcan o la mayoría de los miembros de una asociación (art. 49), o se acéfala una fundación (ley 19.836, art. 18).

La imposibilidad de cumplir el objeto debe relacionarse con finalidades fundamentales establecidas en el estatuto, y no con otros meramente secundarios de él¹². La existencia del ente haberse hecho inútil¹³, limitándose el poder público a combatir este hecho extintivo, en ejercicio de su poder de policía¹⁴.

III. *Retiro de la personería en interés público.* En este caso se tiene en cuenta la inconveniencia de la continuación de las actividades de la persona jurídica.

Las atribuciones del Estado en esta materia no son total discrecionales. El inciso 2º de la 2ª parte del art. 33 exige que las asociaciones y fundaciones tengan por principal objeto el bien

⁹ Ver el § 8.

¹⁰ Sobre el abuso de la personalidad en las sociedades comerciales comentario del art. 39, § 5.

¹¹ Cfr. López Olacregui, en *Salvat*, I, n° 1289-B, p. 1039.

¹² Cfr. SCBsAs, 13/10/70, LL, 143-629 (27.035-S).

¹³ Cfr. Busso, I, n° 19, p. 394.

¹⁴ Cfr. SCTucumán, 12/7/45, JA, 1945-III-262.

¹⁵ Cfr. Busso, I, n° 17, p. 394.

En consecuencia, la aprobación del acuerdo extintivo por el Estado sólo puede referirse a la verificación del cumplimiento de los requisitos estatutarios correspondientes⁵.

II. *Fundaciones.* El inciso 1º del artículo no puede aplicarse, pues se refiere a la decisión de los miembros, es decir, a las asociaciones. Pero la ley 19.836 consagra disposiciones similares.

a) De acuerdo con el art. 3º, inciso f) del mencionado cuerpo legal, el acto constitutivo de las fundaciones debe contener cláusulas que reglamenten las condiciones de su disolución y liquidación.

b) Salvo disposición contraria del estatuto, será necesario el voto favorable de dos tercios de los integrantes del consejo de administración de la fundación para resolver la modificación de su objeto, fusión con entidades similares y disolución (ley 19.836, art. 29).

§ 3. *Disolución por retiro de la personería.* — El inciso 2º del artículo se refiere a la disolución en virtud de la ley, o sea a aquellos casos en que la extinción de la persona jurídica se produce independientemente de la voluntad de sus miembros (asociaciones), del fundador o de los administradores (fundaciones).

No deben confundirse los términos empleados en este inciso: la disolución "en virtud de la ley" no contempla el caso, citado por Savigny⁶, de supresión legal de categorías enteras de personas jurídicas. Tampoco se refiere a los casos en que incumbe al Congreso la facultad del retiro de la personería. Simplemente, quiere decir que la disolución se produce por prescripción legal, sin consideración a la voluntad de los miembros⁷.

¹ Ver comentario del art. 38, § 2, IV.

² Cfr. Borda, Parte General, I, n° 711, p. 537.

³ Ver el § 8.

⁴ Cfr. Busso, I, n° 11, p. 393.

⁵ Cfr. Lambías, Parte General, II, n° 1197, p. 119.

⁶ Savigny, II, n° 88, p. 73.

⁷ Cfr. *Salvat*, I, n° 1289, p. 1038.

mía¹⁹, y el sistema instituido en el fuero de los jueces de primera instancia para el fuero de los jueces de segunda instancia.¹⁶ Luego, cuando el objeto de una entidad ha dejado de ser de bien común, por contrario imperio los poderes públicos quedan autorizados para retirarle la personería. Por ello, la discrecionalidad del acto administrativo de cancelación de la personería queda limitada en este caso a la recalificación del objeto, la cual no puede hacerse arbitrariamente.

§ 4. Disolución por conclusión de los bienes. — Aunque se reconoce en doctrina la posibilidad de que existan asociaciones sin elemento patrimonial alguno¹⁷, el art. 33 del Código exige que las asociaciones y fundaciones "*posean patrimonio propio*", y "*no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado*".

En consecuencia, el presente inciso resuelve la disolución, cuando se hubieren agotado los bienes destinados a sostener las actividades de estas personas jurídicas, sea por insolvencia o simplemente por insuficiencia del capital necesario para continuar las actividades.

Se ha discutido en doctrina si en el caso de este inciso es necesaria la intervención del Estado. Llerena opina que la disolución se produce de puro derecho, sin necesidad de declaración alguna del Poder Ejecutivo¹⁸. Machado¹⁹ y Salvat²⁰, por el contrario, sostienen que la disolución sólo se produce cuando la declara el poder público. La opinión de Salvat es consecuente con la teoría de la ficción, aceptada por este autor.

Busso resuelve el problema explicando que la intervención del Estado es necesaria, pero que se trata de una mera declaración de la situación de hecho existente, que no es constitutiva de la causal de extinción²¹.

Debe considerarse como caso especial el de concurso, en que la disolución se produce en virtud de una resolución judicial.

§ 5. Causas de disolución no mencionadas en el artículo. — Existen otras causas de disolución, además de las enunciadas en este artículo:

I. *Finalización del plazo*. Si en los estatutos de las asociaciones o fundaciones se ha fijado un plazo de duración de la entidad, queda ella disuelta de pleno derecho el día del vencimiento del término²².

¹⁹ Véase el comentario del art. 33, § 2, a.

¹⁶ Véase el comentario del art. 45, § 2, III.

¹⁷ Véase el comentario del art. 33, § 2, b.

¹⁸ Llerena, I, n° 7, p. 119.

¹⁹ Machado, I, n° 25, p. 107.

²⁰ Salvat, I, n° 1291, p. 1042.

²¹ Busso, I, n° 26, p. 395.

²² Cfr. Llamblas, Parte General, II, n° 1198, p. 118.

e. fin. de la asociación, cuando o se quedan disueltas, o existencia se justifica sólo en relación a la consecución de e.

III. Fusión. La fusión de dos o más entidades causa tinción de la personalidad jurídica de ambas, y por ende su ción de pleno derecho.

§ 6. Efectos jurídicos de la disolución. — "El retiro de l sonería jurídica equivale a la muerte de la persona física, de nando la cesación del mandato de los miembros que la represen con anterioridad"²³. "El efecto inmediato del retiro de pers jurídica es el de provocar la extinción del sujeto de derecho (ostenta, y con ello se produce la cesación de la investidura q rrespondía a sus organismos directivos"²⁴.

Extinguida la personalidad, se abre la etapa de liquidaci patrimonio²⁵.

§ 7. Subsistencia de las asociaciones disueltas como asoc nes no reconocidas. — Dado que en ciertos casos se acepta q asociación a la que el Estado ha negado el reconocimiento, l no obstante continuar bajo el régimen del art. 46²⁶, podría soste igual efecto para los supuestos de retiro de la personería. P doctrina destaca la improcedencia de la analogía entre los dos ca

Cuando el Estado resuelve negar la personalidad, ese acto gatorio no produce la extinción del sujeto de derecho ya existen virtud del reconocimiento contenido en el art. 46. Simplemente produce el efecto de colocar la entidad en el régimen del art. por ello ésta subsiste con su régimen anterior.

En cambio, cuando un pronunciamiento estatal retira la l nalidad, automáticamente se produce la extinción del sujeto, p retiro debe estar fundamentado —si no es arbitrario— en una c de disolución.

§ 8. Autoridades competentes para el retiro de personalidad. Según observa Salvat, el Código no establece expresamente cu el poder del Estado competente para decretar la disolución²⁸ ello se deduce que tiene tal atribución el mismo poder que reco la personalidad²⁹. Ése era también el criterio jurisprudencial.

²³ CCiv. 2ª Cap., 25/11/35, JA, 52-530.

²⁴ CNFed, Sala Civ. y Com., 2/2/67, LL, 126-609.

²⁵ Véase el comentario del art. 50.

²⁶ Véase el comentario del art. 47, § 2, III, y § 4.

²⁷ Cfr. Busso, I, n° 43, p. 398; Páez, ob. cit., n° 234, p. 499; I

Parte General, I, n° 721, p. 543.

²⁸ Salvat, I, n° 1289, p. 1038.

²⁹ Cfr. Salvat, I, n° 1285, p. 1037.

En el presente, la doctrina de la Suprema Corte, al declarar que el artículo 1775 del Código Civil, en materia de sucesiones, no es aplicable a los sucesos ocurridos antes del 1.º de enero de 1916, sostiene la competencia exclusiva de los tribunales judiciales³⁰, por considerar que a falta de un precepto expreso debía aplicarse por analogía el art. 1775 del Código.

La jurisprudencia no aceptó esta tesis, pero sí hizo lugar a los recursos por ilegitimidad o arbitrariedad de las resoluciones administrativas³¹.

La ley 17711 ha recogido las conclusiones de la jurisprudencia, dejando en claro que el retiro de personería se produce por resolución administrativa.

Cabe consignar que en el orden nacional esta atribución no corresponde a la Inspección General de Personas Jurídicas, sino al ministro de Justicia (ley 18.805, art. 4º, 4.11).

Lógicamente, el caso especial contemplado en el art. 67, inc. 2º, de la Constitución, queda reservado al Congreso Nacional.

§ 9. Recursos contra las decisiones administrativas. — Las entidades afectadas por un retiro de personalidad tienen derecho a deducir idénticos recursos que los previstos en el art. 45; es decir, pueden impugnar la ilegitimidad o arbitrariedad de las resoluciones administrativas, pero no es controvertible el criterio u oportunidad de la decisión.

En el mismo sentido, el art. 37 de la ley 19.836 expresa que "las decisiones administrativas que deneguen la autorización para la constitución de la fundación o retiren la personería jurídica acordada podrán recurrirse judicialmente en los casos de ilegitimidad y arbitrariedad".

§ 10. Suspensión provisional de los efectos de la resolución recurrida. — Dado que las resoluciones administrativas en materia de retiro de la personería operan de pleno derecho la extinción de la personalidad jurídica de la entidad afectada, el artículo prevé expresamente la posibilidad de que el juez ante el cual se deduzca el recurso, decrete la suspensión de los efectos de la resolución recurrida. En caso contrario, la entidad podría encontrarse ante la liquidación total de su patrimonio en el momento de pronunciarse la sentencia.

En opinión de Borda, "en principio la decisión del Ejecutivo no se paraliza con la interposición del recurso y produce sus efectos de inmediato y hasta la sentencia que la revoque"³². Pero, si el juez

³⁰ SCBAAs, 26/9/33, JA, 43-827.

³¹ Barcia López, nota en JA, 43-83; Páez, ob. cit., n° 196, p. 396. Cód. suizo, art. 78.

³² Cfr. CSJN, 1/12/45, LL, 42-880; 17/3/17, Fallos, 125-178.

³³ Borda, La reforma, cit., p. 77.

autoriza la suspensión de los efectos del acto administrativo, la cual puede producirse únicamente.

§ 11. Intervención estatal de las asociaciones y fundaciones. Si el Estado tiene atribuciones para retirar la personalidad jurídica ha reconocido, tácitamente queda facultado para intervenir preventivamente las entidades, con el fin de evitar la prosecución de actividades en los casos contemplados en el inc. 2º del art. 48. En sentido, se ha resuelto que "el Poder Ejecutivo provincial está facultado para controlar, intervenir y disolver las personas jurídicas en general"³⁴.

Pero hasta la sanción de la ley 17711, no existía texto legal que autorizase expresamente. Reformado el artículo, se ha dicho que "el art. 48 del Cód. Civil reformado por la ley 17711, si bien es asertivo en el sentido de expresar que es derecho del Poder Ejecutivo el de intervenir las personas jurídicas que necesitan autorización expresa estatal para funcionar, da suficiente sustento, sin embargo, para una conclusión afirmativa"³⁵.

La ley de Fundaciones, muy por el contrario, establece un tema de intervención judicial, evitando la concesión de desmesuradas facultades a las autoridades administrativas de contralor. El art. de la ley 19.836 dispone que "además de las atribuciones señaladas en otras disposiciones de esta ley, corresponderá a la autoridad administrativa de control: a) Solicitar de las autoridades judiciales designación de administradores interinos de las fundaciones cuando no se llenasen las vacantes de sus órganos de gobierno en perjuicio del desenvolvimiento normal de la entidad o careciera temporalmente de tales órganos".

"b) Suspender en caso de urgencia el cumplimiento de las deliberaciones o resoluciones contrarias a las leyes o los estatutos y solicitar de las autoridades judiciales la nulidad de esos actos".

"c) Solicitar de las mismas autoridades la suspensión o revocación de los administradores de la fundación que hubieran violado los deberes de su cargo, y la designación de administradores visorios".

"d) Conocar al consejo de administración a petición de alguno de sus miembros, o cuando hubiera comprobado irregularidades graves".

Art. 49. — No termina la existencia de las personas jurídicas por el fallecimiento de sus miembros, aunque sea en número que quedaran reducidas a no poder cumplir el fin de su institución.

³⁴ TSCórdoba, Sala Civ., Com. y ContAdm., 10/12/65, LL, 122-3.
³⁵ CSJSalta, 21/4/70, LL, 142-595 (26.217-S).

a doctrina en general atribuye efecto constitutivo a la sentenciada en el juicio de vacancia; tiene por efecto principal transferencia de los bienes al Estado¹⁹, colocándolos en la situación del art. 2342²⁰.

pota, en concordancia con su tesis de la transmisión sucesoria²¹, lera que el Estado no se apropia de bienes sin dueño, sino que, carácter de sucesor a título universal, asume la obligación de rlos a fines similares a los de la entidad extinguida.

La jurisprudencia ha resuelto que el juicio de vacancia no es rsal, razón por la cual no ejerce fuero de atracción²², pero debe rse por analogía el procedimiento establecido para las sucesio- cantes²³.

I. *Fundaciones.* "En caso de disolución, el remanente de los s deberá destinarse a una entidad de carácter público o a una na jurídica de carácter privado de bien común, sin fines de lucro uiciada en la República, salvo cuando se trate de fundaciones ieraras. Las decisiones que se adopten en lo referente al tras- del remanente de los bienes requerirán la previa aprobación de 'oridad administrativa de control" (ley 19.836, art. 30).

El texto sigue las conclusiones a que llegó la teoría de la realidad, la cual los bienes deben afectarse al mismo fin o a objetos res a los que tenía la entidad disuelta²⁴.

TÍTULO II

DE LAS PERSONAS DE EXISTENCIA VISIBLE

art. 51. — Todos los entes que presentasen signos característicos manidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son per- de existencia visible.

ADIANCIAS: Cód. Civ., arts. 30, 31, 32, 71.
es: Freitas, art. 35; Coyena, art. 107; Partidas, ley V, Tit. 23, Part. V; ley 8, Tit. 33, Part. VII, ley 22, Tit. V, lib. I, Dig.; ley 14, it. V, lib. I, Dig.

19-528; Busso, I, n° 38, p. 403; Díaz de Guijarro, E., Juicio de vacancia idación de bienes de personas jurídicas extinguidas, JA, 49-290.

20 Cfr. Busso, I, n° 41, p. 403.

21 Cfr. Díaz de Guijarro, ob. cit., JA, 49-291.

22 Véase más arriba el § 2, II.

23 Cfr. CCiv. 2° Cap., 11/2/35, JA, 49-290.

24 Cfr. CCiv. 2° Cap., 17/10/38, LL, 12-382.

25 Cfr. Pérez, ob. cit., n° 202, p. 412; Cód. suizo, art. 57.

§ 1. *Origen de la norma.* — La disposición en examen es un re- sabio de la antigua legislación romana que a su vez influyó en los textos alfonsoinos. En efecto, el derecho romano no consideraba per- sona, fundamentalmente con relación al derecho sucesorio, al sujeto que naciese con caracteres de monstruo o prodigio (*monstrum o pro- digium*); justamente a esto hacen referencia las leyes del Digesto citadas en la nota por Vélez Sársfield como fuente del artículo. En idéntico sentido se expresan ambas leyes de Partidas citadas en el mismo lugar.

§ 2. *Interpretación y concordancia con los artículos 71 y 72 del Código.* — Nuestro Código Civil, en los arts. 71 y 72, requiere como única condición para que la persona por nacer sea considerada existente desde el momento mismo de su concepción en el seno ma- terno, que nazca con vida; es decir que es suficiente que viva un solo instante separada del seno materno. Aparentemente el art. 51 del Código agregaría a éste el requisito de que el sujeto tuviese forma humana. Sin embargo, ha de interpretarse que la disposición del art. 51 se refiere a los que al momento de nacer carecen de los órganos indispensables para la existencia de la vida extrauterina autónoma, como es el caso de los acéfalos, exacéfalos, paracéfalos y acardianos. En efecto, no se exige la posibilidad de prolongar la vida extrauterina, a lo cual se opone, indudablemente, la disposición del art. 71, sino que en los casos citados no existe posibilidad alguna de vida extrauterina, justamente por la inexistencia de los órganos indispensables para ella¹.

Por lo demás, está perfectamente determinado por las leyes de la medicina moderna que no es posible que la mujer dé a luz mons- truos sin figura humana, y cualquiera que sea la deformación del nacido su personalidad es intachable. Fuera de la deformación del no hay situación en que el ser humano pierda absolutamente su capacidad de derecho, pues la muerte civil no existe². Por lo tanto, debemos concluir que el Código Civil solamente requiere para que exista persona humana que haya cuerpo humano y vida biológica, y el mismo Código ha presupuesto que todo ser nacido de madre humana es humano³; como bien se expresa, es la generación, no la figura, lo que determina la naturaleza humana⁴.

En cambio, en los sistemas jurídicos donde se exige para que exista el sujeto la aptitud de prolongar la vida extrauterina, o sea la viabilidad, si bien se reconoce que la posibilidad de que la mujer dé a luz monstruos es pura fábula⁵, se considera que en esos casos

¹ Spota, I, vol. 31, n° 596, nota 54.

² Machado, nota al art. 51.

³ López Olaciregui en Salvat, Parte General, n° 356-A.

⁴ Enneccerus-Nipperdey, I, n° 77, p. 330.

⁵ Ferrara, I, p. 466.

ly sujeto, no porque sea monstruoso, sino porque carece de idad⁶.

3. **Hermanos siameses.**—Son los sujetos que nacen unidos en rma, que no es posible su separación ni aun por medios quirúrgicos. Existen en este supuesto dos personas, aun cuando hay lo cuerpo; si hay dos cabezas, los dos serán personas⁷. Esto porque son dos entes que llevan vida espiritual autónoma, con dimento y voluntad distintos. Además, cada uno de ellos es r de destino moral propio e incommunicable; por lo tanto son ersonas que existen jurídicamente⁸. En especial ha de tenerse enta que los hermanos siameses, si bien sujetos de derecho, han frir importantes restricciones a su capacidad, especialmente en e concierne al matrimonio⁹.

4. **Aborto.**—Si el aborto se produce cuando el feto no posee forma humana, aunque los testigos hayan visto movimientos, deben considerarse reflejos que no constituyen prueba alguna da¹⁰.

5. **Proyectos de reforma.**—Con buen criterio los proyectos de na suprimen esta disposición, siguiendo en este sentido a las aciones más modernas, en especial la alemana y la italiana. o demás, según la interpretación que se propugna, el artículo a resultar superfluo, ya que no agrega ningún requisito a los lecidos en los arts. 70, 71 y siguientes.

6. **Animales.**—Los animales carecen de personalidad jurídica. istencia de normas que castigan los malos tratos inferidos a no puede interpretarse como reconocimiento ni atribución de hos. Menos aun se concibe a los animales como sujetos de aciones; en los supuestos en que ocasionan daños a terceros son nables sus propietarios o sus usuarios (arts. 124 y concs., Cód. u).

Art. 52.—Las personas de existencia visible son capaces de ad- r derechos o contraer obligaciones. Se reputan tales todos los en este Código no están expresamente declarados incapaces.

ORDANCIAS: Cód. Civ., arts. 6º a 9º; 22; 30 a 32; 53 a 56; 1040 y 1160. res: Freitas, art. 40; Cód. de Chile, art. 1446.

⁶ Ferrara, I, p. 466 y siguientes.

⁷ Orgaz, A., *Personas individuales*, Bs. As., 1948, p. 30.

⁸ Busso, I, nota al art. 51, nº 6.

⁹ Busso, lug. citado.

¹⁰ Borda, Parte General, nº 239, a.

¹¹ Plantol-Ripert, I, nº 7, p. 4.

§ 1. **Principio general.**—La norma general de capacidad con- sagrada por este artículo es principio fundamental de nuestro régi- men jurídico, que puede enunciarse sencillamente diciendo que la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción¹. Por ello, sólo en forma legal y con carácter excepcional puede establecerse una incapacidad sobre la persona de existencia visible, como sujeto de derecho.

Desde este punto de vista se ha entendido, pues, que no es posi- ble por vía de analogía establecer otras incapacidades que las que es- tán consagradas específicamente en la ley²; así como que estas inca- pacidades han de ser siempre interpretadas en forma restrictiva, es decir, que en la duda hay que estar a favor de la capacidad. Esta disposición es una consecuencia del imperativo ético que gravita sobre el legislador de reconocer la capacidad de la persona de existencia visible con carácter de regla genérica. Efectivamente ello es así desde el momento en que la capacidad es el sustento básico de la personalidad jurídica; he ahí lo dispuesto por los arts. 30 y siguientes del Cód. Civil, en los cuales las personas, con abstracción de su calidad física o jurídica, se definen justamente por su capa- cidad para adquirir derechos o contraer obligaciones. En las legis- laciones antiguas no tenían el carácter de personas jurídicas aquellos sujetos que eran absolutamente incapaces de derecho, como el esclavo y el muerto civil; eliminadas que son estas categorías en el derecho moderno, el Estado legislador no puede menos de reconocer que frente a él se presenta la persona física como una realidad que no puede desconocer, que se le impone como sujeto de derecho, y como tal, es capaz. A este respecto no se puede dejar de mencionar al art. 31 del Cód. Civil, en el cual pareciera que la capacidad de los sujetos de derecho dependiese de la mayor o menor capacidad que la misma ley les otorgase. En realidad esta disposición del art. 31, según se ha visto, proviene de una desafortunada disposición de Freitas, el art. 17 del *Esboço*. Pero más adelante el mismo Freitas, especialmente en las notas a los arts. 36 y 37, fuentes ambos del art. 53, señala con toda claridad que la regla es que las personas son capaces y que les son permitidos todos los actos y los derechos que no les fuesen expresamente prohibidos, y en la nota del art. 36 dice: "he aquí toda la piedra angular del derecho civil que fuera legislado bajo la base de la naturaleza humana; las leyes son hechas para el hombre y no el hombre para las leyes".

§ 2. **Atributos de la personalidad.**—Se definen como atributos de la personalidad los integrantes inescindibles de la persona desde

¹ CNCiv., Sala C, 7/9/61, LL, 104-722.

² 1º Inst. firme, 7/12/42, LL, 28-686; Orgaz, *Personas individuales*, Bs. As., 1948, p. 182.

unto de vista jurídico. Ya se ha visto, al tratar el art. 30, que capacidad es considerado elemento definidor de la personalidad jurídica: ello significa que no hay personalidad sin capacidad jurídica. Son también atributos de la personalidad, además de la capacidad, el estado, el nombre y el domicilio, pues no se comprende la persona sino integrada jurídicamente con todos estos elementos.

Sabido es que el patrimonio, según la doctrina francesa, forma parte de esta categoría de los atributos de la personalidad; sin embargo, a partir del avance de la doctrina alemana sobre el patrimonio, esa idea se halla sumamente controvertida. En este aspecto tenemos a lo que se dice en el comentario al art. 2312.

Por último, se comprenden en la idea de persona los llamados derechos de la personalidad³, dentro de los que cabe citar, *prima*, el derecho a la vida —antes y después del nacimiento—, el derecho a la integridad física, los derechos a la libertad, al honor, igualdad, la vida privada, etcétera.

Del estado y la capacidad tratamos en este artículo, que se complementa con los que le siguen. Del domicilio hablaremos en arts. 89 y siguientes. La ley de Nombre, ley 18.246, se desarrolla en la continuación del art. 79. En consecuencia pasamos ahora a exponer los derechos de la personalidad⁴, incluyendo el comentario al art. bis del Cód. Civil.

3. Los derechos de la personalidad. Concepto y naturaleza. Los derechos de la personalidad son las prerrogativas de contenido patrimonial, inalienables, perpetuas y oponibles *erga omnes*, que corresponden a toda persona, por su sola condición de tal, desde su nacimiento y hasta después de su muerte, y de las que puede ser privado por la acción del Estado ni de otros particulares, porque ello implicaría desmedro o menoscabo de la persona.

Estos derechos, si bien de contenido extrapatrimonial, al ser atribuidos a favor de su titular una acción de resarcimiento, se puede compararse a la *actio injuriarum* del derecho romano, que constituía la sanción general con que se combatía contra todo daño que afectase a la personalidad⁵. Veremos al tratar uno de los derechos en particular cómo la doctrina judicial y los autores ha reconocido en ellos este aspecto económico. En cuanto a la naturaleza jurídica de estos derechos debe señalarse que la mayor parte de la doctrina los considera verdaderos

³ Ver diferentes definiciones en Orgaz, ob. cit., p. 118 y nota 1; Borda, General, n.º 310; Llambías, Parte General, n.º 871; Carbonnier, I, n.º 313; Messineo, III, par. 49, n.º 1, p. 3; Cifuentes, *Los derechos personales*, Bs. As., 1974.
Carbonnier, ob. y lug. citados.

derechos subjetivos⁶. Sólo un grupo minoritario les niega este carácter⁷. A nuestro juicio es acertada la primera posición, pues si bien *prima facie* carecen de contenido económico y por ende no existe frente a ellos un deber correlativo, ese contenido mensurable en valores patrimoniales nace como consecuencia de la lesión al derecho, lo cual los coloca en idéntica situación que otros derechos subjetivos indiscutidos y clásicos, como el dominio⁸. Para mayor abundamiento sobre el tema véanse las obras citadas en nota 3.

Presentan, según Cifuentes, los siguientes caracteres: son innatos, vitalicios, necesarios, esenciales, inherentes, extrapatrimoniales, relativamente indisponibles, absolutos, privados, autónomos, y su objeto es interior⁹.

§ 4. Los derechos de la personalidad en particular. Clasificación. — Al ser estas prerrogativas de naturaleza muy diversa, corresponde hacer una clasificación previa para agrupar las que, entre sí, guardan mayores similitudes. Siguiendo a Carbonnier podemos distinguir tres clases: a) los derechos primordiales de la persona física; b) las libertades civiles; c) la igualdad civil¹⁰.

§ 5. Los derechos primordiales de la persona física. A) Derecho a la vida. — La vida humana se halla protegida por disposiciones normativas del derecho penal y del derecho civil.

En el orden civil la protección de la vida se manifiesta a través del derecho al resarcimiento a favor de los deudos de quien ha sido privado de ella. Según una difundida doctrina, basta con que se haya privado de la vida a alguien para que exista daño resarcible, pues la vida humana constituye por sí un valor susceptible de apreciación pecuniaria¹¹, aunque no se pruebe que el muerto realizara tareas remuneradas¹² y aun cuando sus únicas actividades fueran las propias del hogar¹³, sin que sean indemnizables sólo los daños materiales directos, sino también otros perjuicios indirectos¹⁴.

⁵ Entre nosotros, así afirman Borda, ob. y lug. cit.; Llambías, ob. cit., n.º 5, 372; Cifuentes, ob. cit., p. 118.

⁶ Así Orgaz, ob. cit., ps. 121 y ss.; ver Enneccerus, Parte General, n.º 71, ps. 506 y siguientes.

⁷ Conf. Borda, Parte General, I, n.º 310.

⁸ Cifuentes, ob. cit., ps. 138 y siguientes.

⁹ Carbonnier, I, n.º 70, p. 313.

¹⁰ SCBAAs, 27/12/62, RepLL, XXV, p. 442, n.º 389; ídem, 4/7/67, RepLL, XXVIII, p. 874, n.º 786; STChubut, 11/2/70, LL, 141-632, 25-266-S; CNCiv, Sala C, 8/9/70, LL, 141-684, 25-591-S; ídem, Sala D, 3/10/69, LL, 138-945, 23-665-S; ídem, Sala E, LL, 138-927, 23-568-S. Ver Orgaz, *La vida humana como valor económico*, ED 56-849. Comp. Llambías, *La vida humana como valor económico*, IA, doctrina 1974, p. 624.

¹¹ CNCiv, Sala F, 22/4/65, LL, 118-772.

¹² CNCiv, Sala F, 19/9/63, LL, 114-329.

¹³ CCivCom 2.ª, La Plata, Sala II, 1/9/67, LL, 120-1048, 16-828-S.

En cambio, se ha sostenido que una cosa es que la vida humana es aptitud personal que tengan un valor económico, y otra afirmar ella constituye de por sí un valor económico, *ya que no tiene ni alguno por sí misma, sino por su aptitud o posibilidad de producir beneficios económicos*¹³⁻¹.

§ 6. **Derecho a la integridad física.** — También se trata aquí lo en la mayoría de los casos, de un derecho tutelado por normas legales y civiles. En cuanto a las primeras, el capítulo II del Título el Libro II del Código Penal incrimina las "lesiones" en sus diversas formas (arts. 89 a 94). En el plano del derecho civil se consigna que todo daño a la integridad física, de carácter permanente, que ocasiona o no un daño económico, debe ser indemnizado como valor que la víctima fue desposeída, aun cuando no ejerciera ninguna actividad lucrativa¹⁴, puesto que la reparación, no sólo comprende el aspecto laborativo, sino también todas las consecuencias que atecan a la personalidad integralmente considerada¹⁵. En consecuencia, el hecho de alterar la integridad física de una persona constituye un daño que debe ser indemnizado¹⁶.

Especial importancia tiene lo que se ha dado en llamar *daño estético*; si media lesión a la estética, la indemnización debida a la víctima no debe apoyarse únicamente, para su valoración patrimonial, lo que haya quedado afectada su capacidad laborativa, sino también en todo lo que pueda proyectarse sobre su vida individual y de acción¹⁷; es decir, que la reparación de la lesión estética debe ser global¹⁸, y corresponde aun cuando se trate de persona del sexo masculino y aunque no se dedique a la profesión artística¹⁹.

Dentro del *derecho a la integridad física* corresponde analizar lo concerniente a los actos de disposición del propio cuerpo. Al no ser uero una cosa en sentido jurídico, no pueden realizarse válidamente actos jurídicos que lo tengan por objeto, por lo cual los que lo tengan se consideran nulos²⁰, aun cuando se trate de partes vivables, como leche, sangre, cabellos²¹, si bien después de sepa-

13-1 Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, III, ps. 112-3; CNCiv, Sala C, 19/4/77, LL, 1/12/77, fallo 75.127.

14 CNCiv, Sala D, 7/11/68, LL, 134-1035, 20.007-S; ídem, ídem, 1/69, LL, 136-64.

15 CNCiv, Sala E, 25/9/69, LL, 138-353.

16 CNCiv, Sala F, 18/8/70, LL, 142-613, 26.344-S; Mazeaud, Parte I, II, n° 630.

17 CNCiv, Sala B, 27/12/66, LL, 126-794, 15.322-S.

18 CNCiv, Sala F, 25/7/68, LL, 134-1057, 20.148-S.

19 CNCiv, Sala C, 12/7/66, LL, 124-51; ídem, ídem, 15/6/67, LL, 1051, 16.849-S.

20 Orgaz, ob. cit., ps. 142-43.

21 Llambías, Parte General, I, n° 381; en contra, Messineo, III, párr. 51, p. 19.

radas estas partes del cuerpo se transformen en cosas que están en el comercio y por tanto sean susceptibles de negociación. Como regla general en esta materia debe sentarse que ni aun el consentimiento del sujeto pasivo puede sanear un acto de esta índole; es decir, que si prestó su acuerdo, puede arrepentirse y no da ello lugar a que sufra las consecuencias del incumplimiento²². Esta regla es aplicable a las convenciones que van desde el trasplante de órganos hasta los juegos deportivos que impliquen riesgo para la vida o integridad física; en este último caso, de producirse lesión o muerte tienen, el sujeto o sus herederos, acción de resarcimiento, sin que obste a ella que se haya actuado con ánimo de lucro²³. Finalmente, caben considerarse prohibidos algunos actos sobre el propio cuerpo, no ya en virtud de la protección de la integridad física, sino de la tutela de intereses éticos individuales y sociales: por estas razones es nulo el contrato de meretrício²⁴.

Como consecuencia de la aplicación de estos principios, se ha decidido que el demandado en juicio de filiación no puede ser sometido, en contra de su voluntad, al examen sanguíneo, aunque ello puede dar lugar a una presunción en su contra²⁵, y que en el juicio de nulidad de matrimonio no es posible exigir el examen físico para demostrar la impotencia del cónyuge, con idéntica salvedad²⁶; lo mismo cabe decir de la *inspectio corporis* compulsiva en el juicio de divorcio²⁷. También ha de requerirse la conformidad del sujeto para toda clase de operaciones quirúrgicas²⁸.

Recientemente se ha resuelto en los tribunales de la Capital Federal que no corresponde autorizar el cambio de sexo solicitado por un sujeto psíquicamente desequilibrado y de conformación morfológica perfectamente masculina, dado que la operación quirúrgica cuya autorización se requirió no transferiría la libido del paciente a su ubicación normal²⁹.

En cuanto al cadáver, tampoco puede ser considerado una cosa³⁰, sólo puede disponer de él la persona, y nunca sus herederos. Si nada

22 Messineo, III, lug. citado.

23 Messineo, III, ps. 19 y 20.

24 Messineo, III, lug. citado.

25 CCiv 1° Cap, 8/4/40, LL, 18-434; CApel 2° La Plata, 15/12/49, LL, 54-345; CNCiv, Sala C, 28/8/74, JA, 24-1974-270; con nota de L. Moisset de Espanés. Ver Díaz de Guijarro, *Valoración probatoria de la negativa a someterse a la investigación de los grupos sanguíneos*, JA, 947-III-216; Borda, Familia, t. II, n° 733; Mazeaud, Parte I, vol. II, n° 269.

26 Ver Borda, Familia, I, n° 197.

27 CNCiv, Sala D, 6/11/59, LL, 99-761; ídem, 9/12/59, LL, 99-805.

28 Llambías, Parte General, n° 380, Orgaz, ob. cit., p. 149; Mazeaud, Parte I, vol. II, n° 629.

29 1° InstCivCap, firme, 24/9/74, LL, 1975-A-479, con nota de A. R. Yungano, *Cambio de sexo*.

30 Llambías, Parte General, n° 382; en contra; Messineo, lug. cit., ap. d.

iese dispuesto el sujeto sobre su cadáver, las medidas correspondientes las tomarán sus parientes más cercanos³¹, aunque no podrán hacerlo en contra de las convicciones religiosas del muerto³².

El individuo puede disponer de su propio cadáver, sea por testamento o por otro acto; puede determinar así la forma o ritos de la inhumación, ordenar su cremación, o inclusive dejar su cadáver a una institución científica, médica, etc.; lo mismo puede hacer partes de su cadáver, como los ojos u otros órganos (art. 17, 21.541). En cambio, sería nula por inmoral la venta con fines de lucro del propio cadáver³³.

Señalamos que el Código Civil italiano de 1942 trae una norma especial a este respecto, disponiendo: "Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución manifiesta de la integridad física, o cuando sean contrarios en otra forma a la ley, al orden público o a las buenas costumbres".

En nuestro país acaba de sancionarse la ley 21.541 promulgada el 1º de marzo de 1977, sobre trasplante de órganos y material anatómico humano, la que ha dado lugar a algunos comentarios³⁴⁻¹.

El art. 1º establece que la ablación de órganos y material anatómico para la implantación de los mismos entre seres humanos y cadáveres humanos a seres humanos, se rige exclusivamente por la ley en todo el país. La ley no comprende a los materiales anatómicos humanos renovables o separables. El art. 2º dispone que la ablación e implantación de órganos y material anatómico se realizarán como técnica corriente y no experimental, pudiendo ser usadas cuando todos los otros medios y recursos disponibles no fueran suficientes para la recuperación de la salud del paciente.

Las operaciones reglamentadas sólo pueden ser llevadas a cabo por profesionales o equipos de profesionales médicos especializados con acreditada experiencia, reconocidos por la autoridad competente conforme a lo que establezca la reglamentación (art. 3º). La actividad de los equipos o del profesional autorizados sólo puede ser ejercida en establecimientos oficiales o privados debidamente autorizados y formalmente autorizados por la autoridad sanitaria (7º).

³¹ Ver Díaz de Gujardo, *La caducidad del derecho del cónyuge a usar los restos del esposo premuerto, por homicidio en su persona y por acción de su cadáver*, JA, 55-520.

³² Llambías, Parte General, I, n° 382; es la solución del art. 741 del proyecto de 1954; Cifuentes, ob. cit., p. 251; comp. Ferrara, I, p. 402; Caceres, Parte General, n° 114, p. 548 y nota 8.

³³ Ferrara, I, p. 401.

³⁴⁻¹ Leonfanti, María Antonia, *Trasplantes de órganos humanos*, LL, 1977-9; Terán Lomas, Roberto, *La ley 21.541 sobre trasplantes*, JA, 1977-III.

La ley dispone que si el trasplante ha de realizarse con órganos o material anatómico de persona viva, sólo podrá efectuarse la ablación de uno de dos órganos pares o de materiales anatómicos cuya remoción no implique riesgo razonablemente previsible que pueda causar muerte o incapacidad total y permanente del dador (art. 12). Puede ser donante toda persona mayor de 18 años no sujeta a ninguna incapacidad; el receptor debe ser, respecto del dador, padre, madre, hermano o hijo consanguíneo, así como también podrán realizarse cuando circunstancias excepcionales lo justifiquen entre cónyuges y padres con hijos adoptivos (art. 13).

Finalmente es de destacar que el art. 17 establece que se puede disponer para después de la muerte la ablación de órganos o materiales anatómicos para ser implantados en otros seres humanos o para fines de estudio o investigación.

En los títulos finales la ley establece prohibiciones y penalidades por la infracción de sus disposiciones.

§ 7. C) Derecho a la propia imagen.—En virtud de este derecho toda persona puede oponerse a que se reproduzca su imagen, y también su voz, por cualquier medio que sea, por personas a quienes no se haya otorgado autorización expresa o tácita³⁴.

En nuestro derecho la cuestión se halla regulada por el art. 31 de la ley 11.723, que dice: "*El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma; y muerta ésta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos o, en su defecto, del padre o de la madre. Faltando el cónyuge, los hijos, el padre, o la madre, o los descendientes directos de los hijos, la publicación es libre. La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo, resarcido daños y perjuicios. Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público*".

La última parte del artículo transcribe lo que a algunos problemas interpretativos, por ser —en apariencia— demasiado amplia la autorización allí concedida para la libre publicación. A pesar de lo expresado por la norma comentada se considera ilícita la reproducción de una fotografía tomada en un balneario en traje de baño o en poses ridículas³⁵, o la efectuada con fines científicos sin tomar precauciones para evitar la identificación del retrato³⁶.

En todos los casos el titular del derecho afectado puede obtener un resarcimiento indemnizatorio, así como lograr que cese la publicación de su imagen en el futuro³⁷. En nuestro derecho positivo,

³⁴ Carbonnier, I, n° 70, p. 313.

³⁵ Borda, Parte General, n° 316; CCiv I° Cap, 2/3/32, LL, 26-780.

³⁶ Orgaz, ob. cit., p. 166, nota 26; Borda, Parte General, I, lug. citado.

³⁷ Carbonnier, I, n° 70, ps. 313-14.

pués de la modificación del art. 1078, cabe entender que la imputación puede comprender el daño moral sufrido ³³.

§ 8. **D) El derecho a la intimidad.** El derecho a la propia imagen, que en cierta doctrina extranjera es encarado como un peculiar derecho de la personalidad, no es, en nuestro criterio, más que especie de un género más amplio, cual es el derecho a la intimidad, llamado en otros países *right of privacy*, *diritto a la riservatezza*, etcétera.

Si siguiendo a Cifuentes podemos definir el derecho a la intimidad como el derecho personalísimo que permite sustraer a la persona a publicidad o de otras turbaciones a su vida privada, el cual está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos ³⁴.

a) *La legislación argentina sobre intimidad.* El criterio según el cual el derecho a la intimidad constituye un género comprensivo de varias especies de derechos de la personalidad, se vio reflejado en la legislación argentina al sancionarse la ley 20.889, que incorporó el art. 32 bis al Cód. Civil ³⁵, hoy derogada por la ley 21.173, que incorporó al mismo cuerpo legal el art. 1071 bis, aunque siguiendo el mismo criterio.

La loable intención de legislar sobre el derecho a la intimidad fue inicialmente frustrada por la invalidez de la ley 20.889. En efecto, mientras la Cámara de Diputados de la Nación sancionó un proyecto en el que se suprimían las palabras "sin dolo ni culpa" que aparecían en el proyecto original, el Senado de la Nación consagró el texto original omitiendo las modificaciones que a él había introducido la Cámara joven. Ello llevó a la invalidez de la ley ³⁶, lo que así fue comprendido por el mismo Congreso, que en el siguiente año de sesiones sancionó la ley 21.173, a cuyo sucinto comentario damos los párrafos siguientes.

³³ Borda, Parte General, I, lug. cit.; comp. Llanúbias, Parte General, I, 3.

³⁴ Cifuentes, *El derecho a la intimidad*, ED, 57-831.

³⁵ Sobre el art. 32 bis, ver Cifuentes, ob. cit.; Risolia, F. A., *A propósito de la protección jurídica de la intimidad. Una cuestión previa*, ED, 1975; Orgaz, A., *La ley sobre intimidad*, ED, 60-927; Rocca, I., *La protección jurídica de la intimidad se encuentra en estado parlamentario*, LL, 1147; Guastavino, E. P., *La irregular tramitación de la ley protectora de la intimidad personal y los alcances de la invalidez*, LL, 1975-A-1276; Mosset Pe, J., *El derecho a la intimidad (art. 32 bis del Código Civil)*, JA, 1975, p. 404; Carranza, J. A., *La ley Tróccoli (20.889) y el derecho a la intimidad*, JA, doctrina 1975, p. 240; Leonfanti, M. A., *El derecho a la intimidad en la Argentina (Nuevo artículo del Código Civil)*, LL, 1975-B-1319; N. P., *Un problema de derecho parlamentario*, LL, 1975-C-655; Golden-H., *La tutela jurídica de la vida privada*, LL, 1976-A-576.

³⁶ Orgaz, ob. cit.; comp. Guastavino, ob. cit., para quien la invalidez es parcial.

b) *Método legislativo.* La ley 20.889 había incorporado la protección de la intimidad en el art. 32 bis, lo cual había dado pie a numerosas críticas por tratarse de una disposición que allí resultaba absolutamente fuera de lugar. Incluso, el proyecto original preveía que el texto se sancionara como art. 51 bis, esto es, dentro del título referente a las personas de existencia visible, como parece más razonable. Por su parte, Alfredo Orgaz propuso que la regla protectora de la intimidad se agregara al Código como art. 1090 bis, por considerar que todo acto violatorio de la intimidad es un acto ilícito contra las personas. Sin embargo, y a pesar de que, como veremos, se siguió casi a la letra el proyecto de Alfredo Orgaz, el Congreso sancionó el art. 1071 bis, con lo cual parece indicar que se ha seguido el criterio de que se trata de un acto ilícito, mas no necesariamente un delito.

c) *Condiciones de procedencia de la acción indemnizatoria.* El nuevo texto, como el derogado, concede al afectado una acción indemnizatoria y otros efectos colaterales. Para que estos efectos se produzcan es necesario: 1) que alguien haya perturbado de cualquier modo la intimidad de la víctima; 2) que tal perturbación haya sido efectuada "arbitrariamente"; 3) que el hecho no sea un delito del derecho penal.

La ley comienza por sancionar a quien se entrometa en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos o perturbando de cualquier modo su intimidad. Obvio resulta señalar que la enumeración de supuestos es enunciativa, pues el núcleo del acto ilícito se halla en esa "perturbación de la intimidad", cualquiera que sea el modo o el medio como se produzca: así, constituyen tales ataques la publicación en diarios o periódicos de hechos penosos de la intimidad de una persona o de una familia, la reproducción de retratos de hijos o nietos, insanos o deformes de una persona conocida, la interceptación de comunicaciones telefónicas, el colocar grabadores para captar conversaciones, etcétera ⁴².

Siempre es necesario que esa perturbación sea arbitraria, esto es, efectuada sin derecho, pues, como se dijo al analizar el concepto, este derecho a la intimidad está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos, de donde se sigue que pueden darse casos en los cuales los pretendidos ataques a la intimidad no lo sean, por estar justificados por los mencionados límites. Así, cuando se reproduce la fotografía de un criminal, se da a publicidad un hecho delictuoso, se investigan las actividades de hombres públicos, etcétera. Por ello, se ha dicho que el adverbio "arbitrariamente" es inexcusable en una figura como ésta ⁴³.

⁴² Orgaz, ob. cit., en nota 34, 2; ver también Díaz Molina, I., *El derecho de privacy en el Common Law y en el derecho civil*, Córdoba, 1963.

⁴³ Orgaz, ob. cit., en nota 34, 2.

Por último, es necesario que el acontecimiento no constituya a vez un delito del derecho penal, pues según Orgaz, de quien se tomó el texto, no se trata de superponer dos legislaciones, sino salvar un vacío legislativo extraño al Código Penal⁴⁴.

d) *Efectos*. Comprobados por el juez los extremos a que aludimos en el párrafo anterior, se producen los efectos previstos por la norma, que pueden ser tres: 1) la indemnización a favor de la víctima; 2) hacer cesar la actividad perturbadora de la intimidad; ordenar la publicación de la sentencia.

La acción de indemnización procede cuando se hayan aquilatado extremos que comprometen la responsabilidad del agente; esa indemnización será fijada equitativamente por el juez teniendo en cuenta las circunstancias del caso, especialmente el grado de imputabilidad del agente.

La mención de la imputabilidad nos mueve a poner de relieve el texto sancionado ha omitido incorporar las palabras "sin dolo culpa" que contiene el proyectado por Alfredo Orgaz. Sostenía autor en su trabajo reiteradamente citado que el presente caso estudio debía estar comprendido dentro de los supuestos de responsabilidad objetiva, los que han aumentado considerablemente o consecuencia de las actuales condiciones de vida.

Sin embargo, como decimos, el texto no ha incorporado estos datos, y la demostración del ilícito queda sometida a las reglas generales, y es el actor quien debe probar la culpa o el dolo del agente a los efectos del resarcimiento. Pero creemos que tal prueba es necesaria para obtener el cese de la actividad perturbadora, y para ordenarlo, al juez debe bastarle con comprobar su existencia.

Otro de los efectos previstos por la ley es el hacer cesar la actividad perturbadora, siempre que no hubiere cesado antes. Como dijimos, para que este efecto se produzca no es necesario más que una comprobación por el juez, sin que quepa aludir en el caso a la culpa del agente. Por supuesto que no cabe hacer cesar actividad del agente cuando ella se encuadra dentro de las actividades lícitas, no arbitrarias, o justificadas por las necesidades sociales o el interés público; así, no se podría pretender hacer cesar el acto de un ataque a la intimidad, la actividad de un periodista que investigase la conducta posiblemente ilícita de un funcionario público y fuese dando a conocer el resultado de su trabajo.

Finalmente, puede proceder, a pedido del agraviado, la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si ello fuese edente para una adecuada reparación.

§ 9. *Derecho al honor*.—El honor consiste en algo que reside en el sentimiento que cada uno tiene de la propia dignidad y

⁴⁴ Orgaz, ob. cit., en nota 34, 2.

en la manera que tienen los extraños de captarla. La protección del honor está consagrada en el Código Penal que incrimina los delitos de injuria y calumnia, y en el ámbito civil por el derecho que se reconoce a la víctima de reclamar una indemnización por el perjuicio sufrido y la adopción de medidas tendientes a impedir que perdure la ofensa⁴⁵. En el caso de que se trate de delito civil, corresponde también la indemnización por el daño moral causado⁴⁶.

§ 10. *Las libertades*.—La libertad consiste en el poder que se reconoce a la persona de hacer lo que le plazca, y viene a reducirse a la facultad de conducirse con arreglo a su propia determinación⁴⁷.

§ 11. A) *La libertad de movimiento*.—La libertad locomotriz tiene también arraigo constitucional, ya que el art. 14 de nuestra ley fundamental garantiza el goce de los derechos de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino. En el ámbito del Código Civil, adquieren trascendencia los arts. 953, 3068 y 531, inc. 1º. El art. 953 comprende, en principio, la tutela de todas las libertades, en cuanto establece que serán nulos los actos jurídicos cuyo objeto sea contrario a la libertad de las acciones o de la conciencia. El art. 3068 se refiere específicamente a la libertad de comunicación, disponiendo que el propietario, usufructuario o usuario de una heredad destituida de toda comunicación con el camino público, por la interposición de otras heredades, tiene derecho a imponer a éstas la servidumbre de tránsito, satisfaciendo el valor del terreno necesario para ello y resarcido todo otro perjuicio. Por otra parte, el art. 531, inc. 1º, sanciona como condición prohibida el habitar siempre en lugar determinado o sujetar la elección de domicilio a la voluntad de un tercero.

En el derecho penal el plagio (arts. 141 y ss., Cód. Penal) constituye un atentado a este derecho, y da lugar a la reparación de daños y perjuicios⁴⁸.

Constituyen limitaciones al derecho a la libertad la posibilidad de privación de la libertad locomotriz mediante la prisión o internación para el tratamiento de ciertas enfermedades. En el primer caso constituye el ejercicio del derecho represivo del Estado para quien ha infringido sus leyes. En cuanto al segundo, se trata de la puesta en marcha de mecanismos tutivos que tienden a evitar que el sujeto realice actos en contra de su propia persona o de terceros; tal acontece en los supuestos del tratamiento de enfermedades mentales, alcoholismo o toxicomanía crónicas. Así lo ha previsto la reforma de 1963 en el agregado al art. 482 del Cód. Civil⁴⁹.

⁴⁵ Carbonnier, I, n° 70, p. 314.

⁴⁶ Liambias, Parte General, n° 385.

⁴⁷ Carbonnier, I, n° 70, p. 315.

⁴⁸ Mazeaud, n° 632.

⁴⁹ Mazeaud, n° 629.

nar a los médicos la realización de todas las diligencias tendientes a salvar la vida de la paciente, incluso la transfusión de sangre, consideró que el Estado no podía asistir inactivo a la muerte de una persona, máxime cuando el bien supremo tutelado jurídicamente era la vida de las personas ⁵⁵.

§ 18. Estado. — En el derecho romano, para que un sujeto humano llegara a ser persona jurídica tenía que reunir en sí un triple elemento: el *status libertatis*, es decir, ser hombre libre; el *status civitatis*, ser ciudadano romano; y por último, el *status familiae*, dentro del cual el rango más alto era el de *pater familiae*, o *paterfamilias*. O sea, sólo era íntegramente considerado persona el ciudadano romano y jefe de familia. En el derecho moderno la eliminación de la actividad y de cualquier forma de servidumbre humana ha hecho perder vigencia al *status libertatis*; sin embargo, subsisten las otras cosas: el *status civitatis*, en cuanto sirve de base para la concesión de derechos políticos, y el *status familiae*, en cuanto influye enormemente en la capacidad de los sujetos. Pese a ello no existe en la actualidad un concepto uniforme de estado de las personas; por el contrario, han sido diversos los criterios que se han utilizado para definirlo. Por un lado están los autores que han sostenido que, perteneciendo a la importancia del *status libertatis*, se mantiene el de *civitas* y *familiae*, como decíamos; se define así el estado sostenido, que a posición que ocupa la persona dentro del grupo social y del grupo familiar a que pertenece ⁵⁶. Un segundo criterio es más amplio, y admite también el estado personal constituido por las calidades individuales que influyen en su capacidad de hecho o a determinantes serían, por ejemplo, el sexo, la edad, etcétera ⁵⁷. La posición más amplia identifica el estado con toda cualidad de la persona que influya en sus relaciones jurídicas; así, por ejemplo, se hablará de estado profesional: comerciante, militar, o sacerdote; del estado fallido, ausente, etcétera ⁵⁸. Por último, existe la posición más restringida que ha encontrado especial eco en autores nacionales: es la que reduce el estado civil al estado de familia, exclusivamente. La doctrina se ha sostenido fundamentalmente con relación a las disposiciones de nuestro Código Civil, pues cuando él hace referencia a la palabra "estado", la usa con este criterio restringido; así, por ejemplo, los arts. 845 y 1001, que expresamente dicen "estado de

⁵⁵ 1ª InstTrabCap, firme, 7/8/75, LL, 1976-A-1.

⁵⁶ Aubry y Rau, 4ª ed., n.º 52, p. 177; Colin-Capitant, p. 255; Busso, I, del art. 52, n.º 4.

⁵⁷ Baudry-Lacantinerie y Houques Fourcade, 3ª ed., II, n.º 777; Josse, I, n.º 243; Belluscio, A. C., *Derecho de familia*, I, n.º 13, ps. 43 a 45.

⁵⁸ Sánchez Román, I, ps. 109 y ss.; Borda, Parte General, n.º 414 y ss.; Saivat, nos. 673, 683, 677 y 684; ver, sin embargo, n.º 674.

familia", y otros: 325, 846, 847, 4019, inc. 9ª, etc., que se refieren a la palabra estado, usándola en este último sentido ⁵⁹.

El estado civil presenta los siguientes caracteres: es inalienable e intransmisible, imprescriptible, irrenunciable, indivisible, y está sujeto a regulaciones de orden público ⁶⁰.

§ 19. Capacidad. — Preliminarmente podemos decir que la capacidad es el grado de aptitud de la persona para ser titular de derechos y deberes jurídicos y para el ejercicio de las facultades que emanan de esos derechos o el cumplimiento de las obligaciones que implican los mencionados deberes ⁶¹. De este concepto básico se desprende que deben distinguirse dos grandes ámbitos en los cuales se desenvuelve la idea de capacidad; por un lado lo que se denomina comúnmente capacidad de derecho, que significa la idoneidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, o bien, capacidad de goce o capacidad de ser titular de derechos, según las preferencias de cada uno de los autores que han tratado este tema; por otro lado, se infiere el concepto de capacidad de ejercicio o capacidad de obrar, que significa la facultad de poder ejecutar el propio sujeto esos derechos y deberes de los cuales es titular.

En algunos casos se confunde incapacidad con falta de legitimación; por ejemplo, el caso de quien siendo titular del dominio no puede disponer de él sino cumpliendo ciertos requisitos (art. 1277, Cód. Civil). De tratarse de incapacidad, aparecería con fundamento en la nota al art. 949, Cód. Civil ⁶², pero véase lo que decimos en el § 26 de este mismo artículo.

Adviértase que en la definición hemos dicho que es el "grado" de aptitud o idoneidad de una persona. Efectivamente, si bien en abstracto puede concebirse que un sujeto sea plenamente capaz, la realidad jurídica nos enseña que todos estamos sometidos a un mayor o menor número de incapacidades, o sea que no existe el sujeto absoluto o plenamente capaz. Por lo demás, debe tenerse en cuenta que el Código Civil, al establecer incapacidades para algunos sujetos y no para otros, mientras esas distinciones no sean irrazonables o arbitrarias, no lesiona la igualdad de las personas ante la ley ⁶³.

⁵⁹ Orgaz, ob. cit., ps. 211 y ss.; Spota, I, vol. 31, n.º 693; Llabias, Parte General, I, n.º 475.

⁶⁰ Llabias, Parte General, n.º 480; Borda, Parte General, n.º 416.

⁶¹ Diferentes matices en las definiciones pueden verse en Borda, Parte General, I, n.º 455; Saivat, Parte General, I, n.º 692; Llabias, Parte General, I, n.º 454; Arauz Castex, I, n.º 462; Orgaz, ob. cit., p. 173 y siguientes.

⁶² Guastavino, E. P., *Naturaleza del requisito del asentimiento conyugal en el art. 1277 del Código Civil*, LL, 153-632.

⁶³ CSJN, Fallos, 132:198; Llabias, Parte General, n.º 561; Orgaz, ob. cit., p. 277; Bidart Campos, *Derecho constitucional*, Bs. As., 1966, II, ps. 154 y siguientes.

Así, por ejemplo, la mujer casada mayor de edad es hoy plenamente capaz, pero los cónyuges sufren, entre sí, de incapacidad para celebrar contratos de compraventa (art. 1358), donación (art. 1807, 1.º), cesión (art. 1441) y permuta (art. 1490).

§ 20. **Caracteres comunes a las incapacidades de hecho y de derecho.** — Las incapacidades de derecho y de hecho establecidas por el Código Civil presentan algunas características comunes, que ya hemos visto en cierta medida explicadas a lo largo de los textos: a) son legales, o sea que no pueden surgir sino del texto expreso de la ley; b) son de interpretación restrictiva; en la duda, ha de estarse a favor de la capacidad; c) por último, son susceptibles de graduación, tanto en la incapacidad de hecho como en la de derecho, ya que es inconcuso que no hay incapaces de derecho absolutos.

§ 21. **Diferencias entre las incapacidades de hecho y las de derecho.** — Las diferencias radica en lo siguiente: 1) *Distinto fundamento.* La incapacidad de hecho se funda en la insuficiencia mental del sujeto incapaz, por ejemplo: menores, dementes, sordomudos que saben darse a entender por escrito, etcétera. La incapacidad de hecho se funda en razones de orden moral; se trata de impedir que quien sea titular de un derecho determinado a los efectos de mantener las relaciones humanas en un nivel moralmente salvable. 2) *Diverso modo de suplir la incapacidad.* Mientras la incapacidad de hecho se sustituye a través de la representación, la incapacidad de derecho no es susceptible de remedio. 3) *Diverso sentido de su institución.* La incapacidad de hecho está establecida en beneficio del incapaz, es decir tiene carácter tuitivo; la incapacidad de derecho, por el contrario, se establece en contra del incapaz, esto es a evitar incorrecciones en las que pudiera incurrir con motivo del ejercicio de ese derecho. 4) *Diverso rigor de la sanción.* El acto realizado por un incapaz de hecho es sancionado por una nulidad relativa; por ello el incapaz, extinguida que sea la incapacidad, puede convalidar el acto, por el contrario el acto realizado por un incapaz de derecho es de nulidad absoluta y por ello inconfirmable. 5) *La incapacidad de hecho puede ser en principio absoluta y relativa.* La incapacidad de hecho puede ser en principio absoluta y relativa.

⁶⁴ Par. I, notas 1 y 2.

⁶⁵ Par. I; Llambías, Parte General, nº 561; Orgaz, ob. cit., p. 177.

⁶⁶ Llambías, Parte General, nº 567, b.

⁶⁷ Al decir tuitivo, se deduce que sólo el incapaz puede prevalecer de su nulidad (art. 1164, Cód. Civil); CCivCom 2.ª La Plata, Sala II, 8/4/60, LL, I, p. 158, nº 12.

capacidad de derecho, en cambio, es siempre relativa; no existen incapaces de derecho absolutos, puesto que siendo la **capacidad** el sustento de la personalidad, no se concibe la existencia de esta categoría ya que de declararse a alguien incapaz de derecho absoluto se lo privaría de su carácter de sujeto de derecho. 6) *Ley aplicable.* Por último, otra diferencia radica en la distinta elección de la ley aplicable: a las incapacidades de hecho se aplica la ley del domicilio (arts. 6.º, 7.º y 948 del Cód. Civil); por el contrario, las incapacidades de derecho están sujetas a la ley territorial (arts. 8.º, 9.º, 10 y 949 del Cód. Civil).

§ 22. **Capacidad como elemento del acto jurídico.** — Según López Olaciregui, la capacidad de hecho consiste en la aptitud del sujeto para otorgar por sí mismo actos jurídicos. Desde este punto de vista, la capacidad de hecho no es sólo un atributo de la personalidad, sino un elemento del acto jurídico, el cual para ser válido debe ser otorgado por una persona capaz de cambiar el estado de su derecho (art. 1040 del Cód. Civil).

§ 23. **Enumeración de los incapaces. Remisión.** — Los incapaces de hecho están enumerados por nuestro Código en los arts. 54 y 55, reformados por ley 17.711. No existe, en cambio, una enumeración de los incapaces de derecho. Es lógico el sistema utilizado por el Código Civil; es preferible que en cada caso se establezca quiénes no pueden ejercer determinados derechos. Pero hay normas de contenido más amplio respecto de las incapacidades de derecho, como el art. 1160 del Cód. Civil, que se refiere a las incapacidades para celebrar contratos.

§ 24. **Relación entre capacidad y estado.** — Dijimos que definimos estado, al anotar este artículo, por la relación indudable que existe entre esta idea y la de capacidad. Efectivamente, el estado influye en la capacidad, ya que uno de sus aspectos supone una determinada posición del sujeto en la familia que le otorga derechos y deberes; por ejemplo, los cónyuges se deben recíprocamente alimentos, los deben también a sus hijos; los parientes, aun los por afinidad, están también sujetos o sometidos a la obligación alimentaria; los cónyuges no pueden celebrar ciertos contratos entre sí; los padres no pueden hacerlo con sus hijos, etcétera. Pero adviértase que si bien el estado influye sobre la capacidad, ésta no influye sobre el estado civil.

⁶⁸ CN Civ, Sala C, 1/3/55, LL, 78-640.

⁶⁹ Llerena, notas al art. 152. También desarrolla todas estas distinciones Arauz Castex, nº 369.

⁷⁰ López Olaciregui en Salvat, Parte General, nº 700-A, X v 700-A, XI.

guste que, siéndole que no puede cursarse en el juicio ejecutivo la mala fe del portador⁷⁶, se concluye que el tenedor de una letra de cambio perdida —aun recibéndola de mala fe— está legitimado para perseguir por la vía ejecutiva a todos los obligados cambiarios, aunque no sea el propietario del título. A la misma idea central responde el art. 19 del decr. ley 4776/63 en materia de cheques. Quiere decir que, cuando el art. 17 del decr. ley 5965/63 y su similar del decr. ley 4776/63 hablan de portador legítimo, puede entenderse que dicen “portador legitimado”, pues legítimo no quiere aquí decir tanto como “genuino o auténtico”⁷⁷, sino capacitado para ejercer la acción cambiaria, pues su derecho sobre la letra puede no ser ni conforme a ley, ni genuino, ni auténtico.

Otros ejemplos pueden tomarse de la legislación cambiaria y de cheques (arts. 7º, decr. ley 5965/63 y 10, decr. ley 4776/53)⁷⁸. Sin embargo, también hay otro terreno en el cual la idea de legitimación resulta fértil: el derecho registral. En algunos sistemas registrales, cuando alguien tiene un derecho inscripto a su favor en el registro inmobiliario, se presume que existe ese derecho (principio de presunción de exactitud del registro o principio de legitimación); respecto de los terceros de buena fe esta presunción no admite prueba en contrario, por lo cual, si el tercero de buena fe adquiere derechos sobre un inmueble en virtud de la registración, aun cuando provenga de un *non domino*, esos derechos se consideran bien adquiridos (principio de fe pública o publicidad material en sentido estricto); tal es el sistema que consagran los arts. 891 y 892 del BCB⁷⁹.

Claramente se observa la aplicación de esta última idea de los arts. 2º y 3º del decr. ley 6582/58, que disponen que la inscripción de buena fe de un automotor en el registro confiere al titular de ella la propiedad del vehículo y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación, salvo si el automotor fuese hurtado o robado; en este último caso el verdadero titular del dominio puede ejercer la reivindicación, pero tendrá que resarcir, a quien lo tenga inscripto a su nombre de buena fe, de lo que hubiese abonado. Clarísimo caso de quien sin ser titular del dominio, por la sola circunstancia de tener a su nombre la registración, está legitimado para reclamar una indemnización, y en caso de que ésta no se pague, repeler la reivindicación y consolidar en sí el dominio.

En consecuencia, la legitimación concebida como la aptitud o el poder que la ley otorga al sujeto capaz de derecho para disponer

⁷⁶ CNCom, Sala C, 21/4/70, LL, 25.773-S; ídem, Sala B, 28/3/73, CP, 28/3/73, CP, 6/6/73, nº 4876.

⁷⁷ Diccionario de la Real Academia, vocablo *Legítimo*.

⁷⁸ Ver Legón, F., *Letra de cambio y pagaré*, Bs. As., 1966, nº 26.

⁷⁹ Chavarrí, A. B., *La publicidad inmobiliaria en el derecho comparado*, en “Curso de derecho registral”, Bs. As., 1972, p. 133.

resulta no sólo útil para explicar casos en que el titular del derecho subjetivo no puede disponer de él, sino también indispensable entender los casos en que el que no es titular del derecho lo ejemplarmente frente a terceros.

§ 27. **Capacidad de obrar y capacidad de disponer.**—Algunos autores distinguen entre capacidad de obrar y capacidad de poder disponer. Así, se dice que la capacidad de disponer es una especie de la capacidad de obrar, porque entra en la noción general de aptitud para enajenar, como consecuencia de la posibilidad de discernir la conveniencia económica o no del acto que se realiza. En este sentido, se define la incapacidad de disponer como “el estado psíquico de aquel que, por razones de menor edad (síntoma de falta de madurez), o por su estado de enfermedad mental (síntoma de falta de discernimiento), el ordenamiento jurídico considera incapaz para dar vida a negocios de tanta gravedad como son los actos de enajenación, o sea de disminución del propio patrimonio”⁸¹. De esta categoría de sujetos básicamente capaces de hecho, pero con ciertas restricciones a la capacidad de disposición, se suele incluir a los emancipados y a los inhabilitados⁸².

Algunos emplean la categoría *sub examine* para explicar también algunos supuestos que aparecen como de incapacidades de hecho⁸³.

Art. 53.—Les son permitidos todos los actos y todos los derechos que no les fueren expresamente prohibidos, independientemente de su calidad de ciudadanos y de su capacidad política.

CONCORDANCIAS: Cód. Civ., arts. 1º, 21, 22, 31, 52, 54 a 56.
FUENTES: Freitas, arts. 36 y 37.

§ 1. **Remisión.**—El artículo 53 viene a ser corolario del anterior, por lo cual remitimos a lo expuesto en su comentario.

Sin embargo, no se puede dejar de hacer referencia a la segunda parte de este artículo, en cuanto en ella se menciona a los ciudadanos y su capacidad política. Para la exacta comprensión de la disposición se debe recurrir a la fuente de ella, y en especial a la nota al art. 37 del *Esboço de Freitas*. Dice allí el jurista brasileño: “se excluyen todos los derechos que sea posible adquirir en las relaciones del individuo para con el Estado, ya sea derechos políticos

⁸⁰ Messineo, II, § 15 bis, nº 1 ter, p. 112.

⁸¹ Messineo, *loc. cit.*, en nota anterior.

⁸² Messineo, *loc. cit.*; Méndez Costa, María Josefa, *Capacidad para actuar y repudiación herencias*, Bs. As., 1972, § 2, ps. 18 y siguientes.

⁸³ Méndez Costa, *ob. cit.*, ps. 21 y 22.

s en que, siendo admisible la representación, no es, sin embargo, limitada por la ley².

TÍTULO III

DE LAS PERSONAS POR NACER

Art. 63. — Son personas por nacer las que no habiendo nacido aún concebidas en el seno materno.

CONCORDANCIAS: Cód. Civ., arts. 70, 71, 74, 75, 3520, 3715 y 3733.
FUENTES: Freitas, art. 53.

§ 1. **Comienzo de la existencia de las personas.** Remisión. — Nuestro codificador, siguiendo a Freitas y a alguna legislación anterior al Código Napoleón (Código de Prusia), ha establecido que la existencia de las personas comienza desde el momento mismo de la concepción en el seno materno (arts. 63 y 70)¹.

La legislación civil ha reconocido de esta manera la identidad entre vida humana y personalidad jurídica, lo cual constituye, en nuestro criterio, un gran acierto. Sobre este tema nos extendáremos a amplitud al exponer el artículo 70.

§ 2. **Proyecto de reformas.** — Babiloni sostenía que este artículo una definición sin contenido normativo, y además tautológico, ya que no cabe duda de que persona por nacer es la que no ha nacido aún concebida. Por ello lo elimina de su Anteproyecto².

§ 3. **No es persona futura.** — La persona por nacer no es una clase de personas, sino que es una persona de existencia vital³. Tampoco puede considerarse que sea una persona futura, es no cabe concebir la representación de un sujeto inexistente (art. 64)⁴.

Art. 64. — Tiene lugar la representación de las personas por nacer, siempre que éstas hubieren de adquirir bienes por donación o herencia.

² Llerena, I, nota al art. 62, p. 143. Comp. Demolombe, p. 142, n° 139.
³ El codificador cita en apoyo de la doctrina del artículo: Cód. Lümburgo, art. 29, y Cód. Prusia, 1ª parte, tit. I, art. 10; pero el texto del artículo traducción literal del art. 53 del Esbozo.

⁴ (Art. 63) Nota a los arts. 31 y 32 de su Anteproyecto.

⁵ Salvat, Parte General, I, n° 363.
⁶ Machado, I, nota al art. 63, p. 130.

CONCORDANCIAS: Cód. Civ., arts. 56, 69, 70, 74, 3290 y 3733.
FUENTES: Freitas, art. 54.

§ 1. **Capacidad jurídica de las personas por nacer.** — Suele sostenerse que la capacidad jurídica de las personas por nacer es harto reducida¹, ya que se limitaría a los supuestos de adquisición de derechos por herencia o donación, según lo expresado textualmente por el artículo que examinamos². Tanto es así, que hay quienes han considerado a la persona por nacer como incapaz de hecho absoluto e incapaz relativo de derecho³.

Sin embargo, la doctrina tanto nacional como extranjera ha tenido que reconocer en las personas por nacer un ámbito de capacidad jurídica mucho más amplio que el que podría inferirse interpretando textualmente la norma de nuestro art. 64. Es más, nosotros sostenemos que a la persona por nacer le es aplicable íntegramente lo dispuesto en los arts. 52 y 53 del Código, ya que ellos se refieren, no sólo a la capacidad de hecho, sino a la de derecho en particular; o sea que para nosotros, la persona por nacer como persona jurídica es capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones siempre que no le estuviere expresamente prohibido hacerlo. Este punto de vista está abriéndose paso, aunque lentamente, en la doctrina argentina⁴.

Aun autores que han criticado el sistema del Código porque reconoce la existencia de persona desde el momento de la concepción, se han visto forzados a llegar a la conclusión de que la limitada capacidad jurídica que aparentemente reconoce la ley al *nasciturus*, debe extenderse por analogía a muchos otros supuestos⁵. Más, todavía: se admite que la persona por nacer puede contraer algunas obligaciones⁶.

Como prueba de lo que afirmamos, en el párrafo siguiente vamos a hacer una enumeración, no taxativa, de todos los derechos que la doctrina y la jurisprudencia han admitido que puedan estar en cabeza de una persona por nacer.

§ 2. **Derechos que puede adquirir la persona por nacer.** — I. **Adquisición de bienes por donación o herencia** (art. 64). Sobre este aspecto no existe ninguna dificultad, toda vez que el mismo artículo que comentamos reconoce expresamente este derecho. Pero no sólo quedan comprendidas la "donación y la herencia". Esta última está

¹ Spota, I, vol. 33, n° 717.

² Spota, lug. cit.; Orgaz, *Personas individuales*, p. 270; Salvat, Parte General, n° 362; Arauz Castex, I, n° 352; Busso, I, nota a los arts. 63 y 64, n° 11; Machado, I, nota al art. 64.

³ Arauz Castex, lug. citado.

⁴ Lliambias, Parte General, I, nos. 330, 331 y 344, especialmente este último; Cifuentes, S., *El "nasciturus"*. *Las personas por nacer*, ED, 15-956.

⁵ Orgaz, *Personas individuales*, p. 271.
⁶ Borda, Parte General, I, n° 477; Lliambias, Parte General, I, n° 344.

da en un sentido sumamente amplio, vale decir, de sucesión *is causa*; así la persona por nacer podría ser titular de derecho que le proviniesen de una sucesión *ab intestato* o de una testamentaria, y en tal caso podría ser tanto heredero como ario⁷.

II. *Por cargo impuesto a otro heredero o legatario.* También supuesto ha de considerarse incluido en el art. 64, ya que, si lo pretamos con el criterio amplio, podemos concluir válidamente el texto ha querido referirse a todas las posibles adquisiciones a gratuito⁸.

III. *Alimentos.* Ninguna duda puede caber de que por vía de presentación organizada por el Código en el art. 57, inc. 1º, elementalada con la representación promiscua del Ministerio de ores (art. 59), el sujeto concebido puede demandar alimentos a personas obligadas a prestarlos. Si se trata de la filiación ma la madre misma tendría derecho a exigirlos a su cónyuge 51, ley de Matrimonio Civil), y además, en virtud de los arts. 368 del Código puede hacer lo mismo frente a los parientes nos allí enumerados. Pero, si se trata de la filiación extramatnial, la acción no existe en cabeza de la madre, sino que es a del concebido, para hacerla valer frente al padre y los ascen- as en segundo grado (art. 369)⁹.

V. *Posibilidad de ser reconocido.* Según el art. 322 el padre reconocer al hijo extramatrimonial antes o después del naci- o. Aquí existe uniformidad en la doctrina¹⁰.

V. *Acciones de estado.* A todo derecho le corresponde una para poder ponerlo en ejercicio. Si el *nasciturus*, de confor- l con el art. 322, tiene derecho a ser reconocido por el padre natrimonial, debe admitirse que la persona por nacer tendrá acción para lograr ese reconocimiento si no fuese prestado vo- iamente. Esto está expresamente consagrado en el art. 325, interpretándolo en forma adecuada a lo dispuesto en el art. 322, deducirse que la acción existe desde el momento mismo de la oción, y puede ser ejercida por el representante legal, que en aso sería la madre¹¹.

Borda, Parte General, I, nº 476; Llanibias, Parte General, nº 333; as, ob. cit., IV; Spota, I, vol. 3º, nº 717; Josseland, nº 186.

Borda, Parte General, I, cit. en nota anterior; Llanibias, Parte Ge- l, nº 334.

Spota, I, vol. 3º, nº 717; Borda, Parte General, I, lug. cit.; Llanibias, eneral, I, nº 336; Cifuentes, ob. y lug. cit.; Orgaz, *Personas individuales*, nota 8; Enneccerus, I, vol. 1, p. 328.

Borda, Parte General, I, lug. cit.; Llanibias, Parte General, I, nº raiz Castex, I, nº 212; Busso, II, nota al art. 325, nº 184; Lafaille, t, nº 337; Josseland, ob. y lug. citados.

Autores citados en la nota anterior, ob. y lug. citados.

VI. *Derechos emergentes de leyes de trabajo.* En los casos en que corresponda a los derechohabientes de un trabajador una indemnización o pensión, el hijo por nacer debe ser incluido entre los beneficiarios. Así ocurriría en el caso de la indemnización por accidente de trabajo (ley 9688) y la correspondiente por fallecimiento del trabajador consagrada en el art. 248 de la ley 20.744, (t.o. 1976)¹².

VII. *Acciones de daños y perjuicios.* Si se comete un hecho ilícito contra una persona obligada a prestar alimentos a la persona por nacer, ésta adquiere la legitimación necesaria para accionar a fin de obtener el resarcimiento correspondiente¹³.

También ocurre así cuando el daño es sufrido directamente por la persona por nacer. Son ya tradicionales en la doctrina dos casos, resueltos en el extranjero. El primero, fallado por la Corte de Ottawa, consideró la situación de una mujer embarazada que había sufrido un accidente a consecuencia del cual dio a luz un niño con los pios defectuosos; comprobado que ello había sido motivado por el hecho ilícito cometido por un tercero, se hizo lugar a la acción a favor del menor, por el daño sufrido durante su gestación. La Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York resolvió un caso similar en el mismo sentido¹⁴.

VIII. *Aborto provocado por un hecho ilícito.* Acción de los padres. En el caso de que el aborto se hubiese producido por un hecho ilícito del que fuera responsable un tercero, los padres tendrían acción por el daño moral contra el autor del hecho ilícito. Sobre este punto había tenido oportunidad de expresarse un tribunal de la Capital Federal, el que negó la acción correspondiente, pues consideró que los derechos que se reconocen al concebido no naci- do, sólo lo son en beneficio de él, y por tanto, no pueden ser ocasión para que se constituya un derecho a favor de terceros¹⁵. La doctrina de este fallo fue criticada unánimemente¹⁶. El criterio de la doctrina judicial ha cambiado a través de un fallo más reciente¹⁷.

¹² Josseland, nº 186, nota 1; Arauz Castex, I, nº 353; Llanibias, Parte General, I, nº 339; Cifuentes, ob. y lug. citados.

¹³ Borda, Parte General, I, lug. cit.; Llanibias, Parte General, I, nº 337; Arauz Castex, I, nº 353; Cifuentes, ob. y lug. cit.; Orgaz, *Personas individuales*, p. 33, nota 5; Cód. alemán, art. 844.

¹⁴ Caso "Woods e/Lancet", fallado por la CApel. NYork el 6/12/51, y comentado por P. J. Eder y F. D. Uno en: *Responsabilidad civil por daños prenatales en el derecho de los Estados Unidos y comparado*, LL, 67-878; Llanibias, Parte General, I, nº 338; Borda, Parte General, I, lug. cit.; Cifuentes, ob. y lug. citados.

¹⁵ CCivI²Cap., 25/8/37, LL, 9-552; JA, 59-482.

¹⁶ Busso, I, nota a los arts. 63 y 64, nº 14; Orgaz, allí citado; Spota, *Debe indemnizarse el daño moral sufrido por la madre de la persona por nacer cuyo aborto es consecuencia de un acto ilícito de un tercero*, JA, 59-482.

¹⁷ CNCiv, Sala A, 18/11/64, JA, 1965-1-615.

IX. Seguros. La persona por nacer puede ser beneficiaria de estipulaciones de un seguro de vida ¹⁸, así como de cualquier otro que emane de estipulaciones realizadas por terceros.

X. Derechos accesorios. Si el concebido hubiese adquirido por quiera de los medios aptos una casa que se encontrase locada, será titular del derecho a percibir el precio de la locación ¹⁹.

XI. Derecho a demandar. Todos los derechos enumerados en reconocer para su efectivización una acción judicial, de ahí el *nasciturus* pueda ser actor ante los estrados judiciales a través de representantes legales ²⁰. Así se ha reconocido que la madre le inicie el juicio sucesorio del padre natural de la persona que nacer, sin que se pueda discutir su personería procesal ²¹. Así no, puede ser demandado.

Con esta larga enumeración de los derechos que puede adquirir persona por nacer, creemos haber demostrado que su capacidad no se agota en la adquisición de bienes por donación o herencia, como enfáticamente lo enuncia el art. 64. Muy por el contrario, su capacidad ha sido extendida por la doctrina y la jurisprudencia a todos los supuestos posibles que se han planteado en la práctica, o aunque no sea más que en la imaginación de los autores. Enunciación, por otra parte, no es taxativa, pues pueden presentarse multiplicidad de otros casos en los que se deba reconocer la persona por nacer es capaz de derecho como cualquier otra persona, con las limitaciones que tiene como incapaz de hecho absoluto.

Por consiguiente, no cabe hacer ninguna diferencia con los dementes o sordomudos, los cuales se encuentran en idéntica situación jurídica que el *nasciturus*.

§ 3. Obligaciones.—Es lugar común en nuestra doctrina sostener que la persona por nacer sólo puede contraer obligaciones que accesorias de los derechos adquiridos ²².

De acuerdo con el amplio criterio con que nosotros enfocamos la capacidad de derecho de estos sujetos, debemos concluir que pueden también contraer obligaciones que no sean meros accesorios de derechos. En efecto, como enseña Llambías, se trata pura y simplemente de un problema de representación, o mejor dicho, de estabilidad de los actos de los representantes legales. En tanto

¹⁸ Llambías, Parte General, I, n° 340; Borda, Parte General, I, lug. Cifuentes, ob. y lug. citados.

¹⁹ Llambías, Parte General, I, n° 341; Borda, Parte General, I, lug. cit.; Castex, lug. cit.; Cifuentes ob. y lug. citados.

²⁰ Cifuentes, ob. y lug. citados.

²¹ CCivI Cap., 21/7/37, JA, 59-144; en contra, López Oladiregui en C., I, n° 358-B.

²² Borda, Parte General, I, n° 477; Arauz Castex, I, n° 354; Spota, I, n° 717; Salvat, Parte General, I, n° 722.

y en cuanto éstos hayan actuado dentro de los límites de sus atribuciones, el acto será imputable a la persona por nacer ²³.

§ 4. Representación. Naturaleza. Principio y fin.—Según una opinión bastante autorizada de la doctrina, la representación de las personas por nacer sólo existe cuando el menor adquiere bienes por donación o herencia. Se trataría, más que otra cosa, de una curatela a los bienes; tanto así, que se dice no ser aplicables a este caso las disposiciones de nuestro Código en materia de tutela y curatela. Más aun, dado el carácter meramente provisional de esta representación, el curador no sería sino un depositario ²⁴.

Nosotros entendemos que la representación de las personas por nacer existe con independencia de toda clase de bienes adquiridos por ellas; tratase de una representación que abarca tanto el ámbito de lo patrimonial como el de lo extrapatrimonial. Hemos visto que el incapaz puede, a través de su representante, ejercer muchos derechos que trascienden la órbita de lo exclusivamente patrimonial: acciones de estado, como la reclamación de filiación, etc. Para confirmar este punto de vista, adviértase que el art. 57, inc. 1°, organiza la representación de los concebidos no nacidos sin hacer referencia alguna a los bienes de esos sujetos. Concluimos, por tanto, que la representación no puede concebirse como una curatela a los bienes, pues está destinada también a la protección de la persona como tal ²⁵.

Se ha dicho con buen criterio que el representante legal de la persona por nacer ha de ser, en la mayoría de los casos, el padre, y en este caso el art. 264 establece que la patria potestad nace con la concepción en el seno materno. Por tanto, el representante es permanente y necesario, anterior o preexistente a la adquisición de bienes ²⁶. Esto es así aun en el caso de que el representante legal del concebido sea un curador; Llambías incurre en una inconsecuencia con toda su doctrina elaborada en esta misma materia al decir que en este último supuesto se aplicarían las disposiciones de la curatela a los bienes ²⁷.

De todo lo que se viene exponiendo se extrae como conclusión que se trata de una representación que ninguna relación tiene con los bienes que el incapaz pudiera adquirir durante la concepción; nos hallamos ante una representación organizada para proveer a todo lo necesario para el cuidado y subsistencia de esa persona que ya existe para el derecho, y en el caso de que existan bienes, esa protección se extenderá a su patrimonio. Por tanto, comienza con la

²³ Llambías, Parte General, I, n° 344; Cifuentes, ob. cit., n° IV.

²⁴ Orgaz, ob. cit., ps. 274-75.

²⁵ Spota, I, vol. 3°, n° 718.

²⁶ Cifuentes, ob. cit., n° V.

²⁷ Llambías, Parte General, I, n° 639.

opción (art. 264) y termina en los casos establecidos en el 19.

Art. 65. — Se tendrá por reconocido el embarazo de la madre, por nple declaración de ella o del marido, o de otras partes intere-

IRUANCAS: Cód. Civ., arts. 66 a 68, 76 a 78, 247 a 249.
res: Freitas, art. 56.

1. Reconocimiento del embarazo. Su importancia. — El reconocimiento del embarazo tiene interés desde diversos puntos de vista. Ante todo, la personalidad jurídica comienza desde el momento de la concepción; al no ser determinable con toda precisión este momento, la declaración que puede hacer la madre embarazada es el medio posible para que dé comienzo la representación de esa persona que existe en su seno. Hemos adelantado el segundo aspecto ascendente de la cuestión: desde el momento en que se tenga reconocido el embarazo, se inicia la representación de la persona nacer; de acuerdo con nuestra teoría amplia expuesta en el 10 anterior, esta representación tiene lugar aunque no existan s. Por último, reconocido que fuera el embarazo, se dispondría i legislaciones justiniana y alfoncina, y en algunas contemporáneas del Código de Vélez, la adopción de una serie de medidas que an a evitar fraudes que pudieran producirse durante la gestación o en el momento del parto. Estos posibles fraudes son los siguientes: a) simulación o suposición de embarazo y suposición de i puede una mujer aparentar un embarazo y simular un parto tiente, haciendo aparecer como hijo propio a alguien que no b) supresión del parto: consistente en la ocultación del hijo o, o su eliminación por el aborto púmbie, infanticidio u homicidio; c) sustitución del parto: el hijo muerto es sustituido por otro e que aparece como propio. Todos estos actos pueden tener ndencia especialmente en el ámbito de los derechos sucesorios; istencia o inexistencia de un hijo concebido en tiempo propio, cimiento con vida o no, es motivo suficiente para alterar todo ierminamiento de una herencia. Por ello las legislaciones anti- autorizaban una serie de medidas, como la designación del *curventris*, el depósito de la mujer embarazada en casa de mujer tísimas, el reconocimiento del embarazo por tres parteras designadas por el marido, la necesidad de que existiesen luces encendidas momento del parto, etcétera. Sobre la suerte de estas medidas estro derecho, véase el comentario al art. 67.

2. El sistema legal. Reconocimiento por la simple denuncia. ro codificador ha adoptado un sistema que está en consonan-

cia con la dignidad de la mujer. Efectivamente, ha establecido que el embarazo se tiene por reconocido con la simple declaración que ella haga, o bien el padre o cualquiera de las personas interesadas enunciadas en el art. 66.

Esta denuncia es incontestable, sin que pueda producir cuestión judicial alguna sobre la existencia o inexistencia del embarazo ni sobre la filiación del concebido, cuestiones que quedan para después del nacimiento (art. 67). En este caso la ley no ha podido ser más acertada, ya que el mero transcurso de un breve tiempo hará que todas estas cuestiones queden aclaradas.

Concordantemente con lo expuesto, esta norma, en el art. 67 y el art. 78, dice que no tendrá lugar jamás el reconocimiento judicial del embarazo, ni se tomarán otras medidas como depósito de la mujer, etcétera.

§ 3. Denuncia obligatoria. — La mujer está obligada a la denuncia del embarazo en dos casos: cuando es viuda debe denunciarlo a los que, no existiendo el hijo póstumo, serían llamados a suceder al difunto (art. 247); también la mujer recién divorciada que se crea embarazada debe denunciarlo al juez o al marido (art. 249). En este último caso la ley fija un plazo de treinta días para hacerlo.

§ 4. Omisión de la denuncia. Consecuencia. — La omisión de la denuncia no trae consecuencia alguna para el no nacido; no altera su situación de hijo, hermano, etc., es decir, su estado civil ni los derechos que pudiese tener a los bienes¹.

§ 5. Ante quién debe hacerse la denuncia. — Sobre este aspecto se han vertido dos opiniones. Por un lado se sostiene que la denuncia debe hacerse exclusivamente ante una autoridad judicial²; en el caso, el juez civil del domicilio de los padres. Otra corriente sostiene que en general se ha pretendido excluir la actuación judicial en esta clase de problemas, por lo cual cualquier declaración realizada en forma privada a cualquiera de los interesados, o inclusive a terceros ajenos, siempre que pueda probarse por los medios que se utilizan para demostrar los actos jurídicos, es suficiente para tener por reconocido el embarazo³. En apoyo de esta opinión téngase en cuenta que nuestro codificador ha eliminado la última parte del art. 56 del *Esbozo*, que se remitía en esta materia a lo establecido en los Códigos de procedimientos.

Sin embargo, debe admitirse, por supuesto, que la madre o

¹ Llerena, I, nota al art. 65, p. 116; Busso, I, nota a los arts. 65 y 66, n° 8; Machado, I, nota al art. 247, p. 497, y nota al art. 67, p. 137.

² Busso, I, nota a los arts. 65 y 66, n° 6.

³ Spota, I, vol. 32, n° 721.

art. 67; en cuanto a los arts. 247 y 249, deben reducirse en su aplicación a los casos a que se refieren, o sea, mujer viuda o divorciada, por lo cual las medidas sólo corresponderán cuando se trate de hijo póstumo o mujer divorciada embarazada.⁷

Art. 68. — Tampoco la mujer embarazada o reputada tal, podrá interponer litigio para contestar su embarazo declarado por el marido por las partes interesadas, y su negativa no impedirá la representación determinada en este Código.

CONCORDANCIAS: Cód. Civ., arts. 66, 67, 243 a 245, 247 a 249 y 255.
FUENTES: Freitas, art. 60.

§ 1. Incontestabilidad de la denuncia de embarazo. Remisión. — Concomitantemente con el principio general establecido en el art. 66, la denuncia de embarazo realizada por cualquiera de las personas legitimadas para hacerlo según el art. 66, no puede ser contestada por la mujer embarazada o reputada tal. Ello, como consecuencia de que la ley pretende evitar toda cuestión judicial con relación al embarazo, difiriendo su tratamiento para después del nacimiento.

La negativa de la mujer de hallarse embarazada no impide que continúe a funcionar la representación de la persona por nacer. Sobre estos temas remitimos a lo dicho en los arts. 65 y 67.

Art. 69. — Cesará la representación de las personas por nacer el día del parto, si el hijo nace con vida, y comenzará entonces la de los menores, o antes del parto cuando hubiere terminado el mayor plazo de duración del embarazo, según las disposiciones de este artículo.

CONCORDANCIAS: Cód. Civ., arts. 57, inc. 1.ª, 64, 77, 240 y 243.
FUENTES: Freitas, art. 61.

§ 1. Fin de la representación de las personas por nacer. — El art. 69 determina las causas por las cuales cesa la representación de las personas por nacer. Son ellas: a) el nacimiento con vida; este caso termina la representación del *nasciturus* y comienza la del menor; b) ser expulsado el feto sin vida: en este caso se revocan todos los derechos de la persona por nacer, ya que se reanuda la representación de la persona por nacer, ya que se reanuda el mayor plazo de duración del embarazo: este plazo es de 180 días (art. 77). La importancia del asunto radica en que si el

⁷ Liambias, Parte General, I, n.º 360.

nacimiento se produce dentro del plazo legal del embarazo, el infante queda catalogado como hijo de la persona a quien se le imputa, y surge la representación del menor; en cambio, si el alumbramiento es posterior, queda revelado que no se trata de hijo póstumo o del cónyuge divorciado, hipótesis en las que ese término tiene relevancia suma.

TÍTULO IV

DE LA EXISTENCIA DE LAS PERSONAS ANTES DEL NACIMIENTO

Art. 70. — Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; 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 nacen con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.

CONCORDANCIAS: Cód. Civ., arts. 54, 63, 64, 71 a 77, 3290 y 3733.
FUENTES: Freitas, arts. 221 y 222.

§ 1. Principio legal. — Según nuestra legislación civil la existencia de las personas comienza desde el momento mismo de su concepción en el seno materno. Pueden, por tanto, desde ese momento adquirir derechos (arts. 70 y 64). Esos derechos están, sin embargo, sometidos a una condición resolutoria que es la misma del nacimiento con vida, sin que se exija ningún otro requisito (arts. 71, 72, 74).

§ 2. Comienzo de la personalidad. Sistemas. — a) *Derecho romano.* En el derecho romano se consideraba que la existencia de las personas comenzaba en el momento del nacimiento; sin embargo, no era posible desconocer la vida humana concebida en el seno materno y era necesario en ciertos casos proveer a la protección de esos sujetos, para lo cual, como ya hemos visto en el comentario al art. 67, se tomaban una serie de medidas destinadas al reconocimiento del parto y del embarazo, pero además se tuvo que reconocer la adquisición por ellos de ciertos derechos; especialmente se trataba de evitar la desheredación del hijo póstumo¹; asimismo, si durante el período de la concepción la madre había perdido su libertad o el derecho de litigar, ello no impedía al hijo nacer ciudadano romano y bajo el poder del padre; y el hijo legítimo de un

¹ Savigny, *Sistema del derecho romano actual*, n.º LXIII p. 280.

ador gozaba de todos los derechos inherentes a su clase, aun cuando el padre antes de su nacimiento muriese o perdiese su dignidad². Estas disposiciones tenían también un gran interés para madre por las ventajas que iban unidas a la procreación de hijos³. En resumen, el sistema del derecho romano era que feto en el útero materno no era persona, pero si era dado a luz o tal, su existencia se computaba, en cuanto a sus derechos, desde el instante de su concepción⁴.

b) *El sistema de Savigny*. Según este autor, el derecho, al tener al concebido, protege una ficción, ya que si bien ese sujeto carece de capacidad, la ley lo ampara concediéndole ciertos efectos en su exclusivo favor; por lo tanto esta ficción, que ha crecido en interés del *nasciturus*, solamente a él aprovecha⁵.

c) *El sistema de Freitas*. En el art. 221 del *Ebocoço*, el jurista brasileño se aparta de las reglas romanas, que venían siendo aplicadas por la mayoría de los códigos de la época. En efecto, estas establece el principio, que después fue acogido en el Código Civil argentino, de que la existencia de las personas comienza la concepción, no con el nacimiento. Adviértase, sin embargo, ya el Código de Prusia se había separado del sistema de la concepción, expresando en el art. 10 de la primera parte del Título I los derechos comunes a la humanidad pertenecen a los hijos no nacidos desde el momento de su concepción. Para explicar esta idea nada mejor que las propias palabras del jurista Freitas, en la nota al art. 221: "No se concibe que haya ente susceptible de adquirir derechos sin que haya persona. Se atribuye derechos a personas por nacer..., si los que deben nacer son representados por dándoseles curador, que se ha denominado curador al vientre, o arzo concluir que existen ya y que son personas, pues la nada se representa". Sigue diciendo más adelante Freitas: "Si los hijos deben nacer no son personas, ¿por qué razón existen leyes penales y policiales que protegen su vida preparatoria?, ¿por qué motivo se pune el aborto?, ¿por qué motivo no se ejecuta la pena de muerte en la mujer embarazada y tampoco se la juzga en el caso que merezca dicha pena sino cuarenta días después del parto?"

d) *Sistema del Código Civil argentino*. Nuestro codificador siguió a la letra el sistema de Freitas, razón por la cual nosotros lo expresamos en el punto c) de este parágrafo.

2) *Sistema de la viabilidad*. Exige para el reconocimiento de persona, no sólo el hecho de nacer ésta viva, sino además la vida para seguir viviendo⁶.

² Savigny, ob. y lug. citados.

³ Savigny, ob. cit., n.º LXII, p. 274.

⁴ Windscheid, *Pandette*, cit. por Spota, I, vol. 32, n.º 728, notas 88-89.

⁵ Savigny, ob. cit., n.º LXII, p. 279.

⁶ Castán Tobeñas, J., *Derecho civil español común y foral*, I, p. 46.

f) *Teoría psicológica o de la conciencia o sentimiento de la personalidad*. Según D'Águanno⁷, el individuo no debe ser considerado como ser capaz de derecho hasta que adquiere el sentimiento de su personalidad jurídica, momento que tiene que ser posterior al de adquisición de la personalidad psicológica. Pero reconoce que como en el niño se contiene en potencia la personalidad jurídica que poco después ha de desarrollarse, es aceptable la presunción que establecen las leyes de que el individuo no comienza a ser sujeto de derecho sino desde que nace y es viable.

g) *Legislación comparada*. Todos los códigos modernos, con la sola excepción del nuestro, reproducen los principios emanados del derecho romano y las enseñanzas de Savigny, es decir que la existencia de las personas comienza exclusivamente desde el nacimiento; sin embargo, al igual que sus modelos, han tenido que reconocer la adquisición de derechos y por ende una cierta capacidad jurídica en estos sujetos que se encuentran concebidos, pero no todavía nacidos⁸, lo cual significa, desde nuestro punto de vista, una grave inconsecuencia, pues se otorgan derechos sin que exista sujeto, sin que exista una persona jurídica que sea soporte de ellos. Con relación a la viabilidad que exigen algunas legislaciones, remitimos al comentario al art. 72, § 2.

§ 3. *Crítica del sistema del Código*. — En nuestra doctrina ha tenido especial relevancia la crítica que ha hecho el profesor Alfredo Orgaz⁹. Según este prestigioso autor, solamente puede considerarse que existe personalidad humana cuando la vida es autónoma e independiente, lo cual no ocurre en el supuesto de la persona por nacer, que está dentro del seno materno; se la considera una *pars viscerum matris*. Sigue diciendo el autor citado que el error parte de confundir vida humana con persona para el derecho. No cabe duda, sigue diciendo, de que la vida humana aparece con la concepción, pero la persona sólo aparece con el nacimiento, es decir, cuando se ha producido la separación del cuerpo de la nueva persona del cuerpo de su madre.

La mayor parte de la doctrina nacional, sin embargo, no ha dado oídos a la seria crítica de Orgaz. La mayoría de nuestros autores han considerado que el sistema del Código es un sistema realista y adecuado a una exacta valoración de la vida humana. Entendemos que muy bien ha resumido la cuestión López Olaci-

⁷ Cit. por Castán Tobeñas, ob. y lug. cit. en la nota anterior.

⁸ Cód. alemán, art. 1.º; italiano, art. 1.º; francés, arts. 725 y 906; brasileño, art. 4.º; mexicano, art. 2.º; peruano, art. 1.º; venezolano, art. 17, y español, art. 29.

⁹ Orgaz, *Personas individuales*, ps. 34 y ss. Puede verse también la crítica de Valverde y Valverde, C., *Tratado de derecho civil español*, ed. 1909, t. I, ps. 204 y siguientes.

ui¹⁰, al decir que cuando hay alguien en cuyo favor puede invocarse el amparo actual de la justicia, ese alguien es persona. En mismo sentido se han manifestado todos los proyectos de reforma han sostenido el principio del Código¹¹.

En nuestro criterio, el sistema del Código merece ser mantenido, fundamentalmente porque cualquier explicación que se pretenda dar a adquisición de los derechos por parte del sujeto concebido que sea el reconocimiento de su personalidad, fracasa rotundamente. Se ha dicho que habría una serie de derechos condicionales de persona por nacer, pero estos derechos condicionales no presupon en menos un sujeto de derecho que los incondicionales; es decir, aunque sean condicionales, necesitan tener un sustrato jurídico sirva de portador de esos derechos. Tampoco sirve la hipótesis una expectativa, puesto que si se la concibe como un derecho etivo, presupondrá la capacidad jurídica de la persona por nacer. supuesto que mucho menos admisible todavía es la construcción los derechos sin sujeto¹².

Cremos, por lo tanto, que al reconocer un cierto ámbito de capacidad jurídica en el sujeto concebido reconocemos su personalidad jurídica, por la indudable interrelación que existe entre ambos; véase, si no, la definición de persona que nos brinda el 80 del Código, que señala como nota esencial de la personalidad capacidad; por lo tanto, donde existe capacidad jurídica existe onalidad.

§ 4. Condición de nacimiento con vida. — Pese a lo que ha dicho nuestro Código en la primera parte del art. 70, ha tenido que decir que la personalidad reconocida al sujeto concebido es ional; es decir, que todos los derechos que puede adquirir la na por nacer se consideran irrevocablemente adquiridos con el nimiento con vida; esto no quiere decir que los derechos estén tidos a esa condición para su adquisición, puesto que la con n aquí funciona como resolutoria. En consecuencia, la persona nacer puede adquirir desde su concepción toda la serie de dere que hemos enumerado al exponer el art. 64; pero esos derechos vuelven en el caso de que no se produzca el nacimiento con En cambio, en el sistema de la legislación europea, que sigue recho romano, la condición del nacimiento con vida obra como nsiva.

¹⁰ Salvat-López Olacregui, I, n° 386-C; Basso, I, comentario al art. 11. En el mismo sentido, Llambías, Parte General, I, n° 326; Bordu, General, n° 226; Spota, I, vol. 3°, n° 727; Arauz Castex, I, n° 348. En u, Salvat, Parte General, I, n° 386.

¹¹ Anteproyecto de Biblóni, arts. 28 y 29; Proyecto 1936, art. 14; Antecto 1954, art. 22.

¹² Ennecerus y Nipperdey, n° 77, p. 329, nota 4; Spota, I, vol. 3°, p. 591.

El nacimiento con vida se produce cuando el feto se desprende totalmente del seno materno. En este caso sólo es necesario que el niño viva unos instantes; según el texto que ha sido fuente de esta disposición, que es el *Sistema de derecho romano actual* de Savigny, era necesario que el sujeto tuviera forma humana, que no fuera un *monstrum nec prodigium*¹³. A este respecto, ya hemos visto al anotar el art. 51 que es un requisito superfluo, pues se ha comprobado que es un supuesto científico absolutamente descartable, sólo de posible aplicación a aquellos seres que al momento d: nacer carecen de los órganos suficientes para prolongar su vida extrauterina. Sobre todos estos aspectos nos extendaremos al tratar los arts. 71, 72, 73, 74 y 75.

§ 5. Criterio que propicia la derogación del art. 74 del Cód. Civil. — Como ya vimos, la mayor parte de los autores nacionales, con la excepción de Orgaz, aplauden el sistema del Código en la materia. Sin embargo, a los críticos se ha sumado el agudo profesor doctor Santos Cifuentes, con una posición que por su originalidad merece párrafo aparte.

Sostiene Cifuentes que es aceptable el criterio de Vélez y de Freitas de que la personalidad comienza desde el momento mismo de la concepción, ya que desde ese instante existe vida humana; en cambio, critica la solución del Código en cuanto el art. 74 hace jugar el nacimiento con vida como condición resolutoria de la personalidad del sujeto. En opinión de este autor, de no producirse el nacimiento con vida, sólo deberían resolverse los derechos que el *nasciturus* hubiera adquirido durante la gestación, mas no debería afectar a su personalidad, de tal modo que debería reconocerse su personalidad jurídica aun cuando su existencia física acabara por la desaparición de la vida antes del alumbramiento¹⁴.

La propuesta es, sin embargo, discutible. La circunstancia de que se reconozca personalidad al concebido se funda en que es necesario afirmar la existencia de un sujeto portador de los derechos subjetivos que puede el *nasciturus* adquirir durante la gestación. Desaparecido el sujeto antes de tener vida autónoma, se desvanecen los derechos que pudo haber adquirido, y no hay transmisión alguna a través de ese sujeto desaparecido; entonces, ¿para qué sostener que hubo personalidad si ella no produce ningún efecto jurídico? Si, como pretende Cifuentes, la pérdida de la vida del feto antes del nacimiento no afectara a su personalidad, menos aún debería afectar a los derechos que pudiera haber adquirido. Es que, a nuestro entender, el planteo no debe implicar que si el sujeto no nace con vida, deben revocarse los derechos y no la personalidad; sino que,

¹³ Savigny, ob. cit., n° LXII, ps. 275-76.

¹⁴ Cifuentes, S., *El nasciturus...*, cit. en nota 4 del art. 64.

tamente, los derechos se resuelven porque no ha existido nunca personalidad. Si la ley admitiera que había existido una persona, podría eliminarla como sujeto transmisor de los derechos que quirió durante su breve existencia.

Art. 71. — Naciendo con vida no habrá distinción entre el nacimiento espontáneo y el que se obtuviere por operación quirúrgica.

CONCORDANCIAS: Cód. Civ., arts. 51, 54, 63, 70, 72 a 76.
FUENTES: Freitas, art. 223.

§ 1. Condiciones del nacimiento. — De acuerdo con lo que hemos comentado al exponer el artículo anterior y la nota a él tomada Savigny, es necesario para que se produzca la adquisición irrevocable de los derechos por el concebido: a) que el hijo se separe de la madre; b) que se separe completamente; c) que viva después la separación; d) que sea un ser humano.

De todos estos requisitos puede hacerse una síntesis en los siguientes términos: lo indispensable es que el feto se separe totalmente del seno materno y que goce, aunque sea por un solo instante, vida *extrauterina*. Ya adelantaba Savigny que son indiferentes los medios que se empleen para obtener la separación de los cuerpos feto y la madre, pues en derecho no se diferencia el nacimiento natural del que se obtiene por una operación quirúrgica.

Puede concluirse, pues, que este artículo es totalmente prescindible, ya que carece de trascendencia la forma en que acaezca el nacimiento.

§ 2. Fuentes. — La disposición proviene remotamente del derecho romano, en el que se discutía si el nacimiento obtenido por los quirúrgicos otorgaba o no a la madre los privilegios de la maternidad. Al respecto, Paulo sostenía como falso interpretar que madre se hubiese desembarazado por ese medio¹, mientras queiano reputaba nacido al niño aunque hubiese sido extraído con violencia del cuerpo de la madre por una operación de cirugía². Los textos pueden, pues, considerarse fuentes remotas del artículo citado; Savigny es fuente mediata, y el art. 223 del *Esbozo* de las fuentes próximas.

Art. 72. — Tampoco importará que los nacidos con vida tengan ostensibilidad de prolongarla, o que mueran después de nacer, por vicio orgánico interno, o por nacer antes de tiempo.

¹ Digesto, L. 132, tit. 16, lib. 50.
² Digesto, L. 12, tit. 2, lib. 28.

CONCORDANCIAS: Cód. Civ., arts. 51, 54, 70, 71, 73 a 76 y 3290.
FUENTES: Freitas, art. 224; Savigny, apéndice I, t. II¹.

§ 1. No exigencia de viabilidad. — Viabilidad significa nacer con vida y con los elementos de conformación y desarrollo necesarios para seguir gozando de ella². Muchas legislaciones contemporáneas a nuestro Código exigen la viabilidad del nacido como condición para que adquiera sus derechos en forma irrevocable. Por eso si el infante fallece por defectos orgánicos que hicieron imposible la continuidad de la vida, o nace antes del período mínimo de gestación que según la ciencia médica se requiere para que pueda proseguirse la vida *extrauterinamente*, de tal manera que, aunque nazca vivo, carezca de posibilidades de continuar así, se considera al sujeto como nacido muerto o como abortivo³. Dejemos constancia de que la mayor parte de la doctrina ha fijado el plazo mínimo del embarazo entre 180⁴ y 182⁵ días.

Nuestro codificador, siguiendo a Savigny y Freitas, se aparta de este sistema, con lo que es uno de los precursores de las legislaciones modernas, que poco a poco han abandonado la exigencia de la viabilidad. Los argumentos que Vélez da en la nota a este artículo, en apoyo de su criterio, han sido calificados de "irrelevantes"⁶. Dice allí Vélez que requerir la viabilidad en el sujeto nacido "es contrario a los principios generales sobre la capacidad de derecho, la que es inherente al sujeto por el solo hecho de la existencia de la criatura humana, sin consideración alguna a la mayor o menor duración que pueda tener esa existencia". "Por lo demás, ¿qué médico puede decir que el feto ha estado 178 días en el seno materno, y no los 180 exigidos por las leyes? Se abriría una puerta a la incertidumbre de los juicios individuales y a las opiniones peligrosas de los facultativos sobre el tiempo que dicen ha permanecido el sujeto en el vientre". Sigue diciendo el codificador que la misma regla debe aplicarse a los vicios orgánicos que el recién nacido presente: no porque una persona aparezca con signos apreciables de una pronta muerte es incapaz de derecho. Se confirma así la idea de Savigny, quien dice que declarar la incapacidad jurídica del infante significa acrecentar los peligros de la arbitrariedad e incertidumbre en el derecho⁷.

Por todas estas consideraciones la doctrina nacional ha aplaudi-

¹ En la edición castellana de J. Mesía y M. Poley, Madrid, 1878, es el apéndice III al tomo I, ps. 377 y 392.

² Enciclopedia Espasa - Calpe, t. 68, p. 400, II.

³ Savigny, ob. cit., apéndice III, t. I, p. 381.

⁴ Aubry y Rau, I, p. 263.

⁵ Savigny, ob. y lug. cit., p. 378.

⁶ Llamblas, Parte General, I, n° 363.

⁷ Savigny, ob. y lug. cit., p. 383.

ánimamente el sistema del Código, que se mantiene en los proyectos de reforma.⁸

2. **Derecho comparado.** — La condición de la viabilidad con- exigéndose en el derecho francés (arts. 725 y 906), donde el humano recibe la personalidad desde su nacimiento, o incluso su concepción, con tal que nazca vivo y viable.⁹ Claro es esta cuestión de la viabilidad da lugar a dificultades y a informes tales muy delicados.¹⁰

En el derecho español se requiere que el infante haya vivido unas horas para que el nacimiento produzca sus efectos civiles. Según Toboñas, este plazo de 24 horas responde a una tradición activa representada por las leyes de Toro y la de Matrimonio, pero no tiene finalidad alguna, ya que no puede estimarse prueba o presunción de viabilidad: un feto no viable puede ser nacido artificialmente más de ese tiempo, mientras que un niño puede morir antes del término legal por un accidente cual- sea. Así, pues, concluye que el Código español adopta el sistema wigny, que él califica de ecléctico, distinguiéndolo del sistema que exige la viabilidad.¹¹

En el Código Civil italiano de 1865 también aparecía la condi- ción de la viabilidad (*viabilità*). Ferrara nos enseña cómo nace dicha ncia, recordando que no era originaria del derecho romano, sino apareció en las leyes bárbaras, de las que pasó al derecho feo- y fue luego acogida por los autores y las legislaciones decimo- nas.¹² El Código Civil italiano de 1942 ha dejado de exigirla. En general, puede advertirse una tendencia del derecho compa- a no requerir la viabilidad¹³; constituyen la excepción las acciones que la mantienen.¹⁴

art. 73. — Repútase como cierto el nacimiento con vida, cuando personas que asistieron al parto hubiesen oído la respiración o la le los nacidos, o hubiesen observado otros signos de vida.

⁸ Borda, Parte General, I, n° 241; Llambías, Parte General, I, n° 367; Castex, I, p. 370; Salvat-López Oladregui, I, n° 392; Machado, I, nota al 2, ps. 142 a 144; Proyecto 1936, art. 20; Anteproyecto Biliboni, art. 37, a redacción, y art. 35, segunda redacción; Anteproyecto 1954, art. 24. Mazeud, parte I, vol. II, n° 443.

⁹ Mazeud, ob. y lug. cit. en nota anterior.

¹⁰ Castán Toboñas, ob. cit., ps. 46-47.

¹¹ Ferrara, F., *Treatato di diritto civile italiano*, I, n° 59, ps. 462 y ntes.

¹² Cód. alemán, art. 1º; suizo, art. 31; brasileño, art. 4º; peruano, art. 1º; plano, art. 17; salvadoreño, art. 72; colombiano, art. 90; chileno, art. 74; rriqueño, art. 24; italiano, art. 1º.

¹⁴ Cód. francés, arts. 725 y 906; español, art. 30 y uruguayo, arts. 192

CONCORDANCIAS: Cód. Civ., arts. 71, 72, 75.

FUENTES: Freitas, art. 225.

§ 1. **Prueba del nacimiento.** Remisión. — Según este artículo, para que se repite cierto el nacimiento se requiere que las personas que asistieron al parto hubiesen oído la respiración o la voz de los nacidos.¹ Este artículo se refiere a la prueba del nacimiento, la que puede producirse por cualquier medio; pero, al tratarse de un hecho que cae bajo los sentidos, es indudable que la ley debe admitir la prueba de testigos; para éstos nada más fácil que captar la voz o la respiración del nacido o bien otro signo de vida, como movimientos, etcétera.

Cabe hacer aquí dos observaciones: a) que la prueba testimonial no puede conceptuarse definitiva, pues los movimientos o vagidos del infante pueden haberse producido durante el parto, y sin embar- go, el feto pudo haber sido expulsado ya muerto; así, pues, no habría el feto pudo haber sido expulsado ya muerto; así, pues, no habría vivido autónomamente, separado del seno materno, como lo exige el art. 70; b) la segunda observación —fundamental— está relacio- nada con el art. 75, el cual dispone que se presume el nacimiento con vida, de manera que la carga de la prueba recae sobre quien sostiene que la persona no ha nacido con vida. Este art. 75 deja, por tanto, prácticamente vacío de contenido al que estamos exami- nando.

Remitimos, pues, al art. 75, en el que examinamos las cuestiones relativas a la prueba del nacimiento.

Art. 74. — Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubieran existido.

CONCORDANCIAS: Cód. Civ., arts. 63, 64, 70, 71, 73, 75 y 3290.

FUENTES: Freitas, art. 226; Cód. Chile, art. 74, párr. 2º.

§ 1. **Condición del nacimiento con vida.** Concepto e impor- tancia. — En las legislaciones extranjeras la trascendencia del naci- miento con vida radica en que desde ese momento comienza la existencia de la persona. En nuestro sistema jurídico, por el contra- rio, la personalidad comienza con la concepción en el seno materno; pero los derechos que el sujeto concebido puede adquirir durante el embarazo (ver art. 64) sólo quedan definitivamente adquiridos con el nacimiento con vida (art. 70).

Ya hemos visto en qué consiste el nacimiento con vida: es la separación completa del feto del seno materno, exigiéndose que haya vivido autónomamente aunque no sea más que un solo instante. No

¹ Spota, I, vol. 3º, n° 743; Busso, I, nota al art. 73, n° 8.

imprescindible que se corte el cordón umbilical¹, ni que el infante sea capaz de prolongar la vida extrauterina (art. 72).

El principio establecido por este art. 74, como corolario de lo venimos exponiendo, es que si el feto fuese expulsado sin vida fuera de la madre, o muriese durante el parto, se reputaría como si la persona jurídica nunca hubiese existido. Es decir que, tras el nacimiento, la extinción de la persona jurídica se retrotrae al momento mismo del comienzo de su existencia: la condición ulterior que importa el nacimiento con vida funciona desde el momento mismo de la concepción.

Este precepto, que aparece tomado directamente de Freitas, y concuerda con el Código de Chile (art. 64), proviene del derecho romano².

§ 2. Efectos. — Puesto que se considera que la persona nunca existió, no puede operarse por su intermedio ninguna transmisión de derechos. Adviértase la trascendencia de esto en el siguiente ejemplo: suponiendo que se trate de un hijo póstumo, si nace con vida, y fallece a los pocos instantes, y no existen hermanos, a la sesión del padre concurren su madre y él, que resultará heredado su madre; pero si no acaece el nacimiento con vida —nunca ha sido—, compartirán la herencia los ascendientes del padre con la yuge supérstite.

Art. 75. — En caso de duda de si hubieran nacido o no con vida, presume que nacieron vivos, incumbiendo la prueba al que alega lo contrario.

CONCORDANCIAS: Cód. Civ., arts. 63, 70, 71, 73 y 74. Ver nota al art. 3290.

FUENTES: Freitas, art. 228.

§ 1. Prueba del nacimiento con vida. Presunción legal. — Se trata en este art. 75, como presunción relativa o *juris tantum*, que, en caso de duda, se considera que el infante nació vivo, cargando la prueba de lo contrario quien lo alegue. Esta presunción ha sido establecida teniendo en cuenta lo que acaece en el curso normal de las cosas; así lo señala Freitas en su art. 228, fuente inmediata a norma que comentamos.

La presunción de vida se aplica en los casos en que se discrepa de las personas que asistieron al parto, afirmando unos que nació vivo y otros que nació muerto y no hay forma de determinar mediante otra prueba la realidad de los hechos, o bien, inclusive, en

¹ Spota, I, vol. 3^o, n^o 738; Busso, I, nota al art. 74, n^o 4; Machado, I, al art. 74, p. 149.

² Ley 129, tit. 16, lib. 50, Digesto.

los casos en que el nacimiento se produjere sin contralor, en los cuales sólo se cuenta como elemento de juicio con la declaración de la madre o de la partera¹. También puede ser utilizada la presunción cuando se suponga sustitución de parto; es decir, si se imputa haber sustituido una criatura muerta por otra viva, debe probarse que la sustituida había nacido muerta².

Sin embargo, la presunción legal funcionará hoy en casos excepcionales, pues la pericia médica, considerada prueba fundamental³, evitará en la mayor parte de las veces la necesidad de recurrir a aquélla. Solamente cuando la antigüedad del fallecimiento impida practicar la pericia en el cuerpo del infante, o no se cuente con el cuerpo, como acaecería en la sustitución de parto, será imprescindible acudir a la presunción de vida.

§ 2. Crítica a la presunción legal. — Bibiloni fue quien criticó la doctrina del Código en este punto, pues, según su criterio, se parte de una confusión: "es cierto que lo normal es que las personas nazcan vivas y sigan viviendo, pero si la persona aparece muerta no debe por qué presumirse que ha nacido viva, porque justamente no es lo normal que el fallecimiento se produzca instantes después del nacimiento con vida"⁴. Sigue diciendo Bibiloni: "en estos casos la muerte no desvanece la duda, sino que la engendra". A este razonamiento ha contestado Spota diciendo que la muerte producida instantes después de la separación de la madre no induce presunción alguna de que el nacimiento mismo acaeciera sin posibilidad de vida extrauterina; aducir lo contrario implica plantear la cuestión erróneamente y pagar tributo al sistema de aquellos códigos que exigen que se cumpla el requisito de la viabilidad⁵.

§ 3. Derecho comparado y proyectos de reforma. — En el derecho comparado sólo mantiene la disposición de nuestro Código su similar de Austria (art. 23), pero se hallaba ya en el Landrecht prusiano. El Proyecto de 1936 mantiene el régimen del Código de Vélez, lo mismo que el Anteproyecto de 1954 (art. 24).

Art. 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.

CONCORDANCIAS: Cód. Civ., arts. 65, 70, 71, 77, 240 a 244, 246; ley 2393, art. 93.

FUENTES: Freitas, art. 229.

¹ Machado, I, nota al art. 75, p. 150; Salvat - López Olaciregui, I, n^o 388.

² Freitas, nota al art. 228 del *Esboço*; Busso, I, nota al art. 75, n^o 6.

³ Borda, Parte General, I, n^o 240; Spota, I, vol. 3^o, n^o 743.

⁴ Bibiloni, nota al art. 38; Busso, I, nota al art. 75, n^o 4.

⁵ Spota, I, vol. 3^o, n^o 742.

distinta si existe la posibilidad de confusión y atendiendo a la difusión y notoriedad que el titular ha adquirido. Así, nada obstaría a la procedencia de la acción de usurpación, si el seudónimo de un artista fuese empleado por otra persona para una actividad deportiva o periodística, si de ello resultara que el público puede confundir ambos sujetos.

En suma, la acción ha de tener viabilidad si el seudónimo es utilizado por el usurpador en el mismo ámbito de actividades para el que fuese elegido por el titular; y si aquél lo emplea en esfera distinta, deberá atenderse a la difusión que el primer titular ha adquirido con ese seudónimo y a la posibilidad de confusión que ello cree en la sociedad.

Nuestra doctrina judicial anterior a la ley 18.248, había admitido a la procedencia de esta acción, en el caso "Oller c/Sopena", en el que el doctor Barraquero dijo claramente que la usurpación del seudónimo comporta un delito igual a la supresión del nombre verdadero⁵⁰.

f) *Acción de supresión de seudónimo*. Nace la acción de supresión de uso impropio de seudónimo cuando él ha sido utilizado por un tercero no ya para su propia designación ni para la de otra persona física, sino para individualizar una cosa, o un producto fábril o una comercial o un personaje de fantasía de una obra literaria o de cualquier otro tipo o índole.

Son requisitos de admisibilidad que el actor ejerza la titularidad de la denominación, y que el seudónimo haya sido utilizado maliciosamente para designar alguno de los objetos enunciadados. Ya nos hemos referido antes a la malicia y a la indiferencia que —*de lege ferenda*— tiene la mala o buena fe del autor de la usurpación impropia. Al último, debe acreditarse, según lo dispuesto por el art. 21, según parte de la ley 18.248, la existencia de un perjuicio material o moral⁵¹.

§ 7. *Seudónimo y marca*. — El art. 4º de la ley 3975 dispone que los nombres de las personas no podrán usarse como marcas sin consentimiento de sus titulares o de sus herederos hasta el cuarto grado inclusive. No se hace mención alguna al seudónimo, pero presentarse el conflicto entre una conocida personalidad del ambiente artístico y quien pretendió registrar su seudónimo como marca de comercio, la Corte resolvió que debía considerarse al seudónimo comprendido en la disposición del art. 4º de la ley 3975, por aplicación del art. 23 de la ley 18.248, según el cual cuando el seudónimo biera adquirido notoriedad goza de la tutela del nombre⁵².

⁵⁰ CCivIªCap., 22/3/38, JA, 61-637.

⁵¹ CSJN, 10/7/75, LL, 1975-C-323.

⁵² CSJN, in re "Villafañe de Molina, Elba c/Sury, Manuel", del 8/7/76, 1976-D-119.

Art. 24. — Quedan derogados el decreto ley 11.609/43, el decreto 410/46; el art. 13 de la ley 13.252; el art. 6º de la ley 14.367; los arts. 40, 41, 42 y 43 de la ley 14.586; los arts. 43, 44, 45 y 46 del cuerpo de disposiciones que constituyen el "Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas" del decreto ley 8204/63; y los arts. 92, 93, 94, 95 y 96 del decreto 2015/66.

Art. 25. — (De forma.)

TÍTULO VI

DEL DOMICILIO

Art. 89. — El domicilio real de las personas, es el lugar donde tienen establecido el asiento principal de su residencia y de sus negocios. El domicilio de origen, es el lugar del domicilio del padre, en el día del nacimiento de los hijos.

CONCORDANCIAS: Cód. Civ., arts. 91, 92 a 97, 100, 312 y 313.

FUENTES: Pothier, *Introducción General a las Costumbres de Orleans*, Cap. I, § I, art. 8º; Cód. Civ. francés, art. 102; Cód. sardo, art. 66; Freitas, art. 182.

§ 1. *Domicilio. Concepto*. — El domicilio es el lugar que la ley fija como asiento o sede de la persona para la producción de determinados efectos jurídicos¹. Esta definición da la idea del domicilio como concepto puro y exclusivamente jurídico, dejando de lado la antigua concepción del domicilio de hecho. Muchos autores habían sostenido que el domicilio era sólo y verdaderamente el lugar en que la persona residía de hecho, es decir, donde se encontraba presente; por lo tanto, la ley no hacía otra cosa que tomar ese lugar y fijarlo como centro de las relaciones jurídicas del sujeto; y como consecuencia de esta idea, se decía que algunos casos de domicilio legal constituían anomalías, por no ser posible incluirlos en la definición normal de domicilio². Como resultado de este erróneo criterio, se afirma que en el domicilio la ley presume siempre presente a la persona; semejante presunción de presencia es sin duda falsa e innecesaria desde el punto de vista normativo, pues lo que hace la ley es señalar el lugar donde se van a producir determinados efectos, y al determinarlo adopta elementos de hecho diferentes en cada caso estimados como objetivamente preferibles: sea la residencia efec-

¹ CNCiv, Sala A, 2/5/60, LL, 100-768, sum. 5780; ídem Borda, *Paris*

General, I, n° 350; Mazaud, II, L y J, Parte I, vol. II, n° 557; comp. art. 40, Cód. español, en Castán Tobeñas J., t. I, p. 87.

² Planiol, *Traité élémentaire*, n° 556, p. 202.

va, sea donde se ejerce una función pública, etc.; pero en ningún caso la ley necesita presumir que la persona se encuentra siempre presente. Tanto es así, que el artículo siguiente al que ahora examinamos dice: "...*aunque la persona de hecho no esté allí presente*".³ Itámente significativa resulta, en este sentido, la expresión que utiliza Ferrara para individualizar el domicilio; dice este autor que "el domicilio jurídico siente la necesidad de concentrar en determinado lugar, actuaciones jurídicas de una persona, ya para su desenvolvimiento, para la protección en juicio, de modo que la persona tenga un abito territorial bien determinado, donde ejerza sus derechos y cumpla sus obligaciones. Esta esfera que forma la base de acción de la persona se llama *sede jurídica*".⁴

En consecuencia, lo esencial no es la cuestión de hecho, el que sea o no allí la persona, sino la cuestión normativa: a los efectos de la ley, vive allí. Más aún: cuando el ordenamiento positivo dispone que el domicilio de una persona está en el lugar donde tiene vivienda, tal lugar es domicilio de esa persona, no porque sea su vivienda sino porque la ley lo ha consagrado o investido de la calidad de domicilio.⁵ En resumen, pues, el domicilio está siempre determinado o fijado por la ley.⁶

§ 2. **Caracteres.** — El domicilio presenta los siguientes caracteres según la mayor parte de la doctrina: *a)* unicidad (art. 83); *b)* necesidad (véase art. 90, inc. 5º, art. 96 y art. 98; *c)* libre mutabilidad (art. 97); *d)* voluntariedad (arts. 95 y 97); *e)* inviolabilidad (art. 18, Const. Nacional). Esos caracteres se expondrán al analizar artículos que se han citado a continuación de cada uno de ellos; cuanto a la inviolabilidad, ha sido comentada en el art. 51, al referirse a los derechos de la personalidad.

§ 3. **Clasificación.** — En principio, el domicilio puede clasificarse en domicilio político y domicilio civil. **Domicilio político** es el que la ley exige, desde el punto de vista del derecho público, para el ejercicio de los derechos derivados de la ciudadanía. Tiene una estructura diversa de la del domicilio civil, ya que consiste en la ubicación de la persona con un ente político.⁷

El domicilio civil a su vez se divide en: domicilio general y domicilio especial; el primero es el asiento jurídico de la persona que

³ Orgaz, *Personas individuales*, ps. 236-37, nota 3.

⁴ Ferrara, F., *Diritto civile italiano*, n° 115, p. 548.

⁵ Salvat - López Olaciregui, I, n° 888-D.

⁶ CFedCba, 17/6/42, JA, 1942-III-351; Busso, I, nota al art. 89, n° 5; la, Parte General, I, n° 351; comp. Orgaz, *Personas individuales*, lóg. cit.

⁷ at - López Olaciregui, I, lóg. cit.; Spota, I, vol. 3º, n° 1238; Arauz Castex, 617; Llambías, Parte General, I, n° 850.

⁸ STERIOS, Sala Trab., 10/10/67, *RepLL*, 1969, I, p. 895, sum. 26; ara, *Diritto civile italiano*, nota 1, p. 548.

tiene relevancia para la generalidad de los actos jurídicos que ella celebre o los hechos jurídicos que la afecten: el domicilio especial en cambio, constituye una excepción a la regla de la generalidad del domicilio y puede a su vez adquirir dos formas: la de domicilio especial contractual y la de domicilio especial *ad item*, es decir el consuetudinario a los efectos procesales durante la tramitación de un pleito.

El domicilio general a su vez puede clasificarse en domicilio real (definido por el art. 89), y domicilio legal (art. 90). El domicilio de origen, también definido por el art. 89, no es sino una especie de domicilio legal.

§ 4. **Domicilio real. Concepto y elementos.** — El domicilio real es el fijado por la ley como asiento jurídico de la persona, tomado en cuenta para su determinación el lugar de la residencia efectiva de ella.⁸

Según la mayor parte de nuestra doctrina, así como de la extranjera, dos son los elementos del domicilio real. Uno objetivo, constituido por el asiento principal de la familia o de los negocios de la persona, el otro subjetivo, que consiste en el ánimo o intención de permanecer en ese lugar.⁹

Actualmente hay quien se ha pronunciado por que la intención no constituye elemento necesario del domicilio, pues, si bien nuestro Código alude varias veces a ella, la intención que se toma en cuenta es la que se manifiesta en hechos concretos, en actos exteriores.¹⁰ En realidad, cualquiera que sea el criterio que se adopte para la determinación del domicilio real, el de la doctrina tradicional, que requiere la residencia habitual (elemento objetivo) y el ánimo o intención de permanecer en ese lugar (elemento subjetivo), o el de la corriente que entiende que la intención no constituye elemento necesario, lo cierto es que no parece aconsejable ni prudente manejarse en el plano de las puras intenciones, por lo común ocultas, a menos que se traduzcan en hechos o circunstancias de más asequible interpretación.¹¹

§ 5. **Residencia y habitación. Distinción con el domicilio.** — La residencia implica hallarse en un lugar en forma transitoria y sin ánimo de permanecer allí. La habitación es la permanencia acci-

⁸ Busso, I, nota al art. 89, n° 18; Salvat - López Olaciregui, I, n° 895-A.

⁹ Busso, I, nota al art. 89, n° 22; Spota, I, vol. 3º, n° 1238; Machado, I, nota al art. 89, p. 164; CNCiv, Sala D, 16/6/68, ED, 24-629; CApollonario, Sala III, Civ y Com, 12/11/56, *DigLL*, I, p. 390, sum. 41; Ferrara, *Diritto civile italiano*, n° 115, p. 549.

¹⁰ Borda, Parte General, I, n° 355.

¹¹ CNCiv, Sala D, 25/7/58, *LL*, 91-484; CNCiv, Sala D, 7/10/60, *LL*, 103-780, sum. 6946; CFedCba, 17/6/42, JA, 1942-III-351. En el mismo sentido, Orgaz, *Personas individuales*, p. 250.

ntal en un lugar determinado. La distinción será profundizada analizar el art. 92, al cual nos remitimos.

§ 6. **Prueba del domicilio.** — El domicilio puede probarse por constancias de documentos públicos¹², que tienen preferencia ante a las simples declaraciones testimoniales¹³. Sin embargo, las instancias que obran en la libreta de enrolamiento, aunque acreditadas en principio (por emanar de un instrumento público) el nuevo domicilio, son susceptibles de ser desvirtuadas por no referirse a hechos o circunstancias comprobadas personalmente por la autoridad pública, y porque ella no garantiza la verdad de los hechos narrados en las partes¹⁴.

La partida de defunción carece del carácter de instrumento público en cuanto a la enunciación incidental del domicilio de la persona fallecida¹⁵. En cambio, la sola afirmación del incidentista no vivir en el domicilio donde se practicó la notificación, sin ofrecer acompañar prueba alguna que avale su dicho, carece de fundamento frente a la constancia del instrumento público que es la cédula de notificación¹⁶.

La inscripción en los registros cívicos no es prueba concluyente de domicilio, porque el domicilio electoral de las personas puede no coincidir con el que les corresponde por la ley civil¹⁷. Y el informe fichero nacional de electores en que se dice que una persona reside inscripta en un domicilio determinado no es prueba de indubitable valor acerca del domicilio, sino equivoca, pues es sabido que las fichas se forman sobre la base de las constancias de la ficha electoral formulada por las oficinas enroladoras que a su vez anotan el domicilio por manifestación o comunicación del propio interesado¹⁸. El hecho de que una persona reciba una carta en una determinada dirección no demuestra que tiene en ese lugar su residencia permanente¹⁹, ya que puede ello obedecer simplemente a que no ha comunicado a los remitentes el cambio de domicilio operado²⁰. Tampoco que figure en la guía telefónica con un domicilio determinado²¹. En cambio, las declaraciones orales o escritas de una persona

¹² CSJN, 23/5/38, LL, 10-873.

¹³ Fallo citado en la nota anterior; CComCap., 11/6/42, LL, 26-876; 1942-II-855.

¹⁴ STERios, 2/7/52, JA, 1953-I-1961.

¹⁵ CApel29LaPlata, Sala II, 12/4/40, JA, 70-241.

¹⁶ CNCiv, Sala C, 28/11/68, LL, 135-1159, sum. 21.254.

¹⁷ CCompCap., 11/6/42, LL, 26-876; JA, 1942-II-855; CSJN, fallo citado en la nota 11.

¹⁸ CNPaz, Sala I, 30/11/60, JA, 1961-III-286.

¹⁹ CNPaz, Sala II, 15/11/61, LL, 106-847; CCiv1³Cap., 5/8/31, JA, 185.

²⁰ CNPaz, Sala II, 31/12/69, LL, 136-788, sum. 24.229; JA, 1970-6-334.

²¹ CNCom, Sala B, 2/3/73, GP, n° 4893.

cuyo domicilio está en cuestión son prueba admisible de su intención de residir en un lugar, si se las hace antes de haberse iniciado la controversia, pero deben ir acompañadas de actos que las confirmen²², pudiendo tenerse en cuenta las declaraciones hechas por el individuo cuyo domicilio se cuestiona en diversos actos en que aparece otorgando escrituras públicas²³.

También se han admitido la prueba testimonial²⁴ y la prueba de informes policiales²⁵.

En cuanto al certificado de domicilio, si bien puede dársele el carácter de instrumento público, al estar confeccionado sobre la base de las declaraciones del interesado puede ser destruido mediante simple prueba en contrario²⁶.

En la provincia de Buenos Aires la cédula de identidad sirve para probar el domicilio de su titular, pero a condición de que se halle en correspondencia con la anotación actualizada en el Registro creado por ley de esa provincia n° 5725²⁷.

§ 7. **Extensión del domicilio.** — El domicilio definido por el art. 89 del Cód. Civil se refiere a un lugar geográfico, a una ciudad o a un pueblo; sirve para determinar la jurisdicción competente en las acciones personales y rige la capacidad de quienes se domicilian en la República²⁸. Su extensión al lugar —casa— en que habita o vive el interesado, se restringe a los efectos meramente procesales o administrativos²⁹. Por ello, la palabra "vecindad" en el derecho civil se usa como sinónimo de domicilio³⁰.

Art. 90. — 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, y así:

1) Los funcionarios públicos, eclesiásticos o seculares, tienen su domicilio en el lugar en que deben llenar sus funciones, no siendo éstas temporarias, periódicas, o de simple comisión.

2) Los militares en servicio activo tienen su domicilio en el lugar en que se hallen prestando aquél, si no manifestasen inten-

²² CCiv1³Cap., 8/10/36, LL, 4-463.

²³ CCiv1³Cap., 2/5/27, JA, 24-778.

²⁴ CSJN, fallo citado en nota 11; CCiv1³Cap, fallo citado en nota 21.

²⁵ CSJN, fallo citado en nota 11.

²⁶ SCBsAs, 18/8/64, RepLL, XXX, p. 689, sum. 1.

²⁷ SCBsAs, 26/5/70, ED, 35-145.

²⁸ Conf. Orgaz, *Personas individuales*, p. 238; comp. Iriarte, E. H., *El domicilio de las sociedades comerciales*, LL, 1970-A-646.

²⁹ CNCiv, Sala F, 22/10/59, LL, 98-117.

³⁰ CCiv1³Cap. 16/2/46, LL, 41-721.

ión en contrario, por algún establecimiento permanente, o asiento principal de sus negocios en otro lugar.

3) El domicilio de las corporaciones, establecimientos y asociaciones autorizadas por las leyes o por el Gobierno, es el lugar donde está situada su dirección o administración, si en sus estatutos en la autorización que se les dio, no tuviesen un domicilio señalado.

4) Las compañías que tengan muchos establecimientos o sucursales, tienen su domicilio especial en el lugar de dichos establecimientos, para sólo la ejecución de las obligaciones allí contraídas por los agentes locales de la sociedad.

5) Los transeúntes o las personas de ejercicio ambulante, como los que no tuviesen domicilio conocido, lo tienen en el lugar de su residencia actual.

6) Los incapaces tienen el domicilio de sus representantes.

7) El domicilio que tenía el difunto determina el lugar en que abre su sucesión.

8) Los mayores de edad que sirven, o trabajan, o que están agregados en casa de otros, tienen el domicilio de la persona a quien ven, o para quien trabajan, siempre que residan en la misma, o en habitaciones accesorias, con excepción de la mujer casada, como obrera o doméstica, habita otra casa que la de su marido.

9) La mujer casada tiene el domicilio de su marido, aun cuando halle en otro lugar con licencia suya. La que se halle separada de su marido por autoridad competente, conserva el domicilio de éste, si no se ha creado otro. La viuda conserva el que tuvo su marido, mientras no se establezca en otra parte.

CORRANCIAS: Cód. Civ., arts. 91, 100 a 102; *incs.* 3^ª y 4^ª; art. 44; *inc.* 5^ª; arts. 96 y 98; *inc.* 6^ª; arts. 95, 275 y 405; *inc.* 7^ª; arts. 948, 3284, 3285, 3636 y 3637.

NOTES: Zachariae, § 88; *inc.* 1^ª; Freitas, art. 176, *inc.* 3^ª; Goyena, art. 40; Cód. francés, arts. 106-7; *inc.* 2^ª; Freitas, art. 176, *inc.* 4^ª; Goyena, art. 41; *inc.* 3^ª; Goyena, art. 45; *inc.* 4^ª; Pothier, *Ad Pandette*, lib. 50, tit. 1, n.º 3; Massé y Vergé, nota 2 al § 92 de Zachariae; Demolombe, I, 374 bis, ps. 592 y ss.; *inc.* 5^ª; Goyena, art. 44; Freitas, art. 191; *inc.* 6^ª; Freitas, art. 176, *inc.* 1^ª; Cód. Civ. francés, art. 109; Cód. de Luisiana, art. 48; Cód. sardo, art. 71; *inc.* 7^ª; Cód. Civ. francés, art. 110; *inc.* 8^ª; Cód. Civ. francés, art. 109; Goyena, nota al art. 42; Cód. sardo, art. 72; *inc.* 9^ª; Cód. Civ. francés, art. 108; Goyena, nota al art. 42, 2^ª parte; Cód. sardo, art. 71; Cód. de Luisiana, art. 48; Partidas, ley 32, tit. II, Partida 3^ª.

§ 1. Domicilio legal. Concepto. — Cuando la ley, para determinar el domicilio de una persona, no toma en cuenta la residencia

efectiva y permanente en un lugar que constituya el principal asiento de su familia o sus negocios, sino que lo hace en consideración a otras circunstancias especiales, como la función pública que desempeña o la sede social o el encontrarse bajo la dependencia de otra persona, nos encontramos ante el domicilio legal.

Resulta, por tanto, ser el domicilio que determina la ley como asiento jurídico de la persona, tomando en cuenta para su determinación las funciones que desempeña o la situación de dependencia en que se encuentra¹, o porque considera que necesariamente ha de estar en ese lugar que es su residencia forzosa².

§ 2. Caracteres. — Tradicionalmente se afirma que el domicilio legal presenta los caracteres de forzoso, ficticio, de interpretación restrictiva y único. Con respecto al primero, no existe controversia posible; indudablemente el domicilio legal está imperativamente impuesto por la ley y no puede hacerse excepción a él³.

El que da lugar a interpretaciones diversas es el carácter ficticio que algunos autores le atribuyen⁴. Entendemos que se parte del erróneo criterio de asimilar el domicilio a la casa en que se vive, es decir la residencia efectiva con la familia, ya que etimológicamente domicilio proviene del término latino *domus*, que significa esto⁵. De acuerdo con el criterio según el cual hemos definido el domicilio al comentar el art. 89, siempre está determinado por la ley; es un concepto puro y estrictamente jurídico⁶. Cuando se trata del domicilio real, la ley utiliza para fijarlo la residencia efectiva; cuando se trata del domicilio no voluntario, sino forzoso o legal o de derecho, la ley toma en cuenta otras circunstancias, que son las indicadas en el § 1^º.

También suele afirmarse que al poder ser atribuido sólo por la ley, el domicilio legal es de interpretación restrictiva, es decir que no puede extenderse por analogía a otros supuestos⁷.

Por último, se sostiene que siempre el domicilio es único; si bien pueden darse casos en los que al parecer una persona pueda tener más de un domicilio legal, por ejemplo, la mujer casada que ejerce una función pública (art. 90, *incs.* 1^º y 9^º), es necesario en

¹ Busso, I, nota al art. 90, n.º 2; Josseland, I, n.º 231, p. 212.

² Busso, I, lug. cit.; Planiol, *Traité élémentaire*, n.º 570, p. 206.

³ Busso, I, lug. cit., n.º 8; Planiol, ob. y lug. cit.; Salvat-López Olaciregui, I, n.º 901 y 901 A; Llambías, Parte General, I, n.º 867.

⁴ Salvat-López Olaciregui, I, n.º 901 y 901 A-IV; Busso, I, lug. cit., n.º 9; Llambías, Parte General, I, lug. cit.; Planiol, *Traité élémentaire*, lug. citado, n.º 548.

⁵ Ferrara, *Diritto civile italiano*, n.º 115, p. 548.

⁶ Salvat-López Olaciregui, I, n.º 888-D, VIII a X.

⁷ Conf. Borda, Parte General, I, n.º 359; Orgaz, *Personas individuales*, ps. 236-38; Spota, I, vol. 3^º, n.º 1248.

⁸ Busso, I, lug. cit., n.º 10; Baudry-Lacantinerie y Houques Fourcade, II, n.º 1007, p. 187; Llambías, Parte General, I, lug. cit.; CSJN, 25/8/47, *Fallos*, 208:29.

estos casos que predomine aquel que contemple la situación más estable y general⁹. Por el contrario, hay quienes ven en estos supuestos excepciones al principio generalmente reconocido de la unidad del domicilio¹⁰. Tratamos con más extensión el tema en el comentario al art. 93.

§ 3. Funcionarios públicos. — Debemos determinar qué se entiende por funcionarios públicos o por lo menos qué ha entendido el codificador al referirse a ellos. Por un lado hay quienes dicen que debe apreciarse el concepto de funcionario público en su sentido más lato, esto es, abarcando a los funcionarios y empleados públicos¹¹. Otros piensan que sólo se consideran tales los agentes de la administración pública que tienen facultades decisorias, en tal sentido, se ha dicho que son funcionarios públicos los que no están sujetos a las órdenes de sus superiores¹².

Sin embargo, con este último criterio sólo tendrían domicilio legal Presidente de la República, ya que es el jefe de la administración pública y todos los demás están sometidos, directa o indirectamente, sus órdenes, o los ministros de la Corte Suprema. Por lo demás, distinción entre funcionario y empleado pertenece al derecho administrativo, y más aún, no encuentra repercusión legislativa; así, por ejemplo, el Código Penal, en su art. 77 establece la identidad entre ambos. El resto de la legislación, tanto administrativa como derecho común, no distingue tampoco¹³.

Con este criterio amplio se ha considerado que el notario con registro es un funcionario público y como tal tiene su domicilio legal el lugar en donde funciona su registro¹⁴.

Una segunda cuestión se vincula con la duración que debe tener función encomendada. El Código ha establecido que la función debe ser temporal, periódica o de simple comisión. Entiéndese función temporal la que tiene duración fijada de antemano¹⁵. Dentro de la función periódica quedan comprendidas las que se ejecutan durante determinadas partes del año o con intermitencias más o menos prolongadas; tales serían las del legislador¹⁶. Pese a ello se sostiene que el haber sido nombrado concejal municipal deter-

⁹ Busso, I, nota al art. 90, n° 11; Salvat-López Olacregui, I, n° 901, A-I, Borda, Parte General, I, n° 391.

¹¹ Borda, Parte General, I, n° 361; Salvat, Parte General, I, n° 904; o, I, nota al art. 90, n° 15.

¹² Llambías, Parte General, I, n° 869; conf. CCiv¹ La Plata, 26/3/26, 19-583.

¹³ Ver Canasi, J., *Derecho administrativo*, Bs. As., 1972, ps. 535 y siguientes.

¹⁴ CSJN, 10/11/52, *Fallos*, 224-583.

¹⁵ CCiv¹ Cap., 23/2/34, JA, 45-321; conf. Busso, I, lug. cit., n° 19.

¹⁶ Salvat, Parte General, I, n° 905; Borda, Parte General, I, n° 364.

mina presunción de domicilio¹⁷. Los funcionarios de simple comisión son los destinados a cumplir ciertos o determinados objetivos, como los interventores en una provincia¹⁸.

No debe exigirse que el funcionario tenga un cargo vitalicio o inamovible, ya que esta condición, exigida en el Código Civil francés, no ha sido incorporada a nuestro Código¹⁹.

De acuerdo con lo que venimos explicando, el cambio temporal de función, así como el traslado a otro lugar para cubrir una vacante producida con carácter accidental, no hacen variar el domicilio legal del funcionario público²⁰.

Una interesante cuestión es dónde debe notificarse la promoción de una demanda al funcionario público: en el domicilio real²¹ o en el legal²². Nosotros entendemos que el domicilio legal sustituye al real para todos sus efectos, pues no pueden subsistir simultáneamente dos domicilios generales, por aplicación del principio de unidad consagrado por nuestro Código; en consecuencia, creemos que la notificación debe hacerse en el domicilio legal, como lo ha entendido la mayor parte de la doctrina sin perjuicio de la validez de las notificaciones practicadas en el domicilio real²³.

Finalmente, el domicilio legal del funcionario público existe desde la toma de posesión del cargo, pues es el momento en que la designación se hace efectiva.

§ 4. Militares. — Si bien los militares son funcionarios públicos y como tales pudieron haber quedado comprendidos en el inciso anterior, el Código se ha cuidado de establecer que tienen su domicilio legal en el lugar en que se hallan prestando su servicio. Están comprendidos todos los miembros del Ejército, Armada y Aeronáutica²⁴, sin distinción de jerarquías o grados, con excepción de los conscriptos, pues éstos no tienen carácter de militares profesionales²⁵, y los retirados, quienes no prestan ya servicios²⁶.

El tratamiento especial que el Código dispensa a los militares se manifiesta en que éstos adquieren el domicilio legal siempre que no manifiesten intención en contrario, esto es, de mantenerlo en un

¹⁷ CSJN, 11/2/19, JA, 3-2.

¹⁸ Salvat, Parte General, I, n° 905; Borda, Parte General, I, n° 364.

¹⁹ Busso, I, nota al art. 90, n° 19; Salvat, Parte General, I, n° 906; ver Mazeaud, n° 575, p. 166.

²⁰ CCiv¹ Cap., 5/8/31, JA, 36-485.

²¹ Salvat, ob. cit., n° 906; CCiv² Cap., 27/11/25, JA, 18-650.

²² Borda, Parte General, I, n° 363; Llambías, Parte General, I, n° 871;

Orgaz, *Personas individuales*, p. 241; CNPaz, 16/9/64, JA, 1965-I-VI, sint. 52.

²³ Ver autores citados en nota anterior.

²⁴ Busso, I, nota al art. 90, nos. 28 y 32.

²⁵ Busso, I, nota al art. 90, n° 31; Borda, Parte General, I, n° 366; Salvat,

Parte General, I, n° 911.

²⁶ Busso, I, nota al art. 90, n° 29; Borda, Parte General, I, n° 366; Salvat, Parte General, I, n° 911.

tablecimiento permanente o en el asiento principal de sus negocios. fundamento de esta opción radica en que la función militar supone cambios de destino periódicos que traerían como consecuencia mutaciones de domicilio; de esta manera, otorgándoles la posibilidad de arlo en un lugar determinado y permanente, se obvian los inconvenientes que acarrearía el cambio de domicilio legal cada vez que militar tuviese un nuevo destino.

§ 5. Domicilio de las personas jurídicas. — El domicilio de las rsonas jurídicas es el determinado en los estatutos o en la autorización otorgada por el Estado. Si el domicilio no surgiese de estos trumentos, se lo fija donde se halle la administración o dirección la sociedad. El problema que puede presentarse es el establecimiento de un domicilio que sea extraño a las actividades de la sociedad; tal ocurre con las sociedades que constituyen domicilio en la dad de Buenos Aires mientras despliegan toda su actividad fuera ella y tienen también su sede en otra jurisdicción. Se ha señalado por algunos autores que es necesario prevenirse contra estas iones, y por tanto los estatutos no pueden fijar un domicilio totalnte ficticio y ajeno a la labor de administración y dirección ²⁷. doctrina judicial se ha pronunciado contradictoriamente; por un o, se ha dicho que si no se demuestra que el domicilio lo ha consido la sociedad comercial para dificultar el ejercicio de los derechos correspondientes a los acreedores o eludir la competencia de erminados tribunales, ni que sea una sede totalmente ficticia, ya se erigió al fundarse la sociedad, el lugar de la sede social no de ser otro que el que disponen sus estatutos ²⁸. En el mismo ido, se afirmó que el domicilio que integra los requisitos exigidos el art. 11 de la ley 19.550, inc. 2º, no es el que corresponde a la a, local o escritorio donde habrán de funcionar la administración icción de la sociedad, sino aquel que al constituirse su "asiento l", determina la jurisdicción a la cual deberá quedar sometida, arreglo a lo dispuesto por los arts. 90, 91 y 100 del Cód. Civil ²⁹. Pero también se ha expresado que el domicilio comercial de una edad es el lugar donde tiene establecido el asiento de sus negocios, aunque estuviera inscripta en el Registro Público de Comercio tra jurisdicción ³⁰, y que el domicilio de la sociedad se determina el lugar donde funciona su dirección o administración principal a su defecto, por el domicilio de sus socios ³¹. En el mismo sen-

²⁷ Spota, I, vol. 3º, nº 1251; Borda, Parte General, I, nº 308.

²⁸ CSJN, 9/8/83, LL, 113-61; JA, 1963-VI-202; CNCom, Sala A, 29/LL, 111-650.

²⁹ CNCom, Sala A, 19/12/74, ED, supl. 4/4/75; comp. Iriarte, ob. cit., II.

³⁰ CNCom, Sala B, 8/9/61, LL, 106-502.

³¹ STSFe, Sala II Civ. y Com., 22/7/60, DigLL, I, p. 389, sum. 32.

tido, si la sociedad abandona el domicilio establecido en el documento de su creación o en sus estatutos, debe considerarse su domicilio real aquel donde se halle el asiento principal de sus negocios ³². Para concluir con esta delicada cuestión, digamos que en nuestro criterio resulta acertado el concepto de la Corte (fallo citado en nota 28), pues en la medida en que no se demuestre que el domicilio ha sido establecido en perjuicio de los acreedores, hay que atenerse al fijado en el estatuto, según lo dispone este inc. 3º del art. 90; pero con la advertencia de que si ese domicilio es ficticio, de modo que tanto la sede como la principal actividad se encuentran en una jurisdicción distinta de la del domicilio constituido en el estatuto, debe presumirse la intención de eludir la jurisdicción de la provincia donde está la sede o de imposibilitar o dificultar la acción de los acreedores contra la sociedad. En definitiva, si la sociedad tiene su domicilio en una jurisdicción y despliega su actividad principal en otra, debe entenderse que en el lugar donde se ejerce esa actividad se tiene un domicilio especial a los efectos del cumplimiento de las obligaciones allí contraídas (art. 90, inc. 4º), y por tanto el juez de ese lugar debe declararse competente y entender en las acciones que los acreedores intenten contra esa persona jurídica ³³.

En materia de concursos se ha confirmado el criterio judicial que atribuye competencia al juez del domicilio inscripto (art. 3º, inc. 3º de la ley 19.551) ³⁴. Si se trata de sociedad irregular o de hecho, es competente el juez del lugar de la sede social; en su defecto, el del lugar del establecimiento o explotación principal (art. 3º, inc. 4º, ley 19.551). Sin embargo, la Corte ha ratificado también en el caso de los concursos su doctrina respecto del domicilio inscripto ficticiamente. Ha dicho que el juez que debe conocer del juicio de quiebra de una sociedad regularmente constituida es el del lugar de la sede social o en cuyo registro público está debidamente inscripta, salvo los casos de que el domicilio sea ficticio o haya sido constituido al solo efecto de dificultar la acción de los acreedores o para eludir la competencia de determinados tribunales ³⁵.

En cuanto al domicilio inscripto digamos que subsiste a todos sus efectos mientras su modificación no sea debidamente registrada y comunicada a las autoridades competentes ³⁶.

³² CApelCiv. y ComSFe, Sala I, 17/9/62, DigLL, I, p. 389, sum. 34.

³³ 1ª Instancia, firme, Distr. Jud. Concepción, pcia. Tuc., autos "Christina S.A. c/Ingenio La Trinidad S.A. s/cobro de pesos", 18/10/71, inédito.

³⁴ Fassi, Concursos civiles y comerciales, 2ª ed., Bs. As., Astrea, 1977, p. 15, § 21; CNCom, Sala A, 6/8/88, LL, 133-1014, 19.600-S; ídem, Sala A, 18/4/69, LL, 135-113, 20-933-S.

³⁵ CSJN, 11/9/73, JA, supl. 22/10/73, nº 4379.

³⁶ CNCom, Sala A, 6/8/68, LL, 133-1014, 19.600-S.

La norma que venimos estudiando es aplicable a las personas jurídicas extranjeras ³⁷.

§ 5-A. Domicilio y sede. — Algunos comercialistas distinguen totalmente entre domicilio y sede social, sobre la base de conceptuar aquél como un dato concerniente a la jurisdicción y ésta como la ubicación precisa y determinada del lugar que constituye el centro de los negocios sociales ³⁷⁻¹.

Recientemente la Cámara Comercial de la Capital ha resuelto que el contrato social puede limitarse a expresar la ciudad o población en que la sociedad tiene su domicilio, si los socios no quieren que la dirección constituya una cláusula contractual. Pero el juez o ordenará la inscripción en el Registro si la dirección precisa (lugar y número) del domicilio social figura en el contrato o estatuto (instrumento separado que se presenta al tiempo de inscribir la sociedad ³⁷⁻²).

§ 6. Sucursales. — Contrariando el principio de la unidad del domicilio, pero por motivos eminentemente prácticos y aceptables, el Código atribuye a la persona jurídica que tiene sucursales, domicilio especial en el lugar donde funciona ese establecimiento para el cumplimiento de las obligaciones allí contraídas por los agentes locales de la sociedad.

Discútese cuándo queda caracterizada la sucursal. Entendemos sucursal, en el sentido en que la designa el art. 90, inc. 4º, toda filial o filial de una compañía, establecida en lugar distinto del domicilio principal de ella, en la que ejerza la actividad que constituye su objeto, por medio de agentes locales autorizados para ella ³⁸. Los caracteres determinantes de una sucursal son, pues: tenga cierto carácter de estabilidad y de disposición respecto de obligaciones allí contraídas; que los agentes locales gocen de una autonomía que les permita contraer obligaciones en nombre de la sociedad que representan ³⁹. También debe tenerse en cuenta la independencia comercial del establecimiento y la independencia y autonomía con relación a la administración central ⁴⁰. La determinación de si es o no sucursal es una cuestión de hecho, deben decidir los jueces ⁴¹.

³⁷ CNTrab, Sala I, 18/7/62, LL, 110-227; JA, 1963-IV-309; CNTrab, III, 31/8/62, LL, 110-228.

³⁷⁻¹ Halperin, Isaac, *Sociedades comerciales*, Parte General, Bs. As. 1964, p. 78.

³⁷⁻² CNCom, en pleno, 31/3/77, LL, 1977-II-248.

³⁸ SCRA, 24/5/56, JA, 1956-III-41.

³⁹ TribTrib nº 1, San Nicolás, 13/12/54, LL, 78-467; JA, 1955-II-153.

⁴⁰ C2ºCivCom. y MinasMza., 30/10/61, RepLL, XXV, p. 612, sum. 4; v. Sala C, 12/2/74, JA, 21-1974-180.

⁴¹ Fallo citado en nota 33.

El domicilio legal especial establecido en este inciso se aplica en principio sólo a las obligaciones allí contraídas. Estas obligaciones pueden surgir tanto de fuente contractual como de hecho ilícito ⁴².

En principio debe considerarse que el domicilio que resulta de la sucursal está establecido en favor de los acreedores, quienes, por tanto, tienen una opción para demandar tanto ante jueces del domicilio especial como ante los del domicilio general establecido de conformidad con el inc. 3º del mismo art. 90 ⁴³. Contribuye a ratificar esta opinión lo dispuesto por el art. 5º, inc. 3º, Cód. Proc. Civil y Comercial de la Nación, el que luego de determinar como juez competente en las acciones personales al del lugar del cumplimiento de la obligación, concede una opción entre el del domicilio del deudor o el del lugar del contrato. Pese a ello se ha dicho que no existe tal opción, sino que obligatoriamente establece la competencia territorial de un juez que las partes no podrán modificar, pues, cuando la ley ha querido establecer fueros alternativos o de elección, lo ha dicho expresamente ⁴⁴.

La sociedad extranjera que tenga una sucursal en el país no puede considerarse domiciliada en éste ⁴⁵, pero debemos entender que a los efectos del cumplimiento de las obligaciones aquí contraídas tiene el domicilio especial previsto en el art. 90, inc. 4º. En cuanto a las sociedades constituidas en el extranjero que pretendan ejercer habitualmente actos de comercio en el país, o establecer sucursales, asiento o cualquier otra especie de representación permanente, deben —entre otros requisitos— fijar un domicilio en la República (art. 118, ley 19.550). Y las sociedades constituidas en el extranjero que tengan su sede en la República, se considerarán sociedades locales a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución o de su reforma y contralor de funcionamiento (art. 124, ley 19.550).

El Estado extranjero tiene siempre su domicilio real o legal donde funciona su gobierno principal y no puede tener otro; tampoco adquire domicilio político dentro del país donde acredite sus agentes diplomáticos, sino por analogía, un mero domicilio especial, máxime cuando los agentes diplomáticos tampoco adquieren domicilio civil a pesar de establecer su residencia oficial con carácter permanente ⁴⁶.

§ 7. Transeúntes, ambulantes y quienes no tienen domicilio conocido. — Vinculada con el principio de la necesidad del domicilio se encuentra esta disposición del inc. 5º del art. 90. Entiéndese por transeúntes aquellas personas que carecen de asiento fijo, por cual-

⁴² CCivIºCap., 3/7/40, LL, 19-309; CSJN, 14/10/29, JA, 31-270.

⁴³ CCivIºCap., 3/7/40, LL, 19-309; CTr, 30/4/46, JA, 1946-II-249.

⁴⁴ CPaz, Sala III, 2/12/38, JA, 65-556.

⁴⁵ CFedCap., 19/10/38, JA, 64-74.

⁴⁶ CCivIºCap., 5/6/40, LL, 19-50; JA, 71-398.

ier razón que sea: razones de salud, viajes de placer o permanentes, no acaece con quienes viven en casas rodantes y circulan permanentemente dentro del territorio del país o aun fuera de él, de tal manera que estén hoy en un lugar y mañana en otro. A las personas que ejercen el comercio ambulante se las puede considerar transeúntes; la ley ha querido referirse expresamente a quienes ejercen el comercio yendo a unos lugares a otros⁴⁷. Con relación a las personas que no tienen domicilio conocido, se trata de las que no tienen individualizado alguno, pues si hubiese alguno, por aplicación del art. 98 tendría ser el último conocido⁴⁸; se trata, pues, de dos disposiciones: no se superponen⁴⁹. Todas estas personas se consideran, a todos efectos legales, domiciliadas en el lugar de su residencia actual. Perjuicio de ello, pueden constituir domicilio especial a los efectos cumplimiento de sus obligaciones⁵⁰.

§ 8. Incapaces. — El inc. 6º establece que los incapaces tienen domicilio de sus representantes. Se plantean algunas cuestiones respecto de cada uno de ellos. Ante todo, están comprendidos en la disposición todos los incapaces de hecho en virtud de encontrarse sometidos a representación, y al no poder dirigir su persona e, en consecuencia, carecen de la posibilidad de constituir domicilio por sí.

I. *Los menores*. Los hijos matrimoniales, al estar sometidos a patria potestad, tienen el domicilio de su padre, y a falta o incapacidad de éste, el de su madre. Los menores emancipados, los hijos, los débiles de espíritu (art. 152 bis, inc. 2º) y demás inhabilitados, tienen libertad para elegir su domicilio⁵¹.

II. *Los hijos extramatrimoniales*. Tienen el domicilio del padre si han sido reconocidos por éste o por ambos⁵²; pese a ello se ha dicho que si la guarda la tiene la madre, el menor tiene el domicilio en ella⁵³. Si se trata de hijos extramatrimoniales no reconocidos, en el domicilio del tutor; si no tuviesen tutor, el del guardador, y si fuesen abandonados, el domicilio es el de aquel que ha reconocido al menor⁵⁴.

III. *Los dementes y sordomudos*. Tienen el domicilio de su tutor, aunque éste resida en otro lugar⁵⁵, y lo conservan hasta

⁴⁷ Salvat, Parte General, I, n° 914; Freitas, *Esboço*, nota al art. 191.

⁴⁸ Borda, Parte General, I, n° 373.

⁴⁹ Salvat - López Olaciréguí, I, n° 914, A-II.

⁵⁰ Machado, I, nota al art. 90, inc. 5º, p. 175.

⁵¹ Planiol - Ripert, *Traité de droit civil*, I, n° 153, p. 152.

⁵² Busso, I, nota al art. 90, n° 88; Aubry y Rau, I, n° 143, p. 890, nota Denombrie, I, n° 361, p. 574.

⁵³ Llambías, Parte General, I, n° 881; Borda, Parte General, I, n° 376.

⁵⁴ Busso, I, nota al art. 90, n° 94.

⁵⁵ CNCiv, Sala B, 29/5/58, LL, 93-4.

que el cambio de domicilio del curador haya sido autorizado judicialmente⁵⁶. Si el insano fuese casado y su esposa fuese designada curadora, ninguna duda hay de que tendrá el domicilio de ella; el problema se presenta si el curador es un tercero, pues si es evidente que el insano tiene el domicilio del curador, ¿cuál es el domicilio de su esposa? Véase el § 11 del comentario a este mismo artículo, donde tratamos en extenso la cuestión.

Si ambos cónyuges son insanos, tendrán el domicilio de sus respectivos curadores⁵⁷.

§ 9. Domicilio del causante. Remisión. — Trátase en este caso de una disposición que nada tiene que ver con el domicilio legal, pues se refiere exclusivamente a una atribución de competencia derivada del domicilio que tenía al fallecer el causante. Por tanto, remitimos al análisis del art. 3284, que sienta la misma regla en el lugar donde corresponde.

§ 10. Personas que sirven o trabajan en casa de otras. — Los mayores de edad que sirven o trabajan o están agregados en casas de otros, tienen el domicilio de la persona para quien lo hacen, siempre que residan en la misma casa o en habitaciones accesorias. Comprende a los mayores de edad, entendiéndose por tales a todos los que tienen capacidad para constituir por sí un domicilio; por tanto, los menores emancipados quedan incluidos en el ámbito del inciso, pero quedan excluidos los mayores de edad que estuviesen interdictos por demencia o sordomudez⁵⁸.

También queda exceptuada la mujer casada, pues tiene como domicilio legal el de su esposo.

Para que se otorgue al que sirve o trabaja en casa de otro el domicilio legal, es preciso que se trate de residencia estable; si la residencia fuese temporal o accidental, como, por ejemplo, si se trata de una finca de veraneo donde se contrata personal de servicio, no se da el supuesto legal, por lo cual no se adquiere allí el domicilio legal⁵⁹.

También deben entenderse excluidas de la disposición las trabajadoras por horas, puesto que carecen de situación permanente, siendo así que la permanencia es el elemento definidor de este domicilio legal. Por lo demás, el decr. ley 326/56 (Estatuto del Personal Doméstico) excluye también de su régimen a esas mismas personas (art. 1º).

¿Qué sucede cuando el patrón tiene a su vez un domicilio legal? Resultaría absurdo que la persona que trabaja en su casa adquiriese

⁵⁶ CSJN, 25/6/23, JA, 10-678.

⁵⁷ Busso, I, nota al art. 90, n° 105.

⁵⁸ Salvat, Parte General, I, n° 925; Borda, Parte General, I, n° 385.

⁵⁹ Salvat, Parte General, I, n° 926; Busso, I, nota al art. 90, n° 135.

que su empleador tiene como legal, pues como ha quedado expresado, el fundamento de la atribución de este domicilio está en la dependencia efectiva. En consecuencia, en todos los casos, el domicilio que adquiere el subordinado es el del lugar donde efectivamente le su patrón ⁶⁰.

Por último, digamos que este inciso resulta superfluo, pues, aun no existiese, todas las personas comprendidas tendrían su domicilio donde la ley se lo fija, pues es el lugar de su residencia efectiva.

§ 11. Mujer casada. — El último inciso del art. 90 establece que la mujer casada tiene el domicilio de su marido, aunque se halle en lugar con licencia de él. Esta regla encontraba su fundamento en el hecho que resultaba ser nueva aplicación del inc. 6º, según el los incapaces tienen el domicilio de su representante. Pese a la mujer hoy en día es plenamente capaz, la norma encuentra justificativo en que un elemental principio de unidad familiar así apone.

El domicilio legal de la mujer casada nace por el solo hecho del matrimonio, aunque de hecho no se haya trasladado al domicilio marido, pues el cambio se produce de pleno derecho ⁶¹.

Cesa el domicilio legal de la mujer por divorcio decretado por el juez competente (párrafo 2º del mismo inciso) siempre que el marido constituya otro nuevo, pues mientras no lo haga conserva el domicilio legal. La viuda conserva el domicilio de su esposo mientras no establezca voluntariamente en otro (art. 90, inc. 9º *in fine*) ⁶². La interpretación de este inciso ha dado lugar a algunas cuestiones tratadas en caso de separación de hecho. Para la opinión tradicional, tal separación no altera el domicilio legal de la mujer casada.

Para una ecléctica, en principio, la separación no excluye el domicilio legal de la mujer, pero si ella se produce por culpa del o de ambos, debe reconocerse a aquélla la facultad de constituir domicilio independiente ⁶³. Según otra, el domicilio legal de la mujer casada con la separación de hecho, por la inexistencia de texto que imponga su mantenimiento, por la desaparición del fundamento de la norma —que es la unidad familiar—, por la igualdad de los sexos, por los inconvenientes que la solución opuesta

⁶⁰ Borda, Parte General, I, n° 387; Llambías, Parte General, I, n° 893; *Personas individuales*, p. 245; Spota, I, vol. 3º, n° 1265; Arauz Castex, 636.

⁶¹ Comp. Llambías, Parte General, I, n° 893.

⁶² CCiv1º Cap., 5/11/36, LL, 4-481.

⁶³ CCiv2º Cap., 6/7/38, JA, 63-166.

⁶⁴ Bussio, I, nota al art. 90, nos. 123 y 124; Arauz Castex, Parte General, 859; Orgaz, *Personas individuales*, n° 12, p. 233, CSJN, 13/11/44, *Fa-cto*: 28; CCiv-Com 1º La Plata, Sala I, 13/5/49, LL, 57-722; CPaz SdeE, 19, JA, 1950-129.

⁶⁵ Llambías, Parte General, I, n° 889.

presenta para la mujer —obligada a recibir notificaciones en el domicilio del marido— y aun para terceros contratantes con la mujer, sometidos a la jurisdicción del marido, y por su aplicación de lo dispuesto en el art. 91 ⁶⁶.

Otra cuestión que se ha planteado la doctrina, y que tuvimos oportunidad de indicar antes (§ 8), es el de la mujer casada cuyo esposo está sometido a curatela. Como ya dijimos, si a la mujer se la designa curadora, no existe inconveniente alguno, pues será ella quien elija el domicilio. El problema existe cuando el curador es un tercero; haciendo una aplicación rígida de los incs. 6º y 9º, resultaría que la mujer casada tendría el domicilio del curador del marido. Creemos que una solución más acorde con la realidad debe llevarnos a la conclusión de que la mujer puede constituir su propio domicilio ⁶⁷.

Art. 91. — La duración del domicilio de derecho, depende de la existencia del hecho que lo motiva. Cesando éste, el domicilio se determina por la residencia, con intención de permanecer en el lugar en que se habite.

CONCORDANCIAS: Cód. Civ., arts. 89, 90, 92 a 95, 97 y 101.

FUENTES: Zachariac, § 89 y 91.

§ 1. Duración del domicilio legal. — Cesada la causa que ha determinado la fijación del domicilio legal reaparece el domicilio real. La mujer casada, separada o viuda, deja de tener el domicilio legal que le atribuyó el art. 90, inc. 9º, en cuanto la fijación de residencia fuera del hogar conyugal importará la constitución de nuevo domicilio, como lo dice la norma que comentamos.

Art. 92. — Para que la habitación cause domicilio, la residencia debe ser habitual y no accidental, aunque no se tenga intención de fijarse allí para siempre.

CONCORDANCIAS: Cód. Civ., arts. 89, 91, 92, 94 y 99.

FUENTES: Zachariac, § 89 y 91.

§ 1. Domicilio, residencia y habitación. — Según el art. 89, el domicilio real es el lugar donde la persona tiene el asiento principal

⁶⁶ Spota, *Tratado*, I, vol. 3º, n° 1261; Borda, Parte General, I, n° 380; Belluscio, *Derecho de familia*, II, n° 537; Zannoni, E. A., *La exclusión o el retiro del hogar conyugal durante el juicio de divorcio*, JA, 1976-III-690, n° V.

⁶⁷ Orgaz, *Personas individuales*, p. 247; Borda, Parte General, I, n° 332; Llambías, Parte General, I, n° 891; Spota, I, vol. 3º, n° 1258; Bussio, I, nota al art. 90, n° 105; Aubry y Rau, I, n° 143, p. 889, nota 7.

e la misma ley 14394 para el supuesto de que la reaptación aconteciese durante el período de prenotación; ello así a pesar de que el último párrafo de este art. 32 vuelve a remitirse a las reglas de la posesión de buena o de mala fe, como lo hizo en el art. 29. Tal como ha quedado legislada la reaptación del ausente, si lo hace durante el período de prenotación, no puede reivindicar los frutos percibidos y no consumidos, pero sí puede hacerlo si la reaptación produce en el período de dominio pleno.

Esto ha sido considerado por algún autor como un error material del legislador, y que, por tanto, donde dice "no consumidos" debe entenderse "no percibidos".³ Otros han criticado la solución dando el acento en la diferente regulación según los períodos, almente injustificada.⁴ Llambías, en cambio, sostiene el acierto de la solución legal, aduciendo que se trata de una aplicación del principio de equidad.⁵

Con relación a los gastos y mejoras efectuados por el heredero, aplican las disposiciones del Código sobre los efectos de la posesión de buena o de mala fe, por lo cual remitimos a lo expuesto en art. 29, § 1 y 2.

La acción del reaparecido para reclamar sus bienes es imprescriptible.⁶

§ 2. Acción de petición de herencia. — Si durante el período de dominio pleno se presentasen herederos preferentes o concurrentes, los herederos podrán ejercer la acción de petición de herencia. El efecto de esta acción corresponde al derecho sucesorio, al cual nos remitimos.

También en el supuesto de articulación de la petición de herencia después de finalizado el período de prenotación, las relaciones demandante con los poseedores de la herencia se rigen por las reglas que regulan los efectos de la posesión de buena o de mala fe. La prescriptibilidad de la acción, en este caso, está regida por el art. 4024 del Código Civil, en cuanto dispone que "después de haber quedado sin efecto la prenotación prevista en el art. 30 de la ley 14394, la acción del cónyuge y descendientes del presunto fallecido para hacer valer sus derechos, prescribe a los diez años. La prescripción rige también para los herederos instituidos en testamento del cual no se tenía conocimiento". Como es natural, la regla se aplica también a los demás herederos legítimos no enumerados expresamente en el artículo, cuando revisten en carácter de

³ Borda, Parte General, I, n.º 297.

⁴ Arauz Castex, I, n.º 761.

⁵ Llambías, Parte General, I, n.º 1040.

⁶ Llambías, Parte General, I, n.º 1043; Borda, Parte General, I, n.º 301 Morello, ob. cit., n.º 80, nota 108, p. 125.

herederos preferentes o concurrentes y han sido excluidos, pues ninguna razón habría para establecer una distinción.

Por consiguiente, no caben aquí las discusiones doctrinales sobre la prescriptibilidad o imprescriptibilidad de la acción de petición de herencia en general. Véase un resumen de las distintas opiniones sistemáticamente realizado por Maffía.⁷

§ 3. Efectos extrapatrimoniales de la reaparición del presunto fallecido. — La patria potestad reaparece juntamente con el ausente, restableciéndose con todos sus efectos. En cambio, la tutela y la curatela, ya sea que el presuntamente muerto sea el representante o el pupilo, deben considerarse extinguidas, sin que renazcan las obligaciones inherentes a una u otra. Ello es así porque si el presuntamente fallecido es el representante, debió haberse designado ya otro; y si era el incapaz, no se justifica que nuevamente se otorgue *ipso jure* la representación a la misma persona.⁸

TÍTULO IX DE LOS MENORES

Art. 126 [Sustituido por ley 17.711, art. 1.º, inc. 14.º]. — Son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de veintidós años.

* El texto original disponía: "Son menores los individuos de uno y otro sexo, que no tuviesen la edad de veintidós años cumplidos".

CONCORDANCIAS: Cód. Civ., arts. 127 a 129, 138 y 139; ley 2393, art. 10. FUENTES: Freitas, art. 62.

§ 1. Fundamento de la incapacidad de los menores. — La incapacidad de las personas que no han cumplido veintidós años de edad halla su fundamento en que hasta ese momento se presume que no han adquirido la suficiente madurez intelectual y de juicio para poder dirigir por sí mismos su persona y administrar y disponer de sus bienes. Además, motivos de orden social imponen la determinación de cierta edad como presunción de habilidad para actuar en la vida jurídica.¹

En ciertos casos puede parecer injusta la solución legal, ya que hay personas que antes de la edad de 21 años revelan suficiente ap-

⁷ Maffía, J. O., La petición de herencia y la prescripción, LL, 138-1089.

⁸ Llambías, Parte General, I, n.º 1046.

¹ Busso, I, nota al art. 116, n.º 1.

para el manejo de sus bienes y de su persona; sin embargo es necesario realizar un fraccionamiento como el que se produce en todas las legislaciones, en una edad determinada, pues con ello se gana el afianzamiento de la seguridad jurídica. Para subsanar estas injusticias individuales existe ahora en nuestro derecho el uso de la emancipación dativa o habilitación de edad (art. 131 Cód. Civil), cuya incorporación había sido propugnada por quienes habían tratado ya el tema².

§ 2. La reforma al Código Civil. Ley 17.711. — El Código Civil había fijado como edad, para adquirir la plena capacidad civil, 22 años. En el momento de sancionarse el Código las legislaciones discrepaban bastante a este respecto, pues en el derecho español se seguía manteniendo la de 25 años que había establecido el derecho de Partidas; el Código Civil chileno también fijó en 25 el límite de la minoridad; el Código de Holanda prefería los 21 años; el francés y el *Esbozo* de Freitas, este último seguido por Sarsfield en la redacción de todo este título, determinaban 21 años. Con posterioridad rigió en España la edad de 23 años; Austria y Hungría la de 24, mientras que en Dinamarca se exigió hasta los 25³.

El término medio que tomó Vélez Sarsfield fue calificado como más racional de todos⁴, aunque se anticipó que, con el tiempo, íbamos de adoptar los 21 años de la legislación francesa⁵.

Al reducir a la edad de 21 años la adquisición de la mayor edad, y 17.711 ha ajustado la legislación nacional a lo que era una prácticamente universal. Sólo los códigos suizo (art. 20) y belga, que la fijan en 20 y 18 años, respectivamente, eran excepciones a esta regla⁶. El actual Código holandés ha rebajado también el límite a 21 años (art. 233), mientras que la ley francesa de 1911 la fija en 18 años.

La reforma había sido propiciada por el Anteproyecto Babiloni, de 1936 y el Anteproyecto de 1954, pero la fuente del artículo es la recomendación III del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, como lo revela la concordancia de esta reforma con las introducidas en los arts. 128 (capacidad laboral del menor que ha cumplido 18 años y capacidad profesional) y 131 (emancipación dativa)⁷.

² Orgaz, *Personas individuales*, ps. 287-88.

³ Collin-Capitant, II, vol. 1, p. 7, nota 2.

⁴ Llerena, I, nota al art. 126, p. 277.

⁵ Machado, I, nota al art. 126, p. 223.

⁶ Borda, *La reforma al Código Civil*, nº 44.

⁷ Arauz Castex, *Reforma de 1968*, Bs. As., 1968, nº 525, p. 52.

§ 3. Carácter de orden público. — Las reglas vinculadas con el atributo de capacidad de las personas son de orden público y los plazos establecidos por la ley no son susceptibles de más o de menos⁸. Por tanto, aunque sólo falte un día para la adquisición de la capacidad por mayoría de edad, el incapaz sigue siendo incapaz⁹.

Art. 127 [SUSTITUIDO POR LEY 17.711, ART. 1º, INC. 15º]. — Son menores impúberes los que aún no tuvieren la edad de catorce años cumplidos, y adultos los que fueren de esta edad hasta los veintún años cumplidos.

• El texto original disponía: "Son menores impúberes los que aún no tuviesen la edad de catorce años cumplidos, y adultos los que fuesen de esta edad hasta los veintidós años cumplidos".

CONCORDANCIAS: Cód. Civ., arts. 54, inc. 2º, 55, 126, 128.

FUENTES: Freitas, art. 63.

§ 1. Menores impúberes y adultos. Antecedentes históricos. — Nuestro Código Civil ha distinguido entre los menores impúberes y los menores adultos. Los primeros son los menores de 14 años de edad; los segundos son los comprendidos entre los 14 años cumplidos hasta el día en que llegan a los 21 años. Es la distinción que surge también de la concordancia de los arts. 54, inc. 2º, y 55.

El derecho romano seguía un sistema más complejo. Se distinguían los *infantes*, que eran los que tenían hasta 7 años cumplidos, considerados absolutamente incapaces. Un segundo período comprendía desde la *infantia* hasta la pubertad, que se adquiría, en la mujer, a los 12 años, y en el hombre, a los 14; el impúber no era absolutamente incapaz, pues podía realizar actos que mejorasen su condición, es decir, aumentasen su patrimonio. Posteriormente se extendió la tercera etapa, desde la pubertad hasta los 25 años, en la cual el menor púber que no tenía curador era, en principio, capaz; pero los actos que le causaban lesión o perjuicio podían ser atacados mediante la *restitutio in integrum*¹.

El derecho de Partidas siguió, en líneas generales, al derecho romano. Según Sánchez Román se clasificaban los menores —en las Partidas— en nueve categorías, y los mayores en dos².

Las legislaciones modernas siguen dos sistemas. Por un lado, el Código alemán representa una de las posibilidades; sigue el sistema romano, distinguiendo dos categorías, según hayan cumplido o no los 7 años de edad. Antes de esa edad la persona es absolu-

⁸ CNGiv, Sala F, 2/12/1971, ED, 41-841.

⁹ CCivCom2ª La Plata, Sala I, 4/9/56, DigLL, p. 723, nº 3.

¹ Collin-Capitant, II, vol. 1, ps. 6-7.

² Sánchez Román, *Derecho civil español común y foral*, Madrid, 1911, t. II, p. 194.

ante incapaz, aun para los actos que le reporten beneficio; pero de los 7 años son capaces para realizar actos beneficiosos que los sometan a obligación alguna. Los códigos peruano y brasileño rigen por el mismo sistema, pero elevan la edad divisoria a 16 años.

La segunda tendencia exhibe mayor ductilidad, ya que no establece categorías rígidas; todos son incapaces hasta los 21 años, menos para los actos precisamente indicados que pueden realizar en función de edades variables³.

§ 2. Crítica de la clasificación. Remisión. — La distinción en derecho en incapaces absolutos e incapaces relativos fundamentalmente está dirigida a la separación de los menores entre los e imputables. Estos últimos están incorporados en el art. 54 de los incapaces absolutos, mientras que los otros lo están en el 55 como incapaces relativos.

Al exponer el art. 55, § 2, hemos puesto de relieve que tanto los menores imputables como los adultos están sometidos a la incapacidad como regla para la generalidad de los actos.

También se ha desestimado el criterio tradicional según el cual el celebrado por un incapaz relativo padece de nulidad relativa, mientras que el otorgado por un incapaz absoluto estaría sancionado con la nulidad absoluta. Hoy es opinión dominante que todos los menores son incapaces, sin que difiera, en una u otra categoría, el funcionamiento de la incapacidad, pues siempre el acto celebrado en función de la incapacidad es nulo y de nulidad relativa, sea el que sea absoluto o relativamente incapaz⁴.

Al mismo tiempo se sostenía como criterio diferenciador de una y otra categorías de menores que los imputables carecen de discernimiento en los actos lícitos (art. 921, Cód. Civil). Pero ya hemos dicho que la capacidad de hecho es la idoneidad del sujeto para ejercer los mismos derechos de que goza o las obligaciones que le imponen; en cambio, el discernimiento es la cualidad o facultad del sujeto en virtud de la cual conoce y distingue lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto. Por tanto, la capacidad sólo incide en la validez del acto; en cambio, la carencia de discernimiento afecta no sólo en la invalidez de lo realizado, sino también en la responsabilidad del agente por las consecuencias de una actividad que le es normalmente imputable⁵ (ver art. 52, § 5-VIII). Por lo tanto, el problema de la responsabilidad es extraño a la materia de la capacidad⁶.

³ Llamblás, Parte general, I, n° 644; Spota, I, vol. 3°, n° 744.

⁴ CNCiv, Sala A, 27/2/70, ED, 35-251. Ver, en cambio, Spota, I, vol. 751-52, 758 y 763.

⁵ CNCiv, Sala A, 13/9/62, JA, 1963-III-55.

⁶ Llamblás, Parte General, I, n° 654.

Además, es evidente que todas las excepciones que se hacen a la incapacidad de los menores no aparecen a partir de los 14 años, sino que gradualmente el Código va otorgando un mayor ámbito de capacidad a medida que el menor va adquiriendo más edad. Tanto es así, que la mayor diferencia se aprecia, no a los 14 años, cuando se pasa de imputable a adulto, sino a los 18 años, que es cuando se adquiere una amplia capacidad laboral y profesional que acarrea consigo facultades de administración y disposición de bienes (art. 128) y que, además, posibilita la emancipación por habilitación de edad (art. 131).

En resumen, fuera de los excepcionales casos en que la ley otorga al menor capacidad de obrar, el menor está —de pleno derecho— afectado por una incapacidad general y total de obrar; y se trata también de una incapacidad absoluta en el sentido de que, contra ella, será vana la prueba de la eventual madurez de hecho⁷.

§ 3. Actos que pueden realizar los menores. — a) A los diez años pueden adquirir por sí mismos la posesión, trátase de una originaria o derivada o traslativa⁸, en virtud de lo establecido por el art. 2392. Es más, un menor de diez años puede usucapir⁹.

b) Antes de los 14 años los menores pueden celebrar contrato de trabajo, con autorización del Ministerio Pupilar, si se ocupan en las empresas en que sólo trabajen los miembros de la misma familia, siempre que no se trate de ocupaciones nocivas, perjudiciales o peligrosas (art. 189, ley 20.744, texto ordenado, ley 21.297).

c) El varón menor de 16 años y la mujer menor de 14 pueden contraer matrimonio válido cuando ésta última haya concebido de aquel con quien pretenda casarse. Puede también obtener dispensa de edad en los supuestos contemplados por el art. 132 del Cód. Penal (art. 14, ley 14.394).

d) El varón mayor de 16 años y la mujer mayor de 14 años pueden contraer matrimonio con asentimiento de sus representantes legales (art. 10, ley 2393, y art. 14, ley 14.394).

e) El art. 1897, Cód. Civil, autoriza a los incapaces a actuar como mandatarios de otro, válidamente respecto de terceros. Aquí se ha planteado la cuestión de si la norma citada sólo comprende a los adultos¹⁰ o también a los imputables, entendiéndose que la ley no hace distinción alguna¹¹.

⁷ Messineo, II, p. 118.

⁸ CCivComSFe, Sala I, 30/4/63, JA, 1963-V-423.

⁹ CNCiv, Sala F, 6/9/60, JA, 1961-III-65; LL, 100-715.

¹⁰ Borda, Contratos, II, Bs. As., 1962, n° 1639; ídem en Parte General, I, n° 484; Machado, V, nota al art. 1897, p. 203.

¹¹ Llamblás, Parte General, I, n° 647; Belluscio, A. C., Manual de derecho de familia, II, n° 542, par. 4, p. 275.

) El mismo problema se plantea con relación al art. 269 del Civil, que autoriza a los menores a contratar suministros que les de urgente necesidad cuando están ausentes de la casa paterna.¹²

) Los menores adultos pueden reconocer hijos extramatrimoniales (art. 286, Cód. Civ.), sin perjuicio del requisito de diferencias de edad resultante del art. 41 del decr. ley 8204/63 a la fecha de nacimiento del hijo que reconocen.

) A partir de los 14 años los menores pueden celebrar contrato de trabajo con autorización paterna. Esta autorización se presunco tal presunción puede ser destruida manifestando el padre su oposición¹³ (art. 204, ley 20.744).

) El art. 275, Cód. Civil, permite a los hijos menores enrolarse en el ejército e ingresar en comunidades religiosas con autorización paterna.

) Los menores adultos que han celebrado contrato de trabajo, no están en juicio relativo a él, así como agremiarse y formar de asociaciones profesionales sin requerir autorización de su representante legal (leyes 18.345, art. 34, 14.455, art. 5º, y 20.615, art. 1º).

) Según el art. 1807, inc. 7º, Cód. Civil, los hijos de familia no pueden, sin licencia de sus padres, lo que adquieren por el ejercicio de alguna profesión o industria. Sobre esta base, y considerando lo que quien puede lo más, puede lo menos, se ha sostenido que a partir de los 14 años tienen también la libre administración de los bienes adquiridos con el trabajo¹⁴.

) Pueden defenderse en juicio criminal desde los 14 años (art. 1807, Cód. Civil).

) Pueden, desde la misma edad, ser testigos en juicio (art. 1807, Cód. Proc. Civ. y Com. Nación).

) A partir de los 18 años pueden otorgar testamento (art. 3614, Cód. Civil).

) También a partir de los 18 años pueden ejercer el comercio independiente para ello por sus padres (arts. 10 a 12, Cód. Civil).

) A partir de los 18 años, según el art. 128, Cód. Civil, pueden celebrar contrato de trabajo en actividad honesta sin requerir autorización paterna.

) Borda, Parte General, I, nº 484; Llambías, Parte General, I, nº 647. SCBsAs, 27/12/74, JA, 27-1975-496; conf. Lorenzo de Ferrando, M. capacidad de los menores en la ley de contrato de trabajo, JA, 29-1975-1060.

3. Lezama, R. M., Un aspecto poco recordado de la capacidad del menor, JA, 18-1975-140.

sentimiento ni autorización de su representante, así como ejercer profesión para la cual hubiesen obtenido título habilitante. En ambos casos pueden administrar y disponer libremente de los bienes adquiridos con su actividad y estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a ella. Adviértase que en el caso del menor que ha adquirido título habilitante para una profesión no es necesario que haya cumplido los 18 años (ver art. 128, § 3, III).

p) Desde los 14 años el menor puede recibir depósito necesario y responder por él (art. 2228), así como también responde del comodatario en caso de haberlo celebrado mediante dolo (art. 2259, Cód. Civil).

Art. 128 [SUSTITUIDO POR LEY 17.711, ART. 1º, INC. 16º]. — Cesa la incapacidad de los menores por la mayor edad, el día en que cumplieren veintinueve años, y por su emancipación antes que fuesen mayores.

Desde los dieciocho 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 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.

* El texto original disponía: "Cesa la incapacidad de los menores por la mayor edad, el día en que cumplieren veintidós años, y por su emancipación antes que fuesen mayores".

CONCORDANCIAS: Cód. Civ., arts. 6º, 7º, 14, inc. 4º, 54, inc. 2º, 56, 58, 59, 61, 62, 126, 127, 131 a 136.

FUENTES: Freitas, art. 64; Recomendación III, ap. III, del Tercer Congreso de Derecho Civil (Córdoba, 1961).

§ 1. Mayoría de edad. Momento en que se adquiere. — La mayoría de edad se adquiere a la cero hora del día en que se cumplen los 21 años, lo cual constituye una excepción a las reglas establecidas en los arts. 24 y 25 del Código respecto del modo de contar los intervalos de tiempo. Según estos dos artículos citados, el plazo debería cumplirse a las 24 horas de ese día, por lo que el menor seguiría siendo incapaz durante el día del vigésimo primer cumpleaños. Sin embargo, como ha quedado expresado, la ley hace excepción a la regla en este caso.

La mayoría se adquiere sin necesidad de formalidad alguna (art. 129, Cód. Civil).

temos dicho ya que las reglas vinculadas con el atributo de capacidad de las personas son de orden público y los plazos establecidos por la ley no son susceptibles de más o de menos¹ y, por tanto, que sólo falte un día para el advenimiento de la capacidad a yoría de edad, el incapaz sigue siendo tal², en cuanto a los requisitos y efectos de la mayoría de edad remite al comentario del art. 129, y sobre la entrega de los bienes a paz que ha dejado de serlo véase el art. 130.

2. **Emancipación. Concepto y clases.** — La emancipación se da bajo formas y con sentidos diferentes en los distintos ordenamientos jurídicos, aunque siempre bajo el signo que señala el de una solución para el problema que crea la falta de capacidad en personas aptas para tenerla. Es decir que todas las soluciones legislativas concurren a satisfacer la necesidad de dar capacidad anticipada al menor de edad³. En resumen, la emancipación supone una declaración anticipada de capacidad.

La emancipación puede ser necesaria en dos circunstancias totalmente diferentes. La primera es el caso del matrimonio, pues se han constituido una nueva familia deben tener un ámbito de capacidad amplio, ya que lo necesitan para el manejo de la sociedad conyugal y de la familia en general. Así, todas las legislaciones han consagrado la emancipación por matrimonio, dando un más o menos amplio de capacidad a los conyuges menores⁴.

El segundo caso, que se ha ido imponiendo en todas las legislaciones consiste en posibilitar a los padres que emancipen a sus hijos desde la edad a los efectos de otorgarles plena capacidad, reservando sólo para algunos actos: es lo que se denomina emancipación o habilitación de edad o también emancipación por habilitación de edad.

En dicho, al comentar la introducción de la institución en la ley, que es ella verdaderamente trascendente y obedece a una necesidad impostergable de la juventud moderna. Tanto la evolución como un desarrollo más precoz de las facultades mentales, la conciencia de los nuevos métodos educativos y del progreso de los medios de difusión, justifican esta reforma incorporada⁵. En las instituciones, la emancipación por matrimonio y la dación de habilitación de edad, se estudiarán en el comentario a los arts. 1 y siguientes.

¹ NCiv, Sala F, 2/12/971, ED, 41-841.

² CivCom2 La Plata, Sala I, 4/9/56, DfLL, I, p. 723, nº 3.

³ Morga, E. E., voz *Emancipación*, en "Enciclopedia Jurídica Omba", t. 878 y siguientes.

⁴ Borda, *La reforma de 1968 al Código Civil*, nº 45.

§ 3. **Capacidad laboral y profesional del menor que ha cumplido 18 años.** — I. *Fuente.* El apartado III de la Recomendación 3ª del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en la ciudad de Córdoba el año 1961, rezaba así: "Los menores de uno y otro sexo que hayan cumplido 18 años, aun cuando no se encuentren emancipados o habilitados de edad, pueden prestar su trabajo personal, concertar los contratos correspondientes y ejercer los derechos y acciones que de ellos resulten". "Podrán actuar directamente en juicios atinentes a la relación laboral, como actores o demandados, con intervención del Ministerio de Menores"⁶.

Esta recomendación es la fuente directa e inmediata de la última parte del art. 128 incorporada por la ley 17.711.

II. *Distintos supuestos.* Ante todo cabe destacar que la ley ha previsto dos supuestos diferentes: a) el del menor que ha cumplido 18 años, y que, desde ese mismo momento, puede celebrar contrato de trabajo sin necesidad de autorización paterna; b) el caso del menor que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión, quien puede ejercerla sin necesidad de autorización. El menor que posee título profesional no necesita haber cumplido 18 años de edad⁶. Es decir que el título lo habilita por sí solo; la razón es que resulta meridianamente claro que la ley contempla los dos casos individualmente, con presupuestos fácticos diversos, como quedó antes expuesto; se confirma esta apreciación por la última parte del art. 128, que dice "...en los dos supuestos precedentes"⁷.

III. *Necesidad de que se trate de actividad honesta.* La excepción de que a partir de los 18 años pueden los menores celebrar contratos de trabajo sin consentimiento paterno, se refiere a contratos de trabajo en actividad honesta; no se considera tal la actividad de quien posa para fotografías que hayan de publicarse en actitudes susceptibles de ser consideradas obscenas, impúdicas o inmoral. En tales casos el consentimiento del menor, aun cuando falten sólo seis meses para su mayoría de edad, por ser expreso el mandato de la ley, debió integrarse con la conformidad de su representante, que en el ejercicio de la patria potestad está obligado a velar por la integridad moral del menor y oponerse a todos los actos que pueden menoscabar su dignidad o buen nombre. Ello así porque

⁶ Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, II, p. 771.

⁷ Conf. Llambías, Parte General, I, nº 650 bis y nota 650 bis, I; Borda, *La reforma*, cit., nº 45; Molinario, A. D., *La capacidad de los menores de edad que ejercen profesión*, JA, Doctrina, 1972, ps. 669 y siguientes. En contra Smith, J. C., *Consideraciones sobre la reforma del Código Civil*, LL, 130-1016; Bustamante Alsina, J. H., *El nuevo régimen de las incapacidades según la reciente reforma del Código Civil*, LL, 130-1046. En la primera posición, también Ratto Benegas, P., y Sassot, R. A., *Capacidad de los menores para trabajar y ejercer profesiones*, JA, 1969, Doctrina, p. 554.

⁸ Llambías, Parte General, I, nº 650 bis.

incapacidad de los menores sólo cesa por la mayoría o la emancipación, y aunque estén facultados para celebrar contratos de trabajo, siguen siendo fundamentalmente incapaces.⁸

IV. *Capacidad patrimonial.* El art. 128, en su último apartado, dice que en los dos supuestos el menor puede administrar y disponer libremente de los bienes que adquiere con el producto de su trabajo. Esto da lugar a una interesante cuestión: es necesario terminar en qué medida puede obligarse el menor adulto que baja.

Por un lado, una tesis amplia sostiene que por el solo hecho de bajar, los menores adultos tendrían plena capacidad civil en lo concerniente a los contratos celebrados con motivo de su actividad profesional, así como para administrar y disponer libremente de los bienes adquiridos por su trabajo y contraer obligaciones "sin limitaciones". De tal manera que el menor podría adquirir un inmueble en cuotas aunque no tuviese en su patrimonio la totalidad del precio, por cuanto el saldo sin pagar podría ser garantizado con hipoteca. Esta opinión se funda en los siguientes tres argumentos: 1º) El art. 128 otorga capacidad laboral al menor con la prescindencia de autorización o consentimiento de su representante, lo cual ha constituido la modificación parcial de los arts. 274, 5 y 280 del mismo Cód. Civil. 2º) En segundo lugar, de acuerdo al mismo art. 128, los menores pueden administrar y disponer libremente de los bienes que adquieren con su trabajo. 3º) El menor que adquiere bienes con el producto de su trabajo demuestra espíritu conservador, lo cual hace presumir que dispondrá de los con acierto.⁹

La tesis restrictiva que sustenta Molinario, la enuncia de la siguiente manera: los menores que han cumplido 18 años de edad, o que no habiendo llegado a ese límite han obtenido título habilitante para ejercer una profesión, cuando unos y otros trabajan, están autorizados para contratar sus servicios, pudiendo administrar y disponer libremente del producto de ellos, así como también de los bienes que hayan adquirido merced a la capitalización de lo obtenido con su trabajo. De manera que sólo podría adquirir bienes con contado, es decir, con el producto de su trabajo ya realizado, pero no con capitalizado, pues de ninguna manera pueden obligarse a pagar sumas de dinero o a realizar prestaciones en el futuro. Esto funda en que la ley argentina sólo les permitiría contratar su actividad, administrar y disponer libremente del producto de ella y no aparecer en juicio civil o penal vinculado a la actividad prestada.

⁸ CNCiv, Sala F, 2/12/71, ED, 41-841.

⁹ Molinario, ob. cit., n° 13. Ver Barba, *La reforma*, ob. cit., n° 46.

o a los bienes adquiridos merced a la misma. Se tiene en cuenta que los menores de 21 años son, en principio, incapaces de hecho, razón por la cual sólo pueden actuar por sí en los casos en que la ley expresamente les otorga dicha posibilidad. Además, sigue subsistiendo la patria potestad, y si bien los párrafos 2º y 3º del art. 128 limitan los alcances de los arts. 274, 275, 277, 287, inc. 2º, 288 y 293, en todo lo demás continúa subsistiendo. Agrega Molinario argumentos a su juicio ratificadores: si fuese exacta la posición amplia resultaría que en el ámbito patrimonial todos los menores, a partir de los 18 años, tendrían plena capacidad para contraer obligaciones, dado que en la realidad fáctica, entre los 18 y 21 años, son muy pocos los que no trabajan; además, si se otorgara plena capacidad patrimonial pasiva a los menores que han cumplido 18 años y que trabajan, quedaría violado el art. 55, pues se extendería la capacidad a supuestos no expresamente mencionados en el art. 128, párrafo 3º. Por último, se abriría la puerta a nuevas posibilidades de fraude, pues el menor que hubiera gastado todo lo adquirido con el fruto de su trabajo podría contraer obligaciones en forma ilimitada, contando para ello con la posibilidad de mejoramiento de la fortuna inicial por futuras herencias: la usura estaría así de parabienes.¹⁰

V. *Especificación del origen de los bienes.* Otro de los aspectos interesantes a que da lugar la extensa capacidad patrimonial de los menores que trabajan, es qué determina el origen de los bienes de los cuales eventualmente pueda disponer el menor, especialmente del dinero con el que se proceda a la adquisición de un inmueble. Este problema guarda analogía con el del art. 1246 del Cód. Civil, referente a los bienes adquiridos con dinero de la mujer, y por el cual se exige que se indique cómo el dinero pertenece a ella. Haciendo aplicación de estas ideas se ha sostenido que será indispensable consignar en la escritura traslativa de dominio de un inmueble adquirido por un menor que trabaja, que el dinero que invierte proviene de su trabajo personal con indicación precisa de los datos correspondientes.¹¹

VI. *Capacidad procesal.* Correlativamente con la capacidad patrimonial nace la capacidad procesal, pues se autoriza a estos menores a estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a su trabajo o a los bienes adquiridos con él. En cuanto a la posibilidad de estar en juicio laboral, estaba ya consagrada por el decreto ley 32.247/44 y la ley 18.345; pero necesariamente debe intervenir un representante del Ministerio Público de Trabajo en el proceso como defensor del incapaz, en forma directa, juntamente con sus

¹⁰ Molinario, ob. cit., n° 15-18.

¹¹ Raffo Benegas y Sassot, ob. cit., lug. citado.

representantes legales o convencionales¹². Antes de la reforma al art. 128 se había dicho que la posibilidad de que los menores comparecieran en juicio en el fuero laboral sin intervención de los padres representantes necesarios estaba supeditada a la previa autorización del Ministerio Pupilar; de modo que el mandato otorgado sin ese requisito inexcusable carecía de validez y era nulo, por consiguiente, el interdicción de partes logrado con actuación del mandatario instituido en esas condiciones, sin que la posterior conformidad del Asesor de Menores pudiera convalidar en el caso las omisiones anteriores¹³. Por otro lado entendemos que esta doctrina judicial ha dejado de ser aplicable a los menores que hayan cumplido 18 años, pues los derechos controvertidos de los que pudiese disponer el menor en juicio oral o de otra índole, en cuanto tengan contenido patrimonial, quedan comprendidos dentro de su capacidad de disponer de sus bienes (cosas y derechos) que le ha otorgado el nuevo art. 128.

Art. 129. — La mayor edad habilita, desde el día que comenza para el ejercicio de todos los actos de la vida civil, sin depender de formalidad alguna o autorización de los padres, tutores o jueces.

CONCORDANCIAS: Cód. Civ., arts. 126, 130.
FUENTES: Freitas, art. 65.

§ 1. Adquisición de la capacidad de pleno derecho. — Los arts. 128 y 130 hacen referencia a la misma cuestión, que es la adquisición de pleno derecho de la capacidad por mayor edad, la que no sujeta a ninguna formalidad. La nota al art. 66 del *Esboço* de Freitas explica la función de estos artículos, diciendo que "de esta manera se desvanece la creencia de algunos que piensan que es necesaria una carta de emancipación para los menores que llegan a la mayoría; asimismo que será válido todo contrato hecho por menores que lleguen a la mayoría desde el día en que termina el período de la minoridad, aun antes de haber ocurrido al juez, previo su certificado de edad y haber recibido sus bienes"¹⁴. De forma los actos jurídicos realizados por quien ha cumplido la mayoría de veintinueve años son válidos aunque ninguna autoridad lo ha declarado mayor².

§ 2. Efectos. Remisión. — El fundamental efecto que se produce es la cesación de la incapacidad de hecho y como tal, la adquisición de la plena capacidad civil del sujeto. Esto trae como principal consecuencia la posibilidad de confirmación de los actos

¹² CNTrib, Sala IV, 26/12/60, LL, 102-265.

¹³ SCBsAs, 10/11/59, LL, 96-369.

¹⁴ Freitas, *Esboço*, nota al art. 66.

² Machado, I, nota al art. 129, ps. 225-26.

jurídicos celebrados con anterioridad a ese momento. Sobre el instituto de la confirmación remitimos al art. 1064³.

Art. 130. — 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.

CONCORDANCIAS: Cód. Civ., arts. 6º, 7º, 10, 70 a 86, 130, 138 y 139.
FUENTES: Freitas, art. 66.

§ 1. Prueba de la mayor edad. — La mayor edad se probará mediante el procedimiento establecido en los arts. 79 y ss., es decir, mediante las partidas correspondientes, sin requerirse ninguna otra formalidad especial.

Desde el momento mismo en que llega a la mayor edad, el menor puede tomar la posesión y administración de los bienes que le correspondan. Y si ello dependiese de autorización judicial, el magistrado está obligado a entregar los bienes sin requerir otra prueba que la de la edad. Aun así, debe considerarse válido todo contrato celebrado por quien llegó a la mayoría sobre los bienes cuya entrega se produzca¹.

Art. 131 [SUSTITUIDO POR LEY 17.711, ART. 1º, INC. 17º]. — Los menores que contrajeren matrimonio se emancipan y adquieren capacidad civil con las limitaciones previstas en el art. 134.

Si se hubieren casado sin autorización, no tendrán hasta los veintinueve 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.

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 paterna se otorgará por escritura pública que deberá inscribirse en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Tratándose de la habilitación judicial bastará la inscripción de la sentencia en el Registro.

A los efectos del ejercicio del comercio por el habilitado, deberá cumplirse con las disposiciones del Código respectivo.

³ Busso, I, nota al art. 129, nº 9.

¹ Freitas, *Esboço*, nota al art. 66.

La habilitación podrá revocarse judicialmente cuando los actos del menor demuestren su inconveniencia, a pedido del padre, quien ejercía la tutela al tiempo de acordarla o del Ministerio Público.

El texto original disponía: "La emancipación de los menores, sin distinción de sexo, sólo tendrá lugar en el caso de matrimonio de éstos, sin depender tampoco de formalidad alguna, cualquiera que fuese la edad en que se hubieren casado, con tal que el matrimonio se hubiese celebrado con la autorización necesaria, conforme a lo dispuesto en este Código".

CORDANCIAS: Cód. Civ., arts. 128, 132 a 137 y 465; ley 2393, art. 13. **NOTAS:** Freitas, art. 67; Recomendación III, ap. II; Tercer Congreso Nacional Derecho Civil (Córdoba, 1961); Proyecto de 1936, art. 43, inc. 2º; Anteproyecto de 1954, arts. 84/5; Cód. Civ. del Brasil, art. 9º, ap. I.

§ 1. Emancipación. Concepto. Clases. Antecedentes. — I. *Concepto.* Emancipación es la institución en virtud de la cual se libera al menor de la patria potestad, confiriéndole el gobierno de persona y una capacidad limitada en el ámbito patrimonial¹. Es, como dijimos al comentar el art. 128, una anticipación de la plena capacidad que se adquiere con la mayor edad².

La finalidad de la emancipación es abrir un período intermedio entre el de la incapacidad de principio y el de la plena capacidad; permite al menor hacer una especie de noviciado, iniciarse gradualmente en la práctica de la vida jurídica y de los negocios³.

II. *Clases.* Hay dos clases de emancipación: la tácita o legal, que se produce automáticamente con el matrimonio del menor⁴, y la emancipación expresa, voluntaria, dativa o habilitación de edad, desconocida por el Código Civil argentino hasta la reforma de ley 17.711, ha sido incorporada en virtud de los agregados realizados a este art. 131, y que consiste en la anticipación de capacidad conferida por quien se encuentra en el ejercicio de la patria potestad con el consentimiento del incapaz. Por último, existe la emancipación comercial, que en nuestro derecho está reglamentada en arts. 10 a 12 del Cód. Com., y en virtud de la cual un menor que cumplido 18 años puede ser autorizado, expresa o tácitamente, su padre para el ejercicio del comercio; más adelante veremos

¹ Collin-Capitant, II, vol. 1, p. 226; Planiol-Ripert, *Tratado práctico*, p. 615, p. 580; Salvat, *Parte General*, I, n° 744.

² Borge, E. E., en "Enciclopedia Jurídica Omeba", t. IX, n° 879; Llanos, *Parte General*, n° 681.

³ Josseland, n° 323, p. 275.

⁴ Busso, I, nota al art. 131, n° 9; Planiol-Ripert, *Tratado práctico*, I, t. 7, p. 531-52 y nota 1; Llanos, *Parte General*, n° 662 y 666 bis; Collin-Capitant, II, vol. I, ps. 229-30; Sánchez Román, *Derecho civil*, cit., II, ps. 196-197; Josseland, n° 324, p. 276.

la importancia que tienen la emancipación tácita y la dativa con relación al ejercicio del comercio.

III. *Antecedentes.* En el derecho romano el hijo de familia estaba sometido a la patria potestad aun después de haber llegado a la mayoría de edad. Sin embargo, se podía producir la emancipación en el caso de matrimonio del hijo seguido de vida propia e independiente⁵; además, Constantino introdujo la *venia aetatis*, por la cual los varones de 20 años y las mujeres de 18 podían impetrar del príncipe la declaración de plena capacidad, si bien no se los facultaba para enajenar o pignorar los bienes inmuebles⁶.

En el derecho de Partidas, la venia de edad o *venia aetatis* era la gracia concedida por el poder público a los menores otorgándoles consideración legal relativa de mayoría de edad; esta venia de edad podía ser general o especial: la primera se otorgaba por disposición de la ley, en general, sin distinción de personas, a todas las comprendidas en el supuesto previamente fijado por ella, por ejemplo, los casados mayores de 18 años de edad; la capacidad así obtenida era relativa, toda vez que no proporcionaba tan extensa capacidad de obrar como los propiamente mayores. La especial se concedía específicamente a un menor determinado, mediante la justificación de sus condiciones de sensatez, cordura y discreción, instruyendo al efecto un expediente judicial, en virtud de gracia al casar; la opción más general es que sólo podían obtener esta dispensa a los 20 años los hombres y 18 las mujeres; la capacidad así obtenida era idéntica a la del supuesto anterior⁷.

Téngase presente que tanto en el derecho romano como en las Partidas la mayoría de edad se obtenía a los 25 años.

En el derecho francés se conocen ambas instituciones. La emancipación legal o tácita, que se produce de pleno derecho por el matrimonio del menor (art. 476), y la emancipación voluntaria o expresa, que es decretada, de haber justos motivos, por el juez de las tutelas, a pedido del padre y la madre o de uno de ellos, si el menor ha cumplido dieciséis años (art. 477, párr. 1º y 2º). Si el pedido es presentado por uno solo de los padres, el juez debe decidir, después de haber oído al otro, salvo que éste se halle incapacitado (art. 477, párr. 3º). El menor sin padre ni madre puede ser emancipado del mismo modo a pedido del consejo de familia (art. 478)⁸.

⁵ Salvat, *Parte General*, I, n° 745 y nota 46.

⁶ Bonfante, *Instituciones de derecho romano*, Madrid, 1959, p. 58; Iglesias, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, Barcelona, 1958, p. 527, nota 99.

⁷ Sánchez Román, *Derecho civil*, cit., II, p. 196; Nov. rec., lib. X, tit. II, leyes 7 y 14.

⁸ Texto según ley 74-371.

Freitas, por el contrario, sólo aceptó la emancipación tácita o r matrimonio; desechó la emancipación dativa, y explica sus fundamentos en la nota al art. 67 del *Esbozo*, donde dice que "dejo de loptar la otra emancipación que actualmente se concede a los menores de 20 años y de 18, porque si estos plazos guardaban proporción con los 25 años de término de minoridad según la legislación tigua, no la guarda hoy una vez que ese término es de 21 años". En el derecho patrio la emancipación dativa existió por aplicación de la legislación alfoncina; una ley de la provincia de Buenos del 17 de noviembre de 1824 autorizó al Gobierno de la provincia para que resolviera los pedidos de los menores que tuviesen de a 25 años, para obtener la administración de sus bienes.⁹

Vélez nada dice al respecto, pero siguió el sistema de Freitas, sechando así la emancipación por habilitación de edad.

§ 2. Emancipación por matrimonio. Fundamento. Caracteres. Consecuencias. — I. *Fundamento*. Contraído el matrimonio por menor, se produce *ipso jure* su emancipación. Esto encuentra su fundamento en la incompatibilidad del estado de casado con la dependencia del menor respecto de sus padres o tutores¹⁰. En efecto, la patria potestad, el usufructo de los bienes del menor como echo de los padres, la administración y representación legal que atañe, así como la representación y administración del tutor, urían en pleno desacuerdo con el nuevo estado civil que adquiere menor con su matrimonio¹¹. Así, pues, desde que contrae matrimonio el menor podrá gobernar su persona y la de sus hijos. v pecto de su cónyuge cumplir con los deberes extrapatrimoniales emanan del vínculo matrimonial y que son recíprocos: asistencia yuda mutua¹².

II. *Caracteres*. La emancipación por matrimonio tiene los siguientes caracteres: a) se produce *ipso jure*, es decir automática- te, cualquiera que sea la edad del menor, como una consecuencia que sigue ineludiblemente a la celebración del matrimonio¹³; es de orden público, lo cual significa que los padres, al autorizar matrimonio del menor, no podrán formular reserva alguna en nto a su emancipación; toda estipulación contraria sería nula y

de ningún valor¹⁴; c) es irrevocable o definitiva, en el sentido de que no es susceptible de revocación ni aun en el caso de disolución del matrimonio, sea que ésta se produzca por la muerte de uno de los cónyuges o por el divorcio vincular si estuviese admitido; mucho menos aún en el divorcio contemplado actualmente por nuestra legislación civil¹⁵. Adviértase que para que la emancipación produzca sus plenos efectos es necesario que el matrimonio sea válido, pero como el matrimonio se presume válido hasta la sentencia de anulación, ésta no puede perjudicar a los terceros actuantes en actos anteriores a ella¹⁶ (ver sobre los efectos de la nulidad del matrimonio el art. 132 y su comentario).

III. *Necesidad de la autorización. Sanción por defecto*. Dos son los requisitos que exige la legislación argentina para que se produzca la emancipación por matrimonio. Uno, como quedó expresado, que se trate de matrimonio válido (art. 132); el segundo, que el matrimonio sea celebrado con autorización, que como es sabido debe ser otorgada por el padre, o en su defecto por la madre en ejercicio de la patria potestad, o por el tutor, o subsidiariamente por el juez, aun ante la oposición de los padres o del tutor, mediante el llamado juicio de disenso (arts. 10, 11, 23 y 24 de la ley 2393).

Si bien es remota, cabe plantearse la posibilidad de que el matrimonio sea celebrado por los menores sin la mencionada autorización, sea por inadvertencia del oficial del registro civil, sea porque los menores hubieran disimulado su inhabilidad para la celebración del acto. ¿Cuál es entonces la sanción que corresponde?

El antiguo art. 131 parecía indicar que no se producía la emancipación, pues según la fuente, el art. 70 del *Esbozo* de Freitas, la autorización paterna funcionaba como *conditio sine qua non* para que se produjera el efecto de la emancipación¹⁷. Por esta consideración, parte de la doctrina estimó que no se podía tener por emancipado al menor que hubiese contraído matrimonio sin autorización¹⁸.

Otro sector partía de que el art. 13 de la ley 2393, establecía que casándose los menores sin autorización necesaria, les serían negadas la administración y posesión de sus bienes hasta que fueran mayores de edad, no habiendo medio alguno para cubrir la falta de autorización. Reproducía prácticamente el art. 177 del *Esbozo*,

¹⁴ Colin - Capitant, II, vol. I, lug. cit.; Josseland, n° 324, p. 276; Planiol - Ripert, *Tratado práctico*, I, n° 615, p. 580.

¹⁵ Colin - Capitant, II, vol. I, lug. cit.; Josseland, lug. cit.; Busso, I, nota al art. 131, n° 11; Spota, I, vol. 32, n° 780.

¹⁶ Planiol - Ripert, *Tratado práctico*, I, n° 618, p. 582 y nota 2.

¹⁷ Ver Spota, I, vol. 32, n° 778, a, y nota 357.

¹⁸ Segovia, I, nota al art. 177, p. 52; Llerena, I, nota al art. 131, p. 280. Cfr. Lagonarino, C.A.R., *Matrimonio*, en "Enciclopedia Jurídica Omeba", t. XIX, p. 146, n° 29; Belluscio, A. C., *Derecho de familia*, I, n° 210, ps. 423/24.

⁹ Prado y Rojas, *Leyes y decretos promulgados en la Pein. de Bs. As. de a 1873*, III, p. 54, cit. por Llabrias en *Reforma al Código Civil. Ley 11*, Bs. As., 1969, cap. II, n° 4, nota 25, ps. 31-32.

¹⁰ Planiol - Ripert, *Tratado práctico*, I, n° 618, p. 583; Colin - Capitant, vol. I, lug. cit.; Salvat - López Oladregui, I, n° 748-A; Arauz Castex, I, n° Busso, I, nota al art. 131, n° 2.

¹¹ Spota, I, vol. 32, n° 769.

¹² Spota, I, vol. 32, n° 771-B.

¹³ Busso, I, nota al art. 131, n° 9.

con una gran diferencia, pues el antecedente terminaba diciendo "...y se reputarán incapaces como si no fuesen casados". De se habría seguido que la voluntad de la ley era restringir la acción por falta de autorización exclusivamente a la privación de administración y posesión de los bienes hasta la mayoría, pero tornar ineficaz el matrimonio con relación a la emancipación; decir que ésta se habría producido aun habiéndose celebrado autorización el matrimonio.¹⁹

La situación actual plantea la cuestión de si este art. 13 de la 2393 ha sido o no derogado implícitamente por la ley 17.711. En el párrafo 2º del art. 121, establece como sanción para el matrimonio sin autorización la privación de la administración y disposición de los bienes recibidos o que se reciban a título gratuito, inuando respecto de estos bienes el régimen legal vigente de los menores, salvo ulterior habilitación. La reforma tiene singular trascendencia, pues implica: a) aclarar definitivamente la cuestión de aun celebrado sin autorización el matrimonio, produce la emancipación automática de los menores; b) la única sanción es la privación de la administración y disposición de los bienes recibidos a título gratuito; c) esto significa dejar vacío de contenido el art. 13 de la 2393, pues éste privaba a los menores de la administración y disposición de "todos" los bienes; d) en el régimen del art. 13 no había posibilidad alguna de evitar la sanción, pues claramente decía "...no á medio alguno de suplir la falta de autorización"; en cambio, y 17.711 permite sanear el defecto original por medio de la habilitación de edad.

A la luz de estas disquisiciones se ha considerado que el art. 13 de la ley 2393 ha sido implícitamente derogado por la reforma al 131 introducida por la ley 17.711.²⁰

IV. *Efectos de la emancipación por el matrimonio.* De la interacción conjugada de los arts. 128, 131 y 133, se desprende que la emancipación legal trae como consecuencia la cesación de la incapacidad del menor: adquiere capacidad civil con las limitaciones previstas en los arts. 134 y 135, y por tanto se lo considera habilitado para todos los actos de la vida civil (art. 133). En resumen: el menor emancipado adquiere la plena capacidad civil, salvo las limitaciones expresamente establecidas por los arts. 134 y 135. Sin embargo, se plantean algunas cuestiones en el ámbito extramatrimonial; ellas son:

¹⁹ Spota, I, vol. 3º, lug. cit. en nota 15; Borda, *La reforma*, cit., n.º 63 y 85; Salvat, Parte General, I, n.º 751; Llanabias, Parte General, n.º 665; Marín, I, n.º 535.

²⁰ Borda, *La reforma*, cit., n.º 63; Arauz Castex, *Reforma de 1968*, Bs. As., n.º 534, p. 56; Belluscio, A. C., *Derecho de familia*, I, n.º 211; Clariá, *Emancipación*, ED, 56-741.

a) *Capacidad para testar del menor emancipado.* El art. 3614 prohíbe testar a los menores de 18 años de uno y otro sexo; el problema hermenéutico es concluir si la reforma introducida por la ley 17.711, en los arts. 131, 133, 134 y 135 ha tenido como consecuencia limitar el alcance de ese art. 3614 a los menores no emancipados por matrimonio o si, por el contrario, sigue rigiendo en su máxima extensión. Una parte de la doctrina entiende que las modificaciones introducidas a los arts. 134 y 135, especialmente este último, llevan a la primera solución, es decir que el emancipado menor de 18 años puede testar, puesto que las limitaciones del art. 134 se refieren a los actos taxativamente enumerados en él, mientras que el art. 135 se refiere a actos de administración y disposición de bienes recibidos a título gratuito, entre vivos.²¹ Pero debe señalarse que, en cambio, Fassi entiende que si bien el art. 133 consagra el amplísimo principio general de la plena capacidad civil de los casados, esa regla cede ante las expresas excepciones establecidas en los arts. 134 y 135, y además, no puede dejar de tenerse en cuenta la del 3614, que prohíbe testar a todo menor de 18 años sin distinguir entre emancipado y no emancipado, por lo cual se lo debe entender a la letra.²²

b) *Capacidad para ser tutor y curador.* Los arts. 398, inc. 1º, y 475 establecen que los menores no pueden ser tutores ni curadores. Se sostiene que estos artículos se refieren solamente a los menores incapaces, es decir, que encontrándose los emancipados habilitados pueden ejercer estas funciones cuasi familiares. Para establecer esa conclusión se hizo mérito del art. 7º de la ley 11.357 que reconoció a la menor casada los mismos derechos que a la mayor.²³ Con otro criterio, se sostuvo que dicha norma no autorizaba tal conclusión, y que aún ahora la cuestión es dudosa por la falta de capacidad plena de los emancipados.²⁴

c) *Efectos patrimoniales.* Remisión. Véanse los arts. 134 y 135.

§ 3. *Emancipación dativa. Concepto. Fundamento. Caracteres. Formas.* — I. *Concepto.* Como hemos dicho, la emancipación dativa expresa o habilitación de edad es la institución en virtud de la cual el padre o el tutor, con intervención de la autoridad judicial en este segundo caso, capacitan al menor que ha cumplido por lo menos la edad de 18 años para todos los actos de la vida civil, con las excepciones expresamente consignadas.

II. *Fundamento.* Decia Machado, al comentar el art. 126, que "... al presente la difusión de la enseñanza, la baratura de los libros,

²¹ Quinteros, F., *Los menores de 18 años emancipados y su capacidad para testar después de la reforma introducida por la ley 17.711*, LL, 150-1165; Borda, *Sucesiones*, II, Bs. As., 1970, n.º 1073.

²² Fassi, S., *Tratado de los testamentos*, Bs. As., 1970, vol. I, § 75.

²³ Borda, *La reforma*, cit., n.º 57.

²⁴ Belluscio, *Manual de derecho de familia*, II, n.º 574 a p. 521.

irculación de las revistas y la diaria instrucción del periodismo en que la inteligencia se extienda, y adquiera el hombre mayor a de conocimientos para dirigir su vida, en un tiempo menor en la antigüedad. Un joven de 22 años, al presente, tiene relativamente mayor capacidad intelectual para gobernarse que uno de hora un siglo. Así, opinamos que con el tiempo adoptaremos 21 años de la legislación francesa". Es evidente que Machado listo con claridad el desenvolvimiento de las relaciones sociales l mundo moderno; hoy podríamos decir lo mismo que él expre- a fines del siglo pasado, aunque quizás utilizando otra termi- gía: el acceso a las fuentes de cultura, la masiva incorporación enseñanza universitaria, la urgente e imperiosa necesidad de ujar que tienen hoy día los menores, hacen necesario en muchos ; anticipar su capacidad civil, siempre y cuando demuestren a adres o tutores que se hallan en condiciones de hacer frente a uevas responsabilidades que su estado de capaces les imponga. otra parte, al no otorgarse la capacidad civil en forma idéntica que se obtiene con la mayoría de edad, se constituye esta eman- ción en un período intermedio entre la incapacidad total y la cidad plena, permitiendo al menor iniciarse gradualmente en la ica de la vida jurídica y de los negocios²⁶.

(II. *Caracteres.* a) La emancipación dativa es un acto volun- pues sólo puede provenir de una manifestación de voluntad de i está habilitado para ello; en su caso, el padre que se encuentre ejercicio de la patria potestad, y si no, el tutor o el menor por smo, que pueden solicitarlo a la autoridad judicial competente; i revocable (art. 131, *in fine*); c) es formal, pues si emana del ; en el ejercicio de la patria potestad, es necesario que su mani- ción de voluntad se exprese en escritura pública, y si enana- tutor o del menor mismo, es indispensable la sentencia²⁷; d) es ca, en el sentido de que todos los requisitos de forma están lecidos con miras a la publicidad, la cual encuentra su último in en la necesaria inscripción de la escritura pública o de la ncia en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Perso- ; e) es de orden público, en el sentido de que, concedida la tación por el padre o por el juez, no puede establecerse un en de capacidad diferente del regulado por el Código Civil; es no puede ampliarse ni restringirse la capacidad del menor eman- o, ni por el acto voluntario del padre, ni por el jurisdiccional.

V. *Forma.* La ley 17.711 ha establecido dos procedimientos tos para el otorgamiento de la habilitación de edad. El pri-

²⁶ Josseland, n° 323, p. 275; Planiol-Ripert, *Tratado práctico*, I, n° 581.

²⁷ Ver Ibarlucea, A., *Emancipación por matrimonio y emancipación por acción de edad*, LL, 130-1141.

²⁸ Bustamante Alsina, ob. cit., lug. citado.

mero es cuando el menor se encuentre sometido al ejercicio de la patria potestad; entonces dicho otorgamiento sólo procede por el acto voluntario del titular de la patria potestad manifestado en escritura pública. Aquí se plantea la importante cuestión de si se requiere o no la conformidad del menor para que el acto produzca los efectos a que está destinado. En doctrina, uno de los primeros y más autorizados comentaristas de la ley 17.711 dijo que "llama la atención que pueda omitirse la conformidad del menor"²⁸; sin embargo, otro autores no ven en este criterio una recta interpretación de la ley, pues de admitirse la voluntad unilateral del padre como factor suficiente, cabría temer que algún padre separado de su familia utilizara este medio para desentenderse de su obligación alimentaria o evitar que la madre reclamara la tenencia de sus hijos. El menor de 18 años tiene pleno discernimiento y su voluntad debe ser oída, y en caso de discrepancia la decisión debe quedar en manos del juez²⁹. Al respecto se ha pronunciado un fallo judicial, diciendo que la habilitación de edad no puede conferirse sin la conformidad del menor; la falta de este requisito entrañaría el peligro de colocar al incapaz frente a una serie de responsabilidades para las cuales puede todavía no sentirse suficientemente capaz de afrontar. Si bien es cierto que a los 18 años el discernimiento es pleno, la vida real demuestra que, a esa edad, no todos los menores tienen la necesaria experiencia, pues en ello inciden numerosos factores de educación, ambiente y determinadas condiciones personales que no siempre afloran tan tempranamente³⁰. Así también lo considera uno de los autores cuya influencia en la ley de reformas es innegable³¹. Aun cuando la ley no requiere la conformidad, cabría valorar judicialmente las razones de la oposición del menor.

La segunda forma de otorgar la habilitación de edad prevé el caso de que el menor se encuentre sometido a tutela. En estas circunstancias la habilitación es "judicial", como la denomina el último párrafo del art. 131. Es imprescindible dejar bien aclarado que en esta situación la actividad jurisdiccional puede ser puesta en marcha tanto a pedido del tutor como del menor, y el juez decidirá siempre previa información sumaria acerca de la aptitud del menor. Debe destacarse que en el supuesto de que el menor se encuentre bajo patria potestad nada puede suplir la falta de iniciativa del padre; con ello se ha querido evitar que el menor solicite la habilitación existiendo oposición del padre, puesto que ese derecho lastimaría la patria potestad y fomentaría litigios entre padres e hijos³².

²⁸ Llambías, *La reforma*, cit., cap. II, n° 4, p. 36.

²⁹ Arauz Castex, *Reforma*, cit., n° 535, p. 58.

³⁰ 1° Inst. Civ. Cap., firme, 3/10/69, LL, 136-438.

³¹ Borda, *La reforma*, cit., n° 68.

³² Llambías, *La reforma*, cit., cap. II, n° 4, ps. 36-37 y nota 28. Los códigos civiles de Italia (art. 391) y de México (art. 642) sostienen la solución contraria a la del nuestro.

Como hemos dicho, tanto la escritura pública como la sentencia en inscribirse en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas. Pero ¿cuál es la sanción por la falta de inscripción? Se sostenido que la inscripción no es un requisito constitutivo, sino mera forma de publicidad, razón por la cual al menor se lo debe considerar habilitado desde que se otorgue la escritura o se dicte la sentencia. Pero si bien los efectos de la emancipación se producen en el menor y sus padres desde el momento de la escritura, en su tutor desde el pronunciamiento de la sentencia, respecto de terceros el menor no podría oponer la nulidad de un acto celebrado por él fundándose en que no se hallaba inscripta la habilitación en el momento del otorgamiento, y en consecuencia tampoco podría alegarse la habilitación contra los terceros de buena fe, a fin de despojarlos de derechos que les hubiera atribuido el padre o el tutor del emancipado en el desempeño de la patria potestad o de la tutela.³³ Nosotros pensamos que tal solución sería inaceptable y no la sería, dado el caso, sino reconocerse la validez de actos celebrados por el menor habilitado o por el padre en ejercicio aparente de la patria potestad frente a terceros de buena fe; lo contrario implicaría estímulo del fraude. Todo ello sin perjuicio de la eventual nulidad de la habilitación de edad frente a terceros hasta que no se haya cumplido el requisito de la inscripción.

Por último, la ley ha omitido reglamentar el caso del menor que tiene padres ni tutor designado. La doctrina judicial registra ya un antecedente, habiéndose decidido que el menor puede por sí mismo solicitar la emancipación dativa, justificando su aptitud para dirigirse sus nuevas responsabilidades.³⁴

§ 4. Emancipación dativa. Efectos: equiparación con la emancipación por matrimonio. — I. *Cese de la incapacidad.* La emancipación por habilitación de edad en los términos del art. 131 hace cese la incapacidad de los menores³⁵. Los efectos de la habilitación son idénticos a los de la emancipación por matrimonio³⁶, bien no es una solución consagrada por la ley, puede desprenderse de sus términos, y es la que casi unánimemente adopta la doctrina. La opinión contraria es sostenida solamente por Molinero³⁷.

³³ Borda, *La reforma*, cit., n° 68; Llamblas, *Parte General*, I, cit. nota 26.

³⁴ 1° Inst. Civ. Cap., firme, 19/10/73, JA, 21-1974-163 con nota de M. J. I. lez Costa; ED, 54-287, con nota de J. C. Rivera.

³⁵ CNCom, Sala A, 26/4/71, ED, 37-271; LL, 142-472.

³⁶ CN Civ, Sala F, 18/10/71, ED, 40-402.

³⁷ Cfr. Llamblas, *Parte General*, n° 698 ter; Raffo Benegas-Sassot, ob. Borda, *La reforma*, cit., n° 69; Spota, *Sobre la reforma del Cód. Civil*, Bs., 1969, ps. 27 y ss.; Bustamante Alsina, ob. cit.; Ilarucia, ob. cit.; Méndez Costa, M. J., *Situación jurídica de los emancipados por matrimonio y por habilitación de edad*, JA, 1969, Doctrina, p. 409.

³⁸ Molinero, ob. cit., II, n° 8.

Al ser idénticos los efectos en uno y otro caso, cabe concluir que esta habilitación dativa extingue la patria potestad³⁸. Ello es así, pese a que el art. 306, inc. 4°, reformado por la ley 17.711, parece haber olvidado la incorporación de esta nueva institución, pues sólo se refiere a la emancipación por matrimonio, lo cual se comprueba por la redacción del inciso citado. En el mismo sentido, el art. 455 debió haber establecido en el inc. 2° que la tutela acaba también por emancipación dativa y no exclusivamente por contraer matrimonio el pupilo o llegar a la mayoría de edad, como reza.

II. *Autorización para contraer matrimonio.* Se ha cuestionado en la doctrina si el habilitado requiere o no autorización paterna para contraer matrimonio. En la legislación comparada se advierte una neta tendencia a exigir al menor emancipado autorización para celebrar nupcias. Tanto es así, que podemos decir que en algunos casos es la única limitación a la capacidad del emancipado: así acaece en los códigos alemán, francés, uruguayo e italiano³⁹. En nuestro país, desgraciadamente, la ley 17.711 ha omitido solucionar la cuestión. No cabe duda de que resulta mucho más grave contraer enlace entre los 18 y 21 años, período que normalmente pertenece a la minoridad, que administrar un patrimonio⁴¹. Y, como también se ha argumentado, la conformidad paterna para el matrimonio no se funda sólo en la posible falta de aptitud del futuro consorte en orden a la elección de su cónyuge, sino que tiene también por objeto defender la organización microfamiliar frente a la introducción no deseable de una persona como integrante de ese núcleo social, y por último, la defensa del padre frente a la ampliación de las obligaciones alimentarias que puede generar el nuevo vínculo⁴². Por estas razones, autores como Bustamante Alsina y Molinero sostienen que el requisito de la autorización paterna sancionado por el art. 10 de la ley 2393 sigue rigiendo íntegramente para los menores emancipados por habilitación de edad. Otros, en cambio, reconociendo la gravedad del asunto y el deplorable error en que ha incurrido la ley 17.711, no pueden dejar de reconocer que la regla general es que los menores emancipados por habilitación de edad es que son enteramente capaces, en virtud de los arts. 128, 131 y 133; que la patria potestad se extingue, al igual que la tutela, por la habilitación dativa; y, por último, que el art. 10 de la ley 2393 exige la conformidad paterna

³⁹ CN Civ, Sala F, 28/10/71, ED, 40-402; Belluscio, A. C., *Manual de derecho de familia*, II, n° 564, p. 308.

⁴⁰ Ver Méndez Costa, ob. cit., p. 419; Spota, I, vol. 3°, n° 766, p. 152.

⁴¹ Bustamante Alsina, ob. cit., p. 1053.

⁴² Molinero, ob. cit., nota 5 bis, p. 673; conf. Spota, *Sobre las reformas*, cit., p. 31; Belluscio, *Derecho de familia*, I, n° 212.

a el casamiento del menor de edad y no lo es tal el emancipado⁴². consecuencia, puede llegarse a esta síntesis: a) *de lege ferenda* se exige la conformidad de quien se halle en el ejercicio de la patria potestad o de la tutela para que el habilitado contraiga matrimonio; b) la ley 17.711 ha establecido la plena capacidad de los habilitados, salvo las limitaciones que en el ámbito patrimonial imponen arts. 134 y 135; c) no hay limitaciones a la capacidad del habilitado en el campo extrapatrimonial consagradas expresamente por la ley 17.711; d) por todo ello, el menor emancipado por el procedimiento de habilitación de edad puede, en nuestro derecho positivo, contraer matrimonio sin necesidad de conformidad paterna. Por todo ello se propone la reforma de la ley vigente agregando al art. 10 de la ley 17.711 un párrafo que diga: "Los mismos recaudos serán necesarios en el caso de que se trate de menores emancipados por matrimonio elto o anulado o por habilitación de edad"⁴³. Por nuestra parte pensamos que la lamentable falla de la ley 17.711 no va a redundar en beneficio de la institución de la habilitación de edad; por el contrario, atenta contra su propagación en las costumbres sociales de nuestro país, pues no es lo mismo autorizar al hijo a manejar su patrimonio que abrirle las puertas para que durante esa edad, de los 17 a los 21 años, contraiga matrimonio por su exclusiva decisión. Borda aprueba el criterio de la ley 17.711⁴⁴.

El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la ciudad de Buenos Aires, por resolución del 5 de mayo de 1970, estableció que los habilitados pueden contraer matrimonio sin autorización paterna ni venia judicial.

II. *Deber alimentario.* Se ha sostenido que la emancipación de habilitación de edad no hace cesar, por sí sola, el deber alimentario de pleno derecho, pero puede obtenerse la cesación de él por acción, si se prueba que el menor no lo necesita ya y que puede subsistir a su subsistencia⁴⁵. Dicha opinión debe ser acogida, ya que la emancipación por habilitación de edad no puede ser motivo de exclusión de la obligación alimentaria, no sólo porque es unilateral paterno y no es posible admitir que el padre o la madre se desligue por su propia y única voluntad de este deber, sino también porque la sola circunstancia de la habilitación no implica necesariamente la adquisición de recursos suficientes por el menor⁴⁶. La no cesación de pleno derecho no significa que no pueda cesar si el padre o madre prueban la falta de necesidad.

⁴² Méndez Costa, ob. y lug. cit.; Llambías, Parte General, n° 686 *ter*.

⁴³ Ibarlucea, ob. cit., p. 1145.

⁴⁴ Borda, *La reforma*, cit., n° 69.

⁴⁵ CNCiv, Sala F, 26/10/71, ED, 40-402.

⁴⁶ Belluscio, A. C., *Manual de derecho de familia*, II, n° 539, p. 272.

IV. *Actuación del Ministerio Pupilar.* La emancipación dativa hace cesar la incapacidad de los menores, por lo que en actos en los que ellos actúen, el Ministerio Pupilar no es parte⁴⁷. Tampoco en la instancia de parte civil en el proceso penal incoado contra él⁴⁸.

V. *La patria potestad sobre los hijos extramatrimoniales.* Es indiscutible la titularidad y el correspondiente ejercicio de los derechos y deberes paternos por el padre emancipado sobre sus hijos extramatrimoniales, tanto que la emancipación haya sido legal como que lo sea expresa. La razón es que el emancipado se encuentra en situación de independencia y es capaz para el ejercicio de las funciones paternas⁴⁹.

§ 5. Emancipación dativa. Revocación. — El último apartado de la norma que estudiamos posibilita la revocación de la habilitación de edad cuando los actos del menor demuestren su inconveniencia. Esta facultad ha sido considerada odiosa, pues asemeja una *capitis deminutio* para quien habrá de sufrir una amputación de su personalidad⁵⁰. A este valioso argumento nosotros agregamos otro: debe tenerse presente que la revocación implica la posibilidad de perjudicar gravemente a los terceros que contratan con el habilitado, pues a pesar de la exigencia del procedimiento judicial y de la inscripción de la sentencia en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, puede transcurrir ignorada para esos terceros, y resultará que de un día para otro pasen de contratar con un capaz a hacerlo con un incapaz, y por tanto sus actos estarán sometidos a la acción de nulidad.

Por suerte pensamos que será un expediente poco utilizado en la práctica. El corto lapso que media entre la emancipación y la mayoría de edad y las lógicas demoras de todo trámite judicial impedirán que esta revocación se concrete en muchos casos. Es, por otra parte, la experiencia recogida en países donde se admite la institución⁵¹.

La revocación puede ser solicitada por el padre o por quien ejerciera la tutela al tiempo de otorgarse la emancipación y por el Ministerio Pupilar. El procedimiento es judicial, y en él debe demostrarse la inconveniencia de que continúe emancipado el menor. Por supuesto, es imprescindible la inscripción de la sentencia en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas; mientras no se lo haga, no se produce ningún efecto frente a los terceros.

En nuestro derecho el Anteproyecto de 1954 había declarado que la emancipación por habilitación de edad era irrevocable (art. 84.

⁴⁷ CNCom, Sala A, 26/4/71, LL, 142; ED, 37-271.

⁴⁸ TSCba., Sala CrimCorrec, 27/2/67, RepLL, XXVIII, n° 1934 p. 11.

⁴⁹ Méndez Costa, ob. cit., p. 419.

⁵⁰ Llambías, Parte General, I, n° 686 *quater*.

⁵¹ Ripert - Boulanger, III, n° 2780, p. 552.

fine). El Código alemán y el Código portugués establecen el mismo principio. En cambio el Código italiano (art. 398) dispone que puede revocarse la emancipación cuando los actos del menor demuestran su incapacidad para administrar.

§ 6. Ejercicio del comercio por los menores emancipados. — Nuestro Código de Comercio reglamenta en los arts. 10 a 12 la emancipación o habilitación comercial, por la cual toda persona mayor de 16 años puede ejercer el comercio, considerándose autorizado y autorizado para todos los efectos legales en las negociaciones mercantiles. El art. 131 del Cód. Civil, en el penúltimo párrafo, dice: "A los efectos del ejercicio del comercio por el habilitado deberá cumplirse en las disposiciones del Código respectivo". ¿Quiere esto decir que solamente hay que inscribir la habilitación de edad en el tribunal de comercio, o es indispensable realizar el procedimiento de habilitación comercial? Ambas opiniones han sido sostenidas en doctrina.⁵² También hay quien entiende que el habilitado debe cumplir en las disposiciones del Código de Comercio; en cambio, el emancipado por matrimonio puede ejercer directamente el comercio.⁵³ Nosotros compartimos la opinión que entiende que la emancipación civil y la comercial son instituciones absolutamente independientes, y que ha venido a quedar confirmado por la redacción del art. 131. Nos parece indudable que la capacidad restringida del menor emancipado, tanto sea por matrimonio como por habilitación de edad, no conjuga con el ejercicio del comercio, para el cual se requiere una capacidad mercantil. Así lo ha destacado también Fargosi.⁵⁴ En efecto, la prohibición del art. 134, inc. 3º, impide al menor concurrir a la sociedad colectiva o ser socio solidario en sociedad en comandita o de capital e industria; no puede avalar letras o pagarés; le está vedado transmitir acciones no integradas totalmente, y por último, tampoco puede realizar muchos actos mercantiles que requieren otorgamiento de fianzas, como son las operaciones y los contratos onerosos. En conclusión, ni el menor emancipado por habilitación de edad ni el que lo sea por matrimonio, están capacitados para el ejercicio del comercio; para ello se debe cumplir con los arts. 10 a 12 del Cód. de Comercio.

⁵² En el primer sentido, ver Spota, *Sobre las reformas*, cit., p. 28; Cámara H., *La ley 17.711 y algunas de sus proyecciones sobre el Código de Comercio*, en "Rev. Der. Com. y Oblig.", año 1, p. 396; Richard, E., *Notas en torno a la capacidad de los menores de edad y en especial en cuanto a su actividad mercantil*, en "Rev. Der. Com. y Oblig.", año 2, p. 414. En el segundo sentido, ver Fargosi, H. P., *Ejercicio del comercio y habilitación de edad*, L.L., -1147; Méndez Costa, ob. cit., p. 420; Llamblás, Parte General, I, n° 700 bis; Arauz Castex, *La reforma*, cit., n° 545, ps. 60-63.

⁵³ Borda, *La reforma*, cit., n° 69.

⁵⁴ Fargosi, ob. cit., ps. 1150-51.

Art. 132. — Si el matrimonio fuese anulado, la emancipación será de ningún efecto desde el día en que la sentencia de nulidad pase en autoridad de cosa juzgada.

[PÁRRAFO AGREGADO POR LEY 17.711, ART. 1º, INC. 18]. En el caso del matrimonio putativo subsistirá la emancipación respecto del cónyuge de buena fe.

CONCORDANCIAS: Cód. Civ., arts. 131, 133, 1046, 1050; ley 2393, arts. 13, 87, 88 y 89.

FUENTES: Freitas, art. 68; Molinario, A. D., en Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, 1901, t. I, p. 138.

§ 1. La anulación del matrimonio. Efectos sobre la emancipación. — Hemos visto, al exponer el art. 131, apartado 1, que es requisito ineludible para que se produzca la emancipación, la celebración de un matrimonio válido. Pero también hemos establecido como uno de sus caracteres que esa emancipación legal es, por regla general, irrevocable. Es necesario, pues, conjugar ambos aspectos de la cuestión.

Al ser el matrimonio la causa de la emancipación, su anulación acarrea como consecuencia, en principio, la revocación de la emancipación. Sin embargo, es necesario salvar la situación de los que han contraído matrimonio putativo (del latín *putare*: creer o considerar); es decir el celebrado de buena fe por uno o ambos contrayentes, ignorando la causal que lo invalidaba y por tanto considerándolo válido. En cuanto a este matrimonio putativo establecen los arts. 87 y 88 de la ley 2393 que surte, en cuanto al pasado, y en relación al cónyuge de buena fe, los efectos del matrimonio válido. Por tanto, antes de la reforma de la ley 17.711 se fijaron distintas posiciones sobre la suerte de la emancipación, anulado que había sido el matrimonio.

Una antigua doctrina, sostenida por Llerena y Guastavino, entendía que anulado el matrimonio se revocaba la emancipación, sin hacer distinción alguna.¹ Otra opinión, sustentada por Segovia y Machado, así como por Orgaz y Borda, interpretaba que no se revocaba la emancipación respecto del cónyuge de buena fe, siempre y cuando hubiese hijos, basándose para ello en el art. 87, inc. 3º, de la ley 2393.² Por último, enseñó Salvat y se le adhirieron Spota, Arauz Castex y Llamblás, que la emancipación para el cónyuge de buena fe se mantenía aunque no hubiese hijos.³

¹ Llerena, I, nota al art. 132, n° 3, p. 283; Guastavino, J. M., *Notas al Código Civil argentino*, nota al art. 132, n° 215.

² Segovia, I, nota al art. 132, n° 3, p. 43; Machado, I, nota al art. 132, p. 232; Orgaz, *Personas individuales*, p. 303; Borda, Parte General, I, n° 514.

³ Salvat, Parte General, I, n° 756; Spota, I, vol. 3º, n° 776; Arauz Castex, I, n° 542; Llamblás, Parte General, I, n° 692.

CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación
decr.	decreto
DigLL	Digesto Jurídico La Ley. Buenos Aires
doctr.	doctrina
ed.	edición
ED	Revista El Derecho. Buenos Aires. Universidad Católica Argentina
ERíos	Entre Ríos
CF	Revista Cincuenta del Foro. Buenos Aires
CP	Caceta de Paz. Buenos Aires
id.	idem, o del mismo autor, del mismo tribunal o sala
inc./incs.	inciso/incisos
JA	Revista de Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires
JER	Diario de Jurisprudencia de Entre Ríos
JM	Jurisprudencia de Mendoza
LL	Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires
leg. cit.	lugar citado
Mdes	Mercedes (prov. de Buenos Aires)
NPlata	Mar del Plata
Mza	Mendoza
Nac	Nacional
ob. cit.	obra citada
1ª Inst	Primera Instancia
RegCivCap	Registro Civil de la Capital Federal
RepED	Repertorio de la Revista El Derecho. Buenos Aires
RepLL	Repertorio de la Revista Jurídica Argentina La Ley Buenos Aires
Rev.	Revista
RLJ	Revista de Legislación y Jurisprudencia
SC	Suprema Corte
SCBsAs	Suprema Corte de Buenos Aires
secc.	sección
SFe	Santa Fe
SJuan	San Juan
SLuis	San Luis
ST	Supremo o Superior Tribunal
sum.	sumario
t.	tomos
t.o.	texto ordenado
tr.	traducción
Tuc.	Tucumán
vol.	volumen

SECCIÓN SEGUNDA

DE LOS HECHOS Y ACTOS JURIDICOS
QUE PRODUCEN LA ADQUISICIÓN, MODIFICACIÓN,
TRANSFERENCIA O EXTINCIÓN DE LOS DERECHOS
Y OBLIGACIONES

TÍTULO I

DE LOS HECHOS

(VII 3) 4-2

Art. 896. — 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.

CONCORDANCIAS: Cód. Civil, arts. 499 y nota, 897 a 909 y nota a los arts. 899 y 900, 913, 914, 921, 922, 944, 3262, 3263, 3266 a 3268, 3270, 3279 y 3281.
FUENTES: Freitas, arts. 431 a 433 y notas; Maynz, *Derecho romano*, I, § 119, p. 346; Ortolan, *Generalización del derecho romano*, p. 70.

§ 1. Método. — La Sección Segunda del Libro Segundo —que empieza con este artículo— contiene en los primeros siete títulos una generalización que ha sido colocada entre materias concretas y especiales. Viene después de la “imposibilidad del pago”, último título de la Sección Primera, sobre obligaciones, y antes de los títulos octavo y noveno sobre hechos ilícitos, a los que sigue la Sección Tercera acerca de contratos.

La ausencia de una parte general o preliminar destacada, no obstante la presencia de una organización de principios ordenadores, ha producido este tipo de intromisiones no acertadas, por cierto, desde el punto de vista de la pureza metodológica, pero que tienen la cualidad, comparado el plan con la legislación de su época, de presentar reunidas y coordinadas importantes reglas generales¹. Representan un notable avance frente a los sistemas de los códigos que eran contemporáneos, pues en éstos se padecía la sensible falta de secciones dedicadas

¹ Salvat-López Olaciregui, II, nº 1547, p. 159.

a los elementos fundadores de todos los derechos. Señalaba Freitas, y lo repitió parcialmente nuestro codificador en la nota de la sección, "hoy, al contrario, estoy convencido de que sin este método —que adiciona el tercer elemento de los *hechos*, *hechos jurídicos*, *actos jurídicos*— será imposible exponer con verdad la síntesis de las relaciones del derecho privado y evitar un gravísimo defecto de que se resienten todos los códigos, con excepción únicamente del de Prusia. Ellos han legislado sobre materias de aplicación general a casi todos los asuntos del Código Civil, del Código de Comercio y del Código de Procedimientos, como si fuesen exclusivamente aplicables a los *contratos* y *testamentos*, y con este sistema obstaculizan el exacto conocimiento del derecho privado, aislando fenómenos que son efectos de la misma causa, y contribuyendo de esta manera a que muchas especies se salven de la influencia de sus principios directores".²

Vélez manifestó que se había inspirado en la Consolidación de Freitas. En la nota del 21 de junio de 1865, al elevar el primer libro del proyecto al Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, doctor Eduardo Costa, declaraba: "yo he seguido el método tan discutido por el sabio juriconsulto brasileño en su extensa y doctísima introducción a la recopilación de las leyes del Brasil, separándome en algunas partes, para hacer más perceptible la conexión entre los diversos libros y títulos, pues el método de la legislación, como lo dice el mismo señor Freitas, puede separarse un poco de la filiación de las ideas...".³ Dijo allí que estaba convencido de la importancia del método, el cual le había exigido los mayores estudios, y que debió proscribir, como "absolutamente defectuoso", el método de las *Institutas* y el del Código de Chile, así como el del Código francés y el de los distintos códigos que lo tomaron por modelo, pues en ellos "no hay ni podría haber método alguno...".⁴

Sin embargo de aquella manifestación, tuvo en cuenta también la obra posterior de Freitas, el *Esboço* y sus notas, que sobre el tema produjo un vuelco notable, aunque, como ha dicho Colmo, no es del todo exacto que la haya seguido completamente.

La Consolidación tenía una extensa Introducción y 1333 artículos. Fue encargada el 15 de febrero de 1853, sobre un plan de 1854, y editada por primera vez en 1857. Se dividía en una *parte general* con dos títulos: "De las personas" y "De las cosas", y una *parte especial* con dos libros: "De los derechos personales" y "De los derechos reales", subdivididos en secciones y títulos. No contenía la materia de los

"hechos jurídicos".⁵ Probablemente siguiendo a Leibniz, para quien los hechos entran en la producción y no en el análisis del derecho, Freitas explicó que la parte general de la Consolidación se compone de aquellos dos títulos, pero que no se conformaba con la idea de algunos escritores de agregar el tercer elemento bajo la denominación de *hechos*, *hechos jurídicos*, *actos jurídicos*. El objeto del derecho civil, sostuvo, son los derechos adquiridos. La parte general no trata además de derechos, de "causas que los producen, sino simplemente para los elementos, personas y cosas que deben ser objeto de los derechos. Los hechos son en gran parte acontecimientos fatales independientes de la voluntad del hombre. Prescindiendo de los hechos necesarios, los voluntarios son lícitos o ilícitos, y como los lícitos —actos jurídicos— necesitan ser reglados, la materia de los hechos deja de ser general y pertenece casi toda a las materias esenciales de los contratos y testamentos. Hay muchos derechos que nada tienen que ver con esos actos jurídicos, al paso que sin personas o cosas, a lo menos sin personas, no hay derechos posibles".⁶

El nuevo plan para el *Esboço*, propuesto el 10 de enero de 1859 en el contrato con el Ministro de Justicia del Imperio del Brasil, Nabuco de Araújo, comprendió también una parte general, libro primero, denominado "De los elementos de los derechos", pero con estas tres secciones: de las personas, de las cosas y de los hechos. La profundidad del cambio, al dar tanta importancia al tercer elemento antes desechado, quedó expresada con ideas muy firmes. Primero se preguntó: "¿basta regular estas relaciones —jurídicas— solamente como producidos?", y, contestó rápidamente: "no, por cierto". Dijo, más adelante: "He aquí la parte más delicada de mis trabajos. El que quisiera meditarla conocerá perfectamente el juego de las relaciones humanas en todo el campo del derecho privado, y en sus divisiones del derecho civil y derecho comercial; sabrá con precisión cuáles sean sus elementos comunes, cuál la línea que las separa. Y en la esfera del derecho civil, quedará en la posesión de un instrumento seguro para medir el mundo de los hechos, para resolver con exactitud todas las especies, no iludiéndose con la reproducción de las mismas en su infinita variedad".⁷ Esas ideas de Freitas fueron mantenidas, pues en el otro nuevo plan de codificación propuesto el 20 de setiembre de 1867, declaró: "el plan de la Consolidación de las leyes civiles, fue obra mía, primera tentativa de la exactísima división de los derechos reales y personales... Todos los códigos tratan de las personas y de las cosas y nuestro *Esboço* los ha limitado con una sección más sobre los hechos, siguiendo a los escritores de la escuela germánica y quién osará decir que no sean éstos los elementos de

2 Freitas, I, nota al art. 431, p. 221.

3 Proyecto del Código Civil, nota de remisión, ps. IX y X; Châneton, A., *Historia de Vélez Sarsfield*, Bs. As., 1937, II, n° 170, p. 274; Moisset de Espunés, Luis, *Notas sobre el problema de la parte general y los libros preliminares en la legislación civil*, JA, doctrina 1970-528.

4 Colme, Alfredo, *Técnica legislativa del Código Civil argentino*, 2ª ed., Bs. As., 1931, n° 55 y ss., p. 182 y siguientes.

5 Martínez Paz, Enrique, *Freitas y su influencia sobre el Código Civil argentino*, Córdoba, 1927, ps. XIII a XV.

6 *Introducción a la recopilación de las leyes civiles*, en Martínez Paz, "Freitas y su influencia", ps. 67 y 68.

7 Freitas, I, p. 222.

todos los derechos posibles en todas las esferas de la vida jurídica?"⁸. Aludía a los romanistas alemanes últimos: Hugo, Savigny, Mackeldey y Ortolan.⁹

Queda demostrado que para esta parte de nuestro código, en lo que a método se refiere, la verdadera fuente directa ha sido el *Esbozo*, dado a publicidad entre 1860 y 1865, y no como expresó Vélez en la nota de remisión del Libro Primero, la introducción a la Recopilación de las leyes del Brasil, e indirectamente la metodología pedagógica de los autores germánicos por entonces en boga. Al no haber destacado el sector de la parte general, prefiriendo con la materia que le corresponde hacer una introducción a los derechos personales —personas en general—, a los derechos reales —título de las cosas—, a las disposiciones comunes —de la transmisión de los derechos— y agregando la generalización sobre hechos y actos jurídicos después de las obligaciones, desmejoró el plan del *Esbozo*, que era más completo y sistemático, pero superó al del Código francés, inspirado en el prefacio de Jean Domat a *Las leyes civiles*, y al de los que navegaron en sus aguas¹⁰. En realidad, la innovación, que se señala como una falencia de Vélez, carree de real significado, puesto que no toca el principio clasificador, sino simplemente la distribución material de las instituciones; la parte general podría reconstruirse reuniendo las secciones dispersas¹¹.

La modificación metodológica operada en Freitas, y que recibió Vélez del modo que se ha visto, tuvo esta proyección explicada en la nota al art. 431 del *Esbozo*: de los hechos que producen las específicas relaciones de los *contratos y testamentos*, con disposiciones susceptibles de aplicación común, pasó por inducción, al generalizarlas, a los *actos jurídicos*; para dar cuenta fiel de todos los elementos debió remontar de los actos jurídicos a los *actos lícitos* en general, y de éstos a los *actos voluntarios*, llegando de tal modo a los *actos ilícitos*. Finalmente, de los actos voluntarios pasó a los *hechos en general*. "De esta gradual sucesión de ideas —terminaba Freitas—, resulta la síntesis completa de la teoría de los *hechos* como uno de los elementos de los derechos, con su causa creadora y en el orden siguiente: hechos en general; hechos voluntarios; actos jurídicos; actos ilícitos"¹².

⁸ Cfr. nota en que propone un nuevo plan de codificación, en Martínez Paz, *Freitas y su influencia*, ps. 141-142.

⁹ Martínez Paz, *Freitas y su influencia*, p. XXXV. Sobre las falencias de los códigos latinos, tiranizados por el plan de Justiniano, cfr. Castán Tobeñas, 7^a ed., I, ps. 632-633.

¹⁰ Colmo, *Técnica legislativa*, n° 55, p. 182; Martínez Paz, *Freitas y su influencia*, p. XXXIII.

¹¹ Martínez Paz, *Freitas y su influencia*, ps. XLVIII y XLIX; Cattí, Edmundo, *Freitas en las notas del Código Civil*, LL, 1975-A-1094; Allende, Guillermo L., *Fuentes del Código Civil. Análisis y manejo de las mismas*, en "Rev. del Notariado", n° 731, p. 1771; Moisset de Espanés, *Notas*, JA, doctrina 1970, p. 528.

¹² Freitas, I, p. 222.

Cumple destacar que aun cuando los códigos posteriores que han acogido el plan de la parte general, en especial el alemán de 1900, el brasileño de 1916 y el portugués de 1966, dedicaron libros y secciones destinados a reglar esta materia, ninguno como el nuestro instituyó disposiciones sobre los hechos jurídicos en general que no son actos o negocios jurídicos¹³. Así, el alemán, trata los actos jurídicos en la sección tercera del libro primero, que divide en seis títulos, el segundo de los cuales corresponde a las "declaraciones de voluntad"¹⁴. El brasileño, entre los arts. 74 y 179 del libro III denominado "De los hechos jurídicos", tampoco regla en sí mismos estos hechos, pues comprende la adquisición, la acción que los asegura, la pérdida o perecimiento de los derechos en las disposiciones preliminares, pasando el primer título directamente a "los actos jurídicos"¹⁵. El portugués, desarrolla la teoría general del derecho civil en el libro primero, donde sienta los principios básicos de la legislación sobre las personas, cosas y el "negocio jurídico"¹⁶.

§ 2. Concepto. — Los hechos pueden tener el sentido jurídico de ser objeto de los derechos y de los actos jurídicos, pero aquí reflejan otro alcance. La distinción proviene de Maynz en cuanto sostuvo que el hecho del hombre puede ser considerado bajo dos relaciones: primera como objeto de un derecho; luego, como fuente de un derecho¹⁷. Este último sentido fue captado claramente por Freitas en el art. 431 del *Esbozo*, y explicó en la nota que las palabras de aquella norma "*entran en el orden de los hechos de que trata esta sección*", advierten que no se "trata de los hechos como objetos de derechos, sino únicamente de los hechos como causa productora de derechos". En nota anterior, al art. 317, había adelantado que "todos los derechos de este Código no existen *a priori*, son siempre el efecto de un *hecho*, su causa productora, y no debe confundirse ese *hecho causal* con los *hechos* que son objeto de derechos..."¹⁸. Al copiar nuestro art. 896 casi íntegramente al 431 del *Esbozo*, contiene aquella frase, aunque en distinto orden sintáctico, que previene sobre la significación dada aquí a la palabra "hechos"¹⁹.

Consideró Freitas que como la entidad activa y pasiva de los derechos y su objeto no basta para engendrarlos, la "causa eficiente es

¹³ Brebbia, Roberto H., *Hechos y actos jurídicos*, Bs. As., 1979, I, p. 4; Aguilar, Henoch D., *Hechos y actos jurídicos*, Bs. As., 1950, I, p. 3 y siguientes.

¹⁴ Salvat-López Olaciregui, II, p. 161, nota 6.

¹⁵ Bevilacqua, Achilles, *Código Civil brasileño anotado*, 5ª ed., Río de Janeiro, 1938, ps. 43-45.

¹⁶ Cfr. nota bibliográfica en LL, 134-1509.

¹⁷ Maynz, Charles, *Cours de droit romain*, Bruselas-París, 1870, I, § 119, p. 346.

¹⁸ Freitas, I, ps. 223 y 117.

¹⁹ Salvat-López Olaciregui, II, n° 1551, p. 163.

necesaria, esto es lo que hace nacer, modificar, transmitir y extinguir los derechos".²⁰ De Ortolan viene, en realidad, la idea de la "función eficiente" de los hechos jurídicos, pero este romanista nos ha hablado de la causa de los hechos, no de los hechos como causa de los derechos. Decía: "todos estos hechos, positivos o negativos, producidos por una causa o por otra, y que recaen sobre un objeto o sobre otro, intervienen en el derecho, sin duda con resultados diferentes según los casos, pero siempre bajo un mismo aspecto y en la misma función. Esta función es una función eficiente".²¹ Pensamiento que tiene más puntos de contacto con la construcción moderna, que ve en los hechos una fuerza creadora de efectos jurídicos, y llega a llamarlos, al estilo de Picard, "hechos jurígenos" o "jurigénicos"²² para destacar la finalidad creadora o generadora de derechos, y aunque extinguiólos suele comportar génesis y extinción, no siempre ello ocurre.

Parece demasiado limitativa la concepción que ve en el hecho un fenómeno perceptible y que ocurre en el mundo de las percepciones, descartando los fenómenos psicológicos y las fuerzas ocultas de las cosas, al afirmar que el acontecimiento debe producirse en el tiempo y en el espacio, en el mundo exterior.²³ Dentro de la variada gama que abarcan los hechos jurídicos, se admiten todo tipo de acontecimientos y estados. No solamente aquellos que modifican el mundo exterior, sino también los procesos de la vida espiritual, así el tomar conocimiento de hechos y los estados espirituales, como la ignorancia.²⁴ Del error, de la buena o mala fe, del conocimiento, del temor y otros estados anímicos derivan consecuencias jurídicas; también de los móviles inmorales (art. 953, Cód. Civil).²⁵ A la palabra "acontecimiento" se la acuña aquí con una gran riqueza jurídica conceptual. Viene de "acontecer", "suceder", y comprende toda circunstancia de hecho o de derecho que tiene interés jurídico, no deteniéndose en el hecho material.²⁶ Acorde con esto, una definición recomendable es la que con-

²⁰ *Introducción a la Recopilación de las leyes cíviles*, en Martínez Paz, "Freitas y su influencia", p. 67; CNCiv, Sala C, 10/3/80, ED, 88-572, voto del doctor Cifuentes.

²¹ Ortolan, *Generalización del derecho romano*, p. 70, citado en Varela, XIV, p. 43; CNCiv, Sala C, 10/3/80, ED, 88-572, voto del doctor Cifuentes, p. 581.

²² Alsina Atienza, Dalmiro A., *Los hechos jurídicos*, JA, 1955-IV-57, secc. doctrina; Aguiar, *Hechos y actos jurídicos*, I, ps. 14-16; Cardini, Eugenio O., *Hechos y actos jurídicos: su caracterización diferencial "de iure condito"*, LL, 96-734, V.

²³ Aguiar, *Hechos y actos jurídicos*, I, ps. 7-9; De Gáspari-Morello, I, ps. 6-7. CNCiv, Sala E, 6/7/82, LL, 109-531.

²⁴ Von Tuhr, t. II, vol. 1, ps. 8-9; Emecerus-Nipperdey, I, vol. II, p. 6.

²⁵ Alsina Atienza, *Los hechos jurídicos*, JA, 1955-IV-59, secc. doctrina; Farina, Juan M., *Hecho jurídico. Negocio jurídico*, JA, doctrina 1975-545, n.º 9. CNCiv, Sala C, 10/3/80, ED, 88-572, voto del doctor Cifuentes, p. 581.

²⁶ López Olaciregui, en Salvat-López Olaciregui, II, n.º 1553-A, p. 165; Orgaz, Alfredo, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, Bs. As., ps. 14-16; Brebbia,

sidera que el hecho jurídico "es un acontecimiento cualquiera, una circunstancia a la cual el ordenamiento vincula el surgimiento de consecuencias jurídicas".²⁷

§ 3. Críticas.—La doctrina ha hecho varias observaciones críticas al art. 896. En primer lugar porque no incluye, influido por la fuente (Savigny-Freitas), a la regla de derecho; del hecho de la naturaleza no se pueden extraer consecuencias jurídicas.²⁸ La conveniente mención de la norma en la definición²⁹ viene de la idea de que la causalidad jurídica descansa en la ley, de manera que ésta puede configurarla a su arbitrio. En la causalidad física de las leyes naturales, las causas como los efectos son hechos. La ley no puede modificar la causalidad física, pero sí puede recibirla en el *factum* de una consecuencia jurídica.³⁰ Se ha propuesto como más apropiado hablar del "antecedente normativo" y no de la causa, y del consecuente y no de los efectos del hecho, pues lo que vincula a ambos es una imputación normativa.³¹

En segundo lugar, fue criticado el empleo del término "susceptibles", que da la idea de capacidad, de potencialidad.³² Otros autores, en cambio, ponderan la fórmula³³, inspirada en Freitas. Se sostiene que fue diferente el concepto de Savigny, a quien no habría seguido en esto el brasileño. El clásico romanista, sin embargo, luego de su definición: "llamó *hechos jurídicos* a los acontecimientos en virtud de los cuales las relaciones de derecho comienzan o se acaban", continuó así: "todos los hechos jurídicos tienen por carácter común

Hechos y actos jurídicos, I, p. 13; Boffi Boggero, Luis M., voz *Hechos jurídicos*, en "Enciclopedia Jurídica Omeba", t. XIII, p. 712, nota 5, p. 719, ap. 7, y nota 36; Cardini, *Hechos y actos jurídicos*, LL, 96-735, ap. V; Castán Toboñas, 7.ª ed., I, p. 633, 2; CCiv 1.ª, 13/9/44, LL, 36-31.

²⁷ Barbero, I, n.º 164, p. 332; Brebbia recuerda otras 13 definiciones, en *Hechos y actos jurídicos*, I, p. 11, nota 1.

²⁸ Aguiar, *Hechos y actos jurídicos*, I, p. 17; Salvat-López Olaciregui, n.º 1553-A, ps. 165-166; Alsina Atienza, *Los hechos jurídicos*, JA, 1955-IV-58, secc. doctrina; Orgaz, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, ps. 13-14; Brebbia, *Hechos y actos jurídicos*, I, ps. 40-42; Boffi Boggero, voz *Hechos jurídicos*, en "Enciclopedia Jurídica Omeba", t. XIII, p. 713, ap. 3.

²⁹ Decia Roguin, citado por Aguiar, *Hechos y actos jurídicos*, I, p. 17: "Denominamos hechos jurídicos a los que, de acuerdo con una regla de derecho, son capaces de generarlo, modificarlo, transformarlo o extinguirlo".

³⁰ Von Tuhr, t. II, vol. 1, p. 6, nota 10.

³¹ Arauz Castex, II, n.º 1114, p. 101.

³² Orgaz, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, ps. 11-12; De Gáspari-Morello, I, ps. 12-13; Brebbia, *Hechos y actos jurídicos*, I, ps. 40-42; Schwarzberg, Carlos, *Definición legal del hecho jurídico*, LL, 1975-B-1248.

³³ Aguiar, *Hechos y actos jurídicos*, I, p. 14; Ilambías, *Parte general*, II, n.º 1360, p. 255; Arauz Castex, II, n.º 1112, ps. 100-101; Cardini, *Hechos y actos jurídicos*, LL, 96-734, ap. III; Boffi Boggero, voz *Hechos jurídicos*, en "Enciclopedia Jurídica Omeba", t. XIII, p. 718.

producir, con el tiempo (la bastardilla no es del original), un cambio en las relaciones de derecho de personas determinadas"³⁴. Al admitir la idea de temporalidad, sin aseverar la instantaneidad del cambio, o efecto, estaba previendo hechos que se presentaban en un momento dado como solamente potenciales. De todas maneras, Freitas se dejó influir aquí por una disertación de Blondeau al recordar la frase de las Pandectas: *Omne ius vel ad personas pertinet, vel ad ius, vel ad actiones*. Dijo: "la palabra acciones, empleada en el fragmento de Cayo, designaba, como en la acepción vulgar, lo mismo que hechos capaces de producir o de hacer cesar derechos u obligaciones". Según la disertación que transcribió Blondeau, "las acciones son hechos si no capaces de engendrar derechos, al menos de protegerlos y conservarlos"³⁵. Insistió Vélez en esta idea, cuando en la nota al Título VIII de esta Sección, dijo que los actos lícitos sólo se consideran en el derecho cuando "pueden" producir alguna adquisición, modificación o extinción de los derechos u obligaciones.

Quienes la han aceptado ponen de relieve que abarca a la justicia preventiva, para que el derecho pueda prevenir o evitar efectos jurídicos inconvenientes, sin que sea menester esperar la efectiva realización de la consecuencia, como en el caso de los arts. 911 y 1067. Quienes la han criticado contestan que, desde el punto de vista normativo, único legítimo, el acontecimiento coincide o no con el supuesto de hecho al que la ley liga una consecuencia, de ahí que el caso de justicia preventiva, el peligro potencial que se quiere evitar, está dentro del supuesto de hecho total previsto por la norma, la íntegra y por eso el efecto se produce.

Hay otra explicación cabal que hasta ahora nadie ha comprendido del concepto "susceptibles" del art. 896, y que lo valida con plenitud.

En efecto. En la moderna doctrina alemana e italiana, se han añadido, respectivamente, las palabras *Tatbestand* y *fattispecie*. Se dice, cada norma abstracta enuncia los hechos; si éstos existen debe producirse el efecto jurídico. El conjunto de los hechos suele designarse como *Tatbestand* o *factum* de la norma. Cuando existe en concreto el de cierta norma, el efecto jurídico se produce con necesidad lógica. De ahí que la aplicación del derecho esencialmente consista en la comprobación de hechos y en su clasificación conforme a las normas³⁶. La peculiar figura jurídica, o situación típica, o hipótesis, a la que la norma se refiere, es el presupuesto, o el conjunto de los presupuestos, la *fattispecie* simple o compleja. La norma y los

³⁴ Savigny, *Sistema del derecho romano actual*, II, p. 149.

³⁵ *Introducción a la recopilación de las leyes civiles*, en Martínez Paz, "Freitas y su influencia", p. 14 y su nota 22, con cita de Themis, vol. 39, p. 217.

³⁶ Von Tuhr, t. II, vol. 1, p. 4. CNCom, en pleno, 28/6/74, voto del doctor Argeri, ED, 59-461.

efectos se realizan cuando la *fattispecie* se convierte —de hipótesis— en hecho jurídico concreto³⁷.

El "susceptibles", que da idea de capacidad, de posibilidad o potencialidad, está referido al supuesto hipotético (*factum*, *Tatbestand* o *fattispecie*). 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 concreto³⁸. Es decir, cuando dice "acontecimientos susceptibles de producir" es porque define el supuesto hecho enunciado por 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. Es que se trata, según la primera parte del precepto, de los hechos del Código, y no de los hechos físicos metajurídicos. Y los hechos del Código —*factum*— sólo llegarán a la producción de las consecuencias previstas cuando tengan correspondencia con determinados acontecimientos ciertos.

Queda así, justificada lógicamente la definición legal. Pero, además, hay justificación en la fuente. Ortolan, inspirador de Freitas y de Vélez, tenía clara noción del *factum* en hipótesis legal. "He aquí —sostuvo— la alta misión del juriconsulto... del elemento material de los hechos deduce la consecuencia espiritual, el derecho, lo bueno y equitativo, que a su vez deberá servir de regla e imperar en los hechos. En toda cuestión de derecho es indispensable para toda cabeza lógica, y antes de todo, establecer y fijar bien la noción del hecho, ya en hipótesis, ya en realidad". Se subraya aquí este párrafo que contiene la doctrina del presupuesto hipotético precediendo al acontecimiento real. La siguiente frase, es definitiva: "el derecho los tiene, ya individualmente respecto de algunos, ya al menos por clasificación general respecto de otros, previstos anticipadamente (también se subraya ya), y reglamentados en su naturaleza, en sus efectos"³⁹. Se refería a la especie de los actos jurídicos, pero no puede dejar de notarse cual era el verdadero sentido del romanista, consultado por nuestro codificador, que en parte lo ha transcritto en la nota a la Sección. Nada impide, pues, sostener, que la doctrina del *Tatbestand*, originada

³⁷ Messineo, II, ps. 321-322; Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, p. 4; Castán Tobeñas, 7ª ed., I, p. 634, 3, CNCom, en pleno, 28/6/74, ED, 59-461.

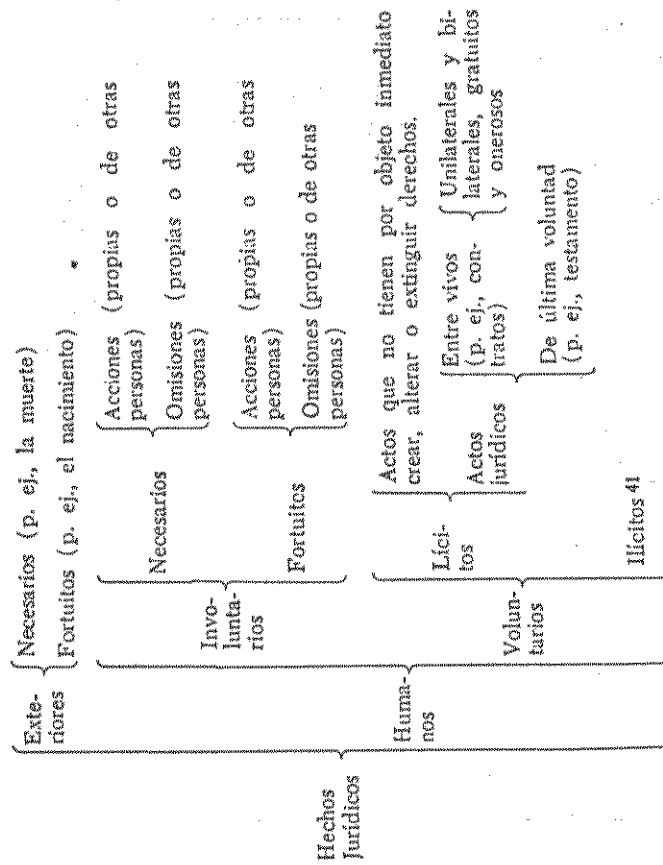
³⁸ Ver en Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, p. 3. Esta idea parece tanto comprendida en un frase de Boffi Boggero: "Todo hecho jurídico, en la realidad práctica y lo hace si se respeta la disposición legal" (la bastardilla no es del original), voz *Hechos jurídicos*, en "Enciclopedia Jurídica Omeba", t. XIII, p. 718. Rev. del Col. de Abogados de Bs. As., 1955, t. I, p. 16 y *Reflexiones sobre los hechos jurídicos*, LL, 1960-C-850. Es la posición de Covello, para quien ni el ordenamiento ni el hecho por sí solos producen efectos, es necesaria la combinación de ambos: *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*, 4ª ed., Milán, 1929, p. 308.

³⁹ Ortolan, *Generalización del derecho romano*, ps. 44-45.

en el derecho penal alemán a principios de este siglo, no haya sido más que una sistematización y formulación nueva de una vieja idea, la cual bien pudo dejar su impronta en la definición del artículo, el que se refiere a los acontecimientos previstos anticipadamente en hipótesis por la norma.

Finalmente, hay otra crítica, esta sí atendible, que considera estrecha la fórmula que, acerca de los efectos, solamente menciona los "derechos y obligaciones", pues las consecuencias jurídicas imputadas al supuesto de hecho pueden ser variadísimas, y llegar a darse, inclusive, sobre la personalidad jurídica (concepción, nacimiento, autorización a personas jurídicas), su extinción (muerte, retiro de personalidad), el advenimiento de la capacidad de obrar y sus modificaciones (edad, emancipación, etc.), el estado civil (matrimonio), otros estados y situaciones (accesión física o por destino; procreación y filiación; subrogación real)⁴⁰.

§ 4. Clasificación. — Vélez redujo la clasificación de Freitas. La sinopsis que surge de los arts. 432 a 444 del *Eboço* y sus notas, es la siguiente:



⁴⁰ Alsina Atienza, *Los hechos jurídicos*, JA, 1955-IV-60. secc. doctrina, nº 12; Farina, *Hecho jurídico*, JA, doctrina 1975-548, nº 11; Albaladejo, I, vol. 2, § 75, p. 128.

41 Freitas, I, ps. 223-229. Ver *Introducción a la recopilación de las leyes civiles*, en *Marín Paz*, "Freitas y su influencia," ps. 17-18, nota 33.

§ 5. Hechos de la naturaleza y humanos. — No obstante la supresión del Código, nuestros autores incluyen la primera división en hechos *exteriores o de la naturaleza*, y *hechos humanos*, que no figura en el articulado del Código como en el *Esboço*. La cuestión más palpitante de esta primera subdivisión general, trata de comprender la extensión de sus términos. Los hechos jurídicos naturales se pueden producir con independencia del hombre, pero hay diferencia de criterios cuando al tratarse de sus ejemplos no solamente se mencionan los terremotos, tempestades, inundaciones, el transcurso del tiempo, etcétera, que hayan ocasionado efectos jurídicos —extinción de derechos, verigracia de la propiedad por destrucción de la cosa—, sino otros, que recaen sobre el hombre, como la muerte, la concepción, el embarazo, el parto, el nacimiento, la mayoría de edad, en los que resulta menos fácil diferenciarlos, en todos los casos, de los hechos humanos propiamente dichos. Algunos autores han propiciado atender a la presencia de la voluntad⁴², pero la muerte puede ser provocada voluntariamente (suicidio-homicidio) y, hasta en estos tiempos, la concepción y el embarazo por medios científicos, como la inseminación artificial o la fecundación extracorporal (*in vitro*)⁴³. No puede sostenerse sin más que naturales son los que suceden sin intervención del hombre, por causas que le son extrañas y sobre las que no ha podido influir⁴⁴. Por otra parte, no resultan así distinguidos de los hechos humanos involuntarios, que tienen tratamiento legal propio y, contrariamente a los naturales, pueden engendrar responsabilidad civil (arts. 897, 907, 929 Cód. Civil)⁴⁵.

Otros autores atienden más nitidamente al resultado que el hecho acarrea, pero no a la acción humana en sí misma, vale decir a la motivación objetiva que aporta el hecho al estado preexistente⁴⁶. Parece aceptable el encuadre a través de la trascendencia que la norma confiere a tres elementos del hecho jurídico: la fenomenicidad, la voluntariedad y la intención. Habría así un camino descendente: del simple hecho al hecho jurídico, de éste al acto jurídico, y luego, en la terminología moderna, al negocio jurídico. El primero es irrelevante; en el segundo —hecho jurídico— cobra relieve la fenomenicidad —el evento—, pero son irrelevantes la voluntariedad y la intención. Cuando en el tercero vienen a ser relevantes la fenomenicidad y la voluntariedad, siendo irrelevante la intención, hay hecho humano. En cambio, si prepondera también el propósito, cuadra hablar del negocio

⁴² Messineo, I, p. 322; López Olaciregui, en Salvat-López Olaciregui, I, n° 1564-A, p. 174; Carbouner, II, p. 300. § 88; Casán Tobenás, 7ª ed., I, p. 636.

43 Belucio, Augusto C., Aspectos jurídicos de la fecundación extracorpórea. LL 1978-C-929.

44 Borda, *Parte general*, II, nº 815, p. 62; Salvat-López Olasregui, nº 355, ps. 170-172; *Partes generales*, II, nos. 1364 y 1365, p. 259.

43 Brebbia, *Hechos y actos jurídicos*, I, p. 16; Boffi Boggero, *voz Hechos jurídicos*, en "Enciclopedia Jurídica Omeba", t. XIII, p. 721, 10. A. g.

46 Dati: Teoría general del negocio jurídico, 2.ª

jurídico (nuestro acto jurídico, art. 944, Cód. Civil). En el hecho natural puede estar presente la voluntariedad y hasta la intención, como en la muerte por homicidio, pero, a salvo los efectos penales, para los civiles quedan sin trascender porque son legalmente irrelevantes (sucesión-disolución del matrimonio, etcétera)⁴⁷. En el acto de voluntad defectuosa, y, por tanto, para la ley involuntario, cobra relieve la voluntariedad dado que la hipótesis normativa realiza la figura ponderando la ausencia de uno de los elementos internos de la voluntad. No hay únicamente fenomenicidad relevante como simple resultado exterior.

§ 6. Subdivisiones del Código. Remisión. — Para la clasificación de hechos humanos voluntarios e involuntarios, ver art. 897; positivos y negativos, ver art. 945; actos voluntarios simples y jurídicos o negocios, arts. 899 y 944; lícitos e ilícitos, art. 898.

§ 7. Otras clasificaciones. — Desde otros puntos de vista se destacan los simples y complejos, según que se conformen con un acontecimiento singular o que requieran dos o más acontecimientos para completar la figura del hecho jurídico, que es así compuesto. La eficacia jurídica del hecho dependerá en este último caso de la realización de todos los acontecimientos, que pueden ser estados, actos humanos, acontecimientos externos, estados espirituales⁴⁸. A su vez, los complejos pueden ser simultáneos, en hipótesis de que todos sus elementos se hayan producido en un mismo tiempo, y sucesivos cuando se forman por etapas o en momentos diferentes. En los simultáneos las consecuencias jurídicas siguen de una vez e inmediatamente al hecho, y en los sucesivos, una vez completada la serie de acontecimientos que requiere su formación⁴⁹. Como ejemplos de uno y otro, en la múltiple variedad de casos posibles, basta recordar a los contrarios entre presentes y entre ausentes. En el *factum* sucesivo cada hecho es un escalón previo que acerca al efecto jurídico, pero éste puede malograrse por ausencia o circunstancia impeditiva, de ahí que el efecto jurídico total se halla en estado de incertidumbre objetiva, suspenso o en pendencia. Sin embargo, en cada etapa de ese estado se producen efectos "previos", que no son los del hecho jurídico pleno o completo: es la relación así nacida de la cual se espera, siempre que se complete el hecho jurídico, que se produzca la consecuencia jurídica. Cada

⁴⁷ Barbero, I, nº 167, ps. 342-343; Albaladejo, M., *El negocio jurídico*, Barcelona, 1958, nº 23, p. 42; Farina, *Hecho jurídico*, JA, doctrina 1975-556 rev. 35 y 36.

⁴⁸ Von Tuhr, t. II, vol. 1, p. 15, III; Enneccerus-Nipperdey, I, vol. II, p. 6; Orgaz, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, nº 16, p. 30; López Olaciregui, en: Salvat-López Olaciregui, II, nº 1564-A, p. 176; Brebbia, *Hechos y actos jurídicos*, I, ps. 20-21; Casán Toboñas, 7ª ed., I, p. 635; CNCiv, Sala C, 10/3/80, ED, 88-572, voto del doctor Cifuentes.

⁴⁹ Orgaz, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, p. 31.

uno de los elementos puede dar efectos jurídicos para preparar y asegurar el definitivo. Por sí mismos no tendrían razón de ser sino en vista del efecto definitivo, y son, por eso, "efectos preliminares"; tal el caso de una condición pendiente⁵⁰.

También pueden ser reales o ficticios. En este último caso es la norma la que atribuye los efectos a hechos diferentes de la realidad, como en el fallecimiento presunto por ausencia⁵¹. Transcribiendo a Ortolan, Vélez usó en la nota el término "hechos imaginarios". Dijo que de la misma manera que la ley crea por su poder de abstracción personas y cosas que no existen en la naturaleza, puede crear esos hechos que no tienen realidad ninguna y obran como si hubiesen existido; así el domicilio de origen, aunque el menor al nacer se halle a larga distancia de la casa de sus padres (arts. 89 y 96). Muy relacionado con esta categoría está la de los hechos posibles, pues son probabilidades de acontecimientos futuros que la norma tiene en cuenta para ciertos efectos jurídicos, p. ej., el lucro cesante (arts. 519 y 1089)⁵².

Finalmente, desde un punto de vista procesal, para determinar la carga de la prueba, se los clasifica según las consecuencias en constitutivos, extintivos e impeditivos⁵³. Pero la discriminación de esa carga no es tanto reflejo de una distinción de los hechos, como el corollario del interés de parte en utilizar su importancia para el derecho que defiende⁵⁴.

§ 8. Efectos de los hechos jurídicos. — El art. 896 contempla la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones.

La adquisición comprende el nacimiento de un derecho, pero también la atribución de uno que ya existía y pertenecía a otro sujeto. Se une un derecho al sujeto, y el título de la adquisición es el hecho al cual la ley asigna fuerza bastante para causarla⁵⁵.

§ 9. Adquisición originaria. — Es adquisición originaria —mejor sería "original" o "primaria" — la que se produce a través de una relación directa entre el sujeto adquirente y el derecho adquirido; el derecho es atribuido al sujeto de modo autónomo e independiente de toda relación o situación jurídicas⁵⁶. En el hecho complejo o *factum*

⁵⁰ Von Tuhr, t. II, vol. 1, ps. 19-20; Barbero, nº 165, ps. 333-334; Mesineo, II, ps. 325-326.

⁵¹ Cfr. nota de Vélez a la sección; Brebbia, *Hechos y actos jurídicos*, I, ps. 20-21.

⁵² Salvat-López Olaciregui, II, nº 1564-A, p. 176; Brebbia, *Hechos y actos jurídicos*, I, p. 19.

⁵³ Brebbia, *Hechos y actos jurídicos*, I, ps. 42-43; Orgaz, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, nº 19, p. 33; von Tuhr, t. II, vol. 1, ps. 10-11.

⁵⁴ Barbero, I, nº 166, ps. 335-336.

⁵⁵ Llambías, *Parte general*, II, nº 1361, p. 256.

⁵⁶ Barbero, I, p. 336; Llambías, *Parte general*, II, p. 256.

compuesto, no entra como elemento principal y exclusivo un derecho que pertenece a un sujeto predecesor; puede éste existir, pero no forma el *factum* de la norma⁵⁷. Ejemplificativamente se señalan la acepción (art. 2571), la apropiación de cosas abandonadas (art. 2525), por caza y pesca (art. 2527), que importan la adquisición de un derecho nuevo, pero también la usucapión (art. 3939), pues así como el cazador no ha pedido a nadie el animal sino que lo ha tomado, el poseedor no ha pedido el fundo al dueño sino que lo ha poseído durante el plazo de ley⁵⁸; este último es un caso de sustitución de sujeto no derivada.

Es adquisición *derivada*, cuando la situación jurídica nueva se relaciona con otra que aparece como la relación de origen y es condición de la nueva adquisición⁵⁹; ésta proviene de aquella que le precede y el supuesto hipotético se integra con el hecho y la situación precedente. En el caso de que no hubiere cambio de sujeto, han ocurrido hechos jurídicos ligados a un derecho existente, de lo cual deriva otro derecho para el mismo sujeto, como el ejemplo de la percepción de los frutos por el poseedor de buena fe o de la separación de elementos que integran la cosa del propietario, derivando el derecho de propiedad sobre las nuevas cosas; o el del daño a la cosa del que proviene el crédito del propietario que es el resarcimiento consiguiente (arts. 2524, inc. 5º, 2423, 2522, 1094 y 1095). Cuando en la adquisición derivada hay cambio de sujeto, ocurre la sucesión⁶⁰, que nuestro artículo trata como "transferencia".

La importancia de la distinción radica en el traspaso de la situación del derecho adquirido, de modo tal que su eficacia y contenido queden ligados o no a las del antecedente. En la adquisición primaria el titular no queda sometido a vicios o condiciones que existían anteriormente, a diferencia de lo que ocurre con la derivada, en la que encuentra posible aplicación la regla del art. 3270, *nemo plus iuris transferre potest quam habet ipse*, por lo que la eficacia y contenido quedan condicionados a la eficacia y contenido del derecho preexistente⁶¹. En la primera las modalidades, plazos y excepciones procesales que existían frente al anterior titular no interfieren la titularidad del adquirente, mientras que en la segunda éste no recibe un derecho nuevo sino el que viene con esas limitaciones⁶² y se resiente

⁵⁷ Von Tuhr, t. II, vol. I, § 44, p. 38; Orgaz, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, p. 36; Brebbia, *Hechos y actos jurídicos*, I, p. 28.

⁵⁸ Barbéro, I, nº 166, ps. 338-340; Brebbia, *Hechos y actos jurídicos*, I, p. 28; Orgaz, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, p. 36; von Tuhr, t. II, vol. I, § 44, ap. II, p. 48.

⁵⁹ Hellwing, *Lehrbuch*, I, § 39, transcripto por von Tuhr, t. II, vol. I, p. 38; Orgaz, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, p. 37; Brebbia, *Hechos y actos jurídicos*, I, p. 28.

⁶⁰ Von Tuhr, t. II, vol. I, ps. 38-39.

⁶¹ Liambias, *Parte general*, II, nº 1361, p. 256.

⁶² Orgaz, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, ps. 38 y 39. Ver allí la crítica de la posición de von Tuhr y Enneccerus sobre esto, en nota 13.

necesariamente de los vicios que afectan el derecho adquirido en el transmitente, el cual no puede transmitir más que lo que él mismo tiene. Las excepciones del *dante causam* o *causante*, continúan siendo oponibles al adquirente o "causahabiente"⁶³.

Hay un caso discutido ampliamente en doctrina. Se trata del de adquisición que descansa en la buena fe, sea por aplicación del art. 3430, sea por la de los arts. 1051, 2412 y 996. Para Orgaz, en la sola órbita de los derechos reales se trata de casos de adquisición originaria, pues el adquirente no recibe la propiedad del enajenante ni del titular efectivo extraño a la enajenación, sino por causa de su buena fe que la ley ampara especialmente, aunque no en todos los casos se libera de cargas subsistentes sobre el inmueble, como las reales a favor de terceros⁶⁴. Brebbia distingue tres hipótesis: 1º) consideraría la de posesión de cosa mueble y buena fe (art. 2412), pues la posesión no es la consecuencia sino la causa de la pérdida del titular anterior; 2º) igual solución da para el caso de transmisión de inmuebles a terceros adquirentes, ya que la buena fe y el carácter oneroso del acto son los elementos constitutivos, juntamente con la enajenación viciada por acto nulo o anulable (art. 1051); 3º) en cambio, cataloga de derivada la del heredero aparente, en razón de que la enajenación es el único elemento constitutivo y el adquirente la recibe de quien podía transmitir el derecho; la mala fe del *accipiens* debe ser probada por el que discute su derecho, a quien le basta demostrar que el enajenante había sido declarado heredero (art. 3430)⁶⁵.

Es de considerar exitosa la argumentación de von Tuhr, que ve en estos casos una adquisición derivada. La buena fe procura el derecho únicamente cuando la transferencia es válida por la capacidad de obrar de las partes, la ausencia de vicios del acto y el cumplimiento de los demás requisitos para la enajenación. "La buena fe del adquirente sólo sustituye la falta de derecho por parte del enajenante. La adquisición de buena fe está estructurada en forma tal de tener eficacia derivada y así la considera el adquirente"⁶⁶. No debe olvidarse que si bien el enajenante no es el titular ni está facultado para disponer, es indispensable que exista el acto o negocio, de la misma manera que la buena fe del adquirente; son dos elementos del *factum*, y el primero, salvo la ausencia de titularidad del enajenante desconocida por el adquirente, debe estar cubierto de todos los recaudos de una enajenación válida. No solamente en el caso de la transferencia de un crédito, como la cesión, pasan aquí todos los derechos accesorios como las excepciones que lo afectaban, sino que también las cargas reales se transmiten en la enajenación de un inmueble *a non domino*,

⁶³ Barbéro, I, nº 166. Considera a salvo del principio el caso de títulos transmisibles por endoso, pero es adquisición original; ver, Brebbia, *Hechos y actos jurídicos*, I, p. 31.

⁶⁴ Orgaz, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, p. 37.

⁶⁵ Brebbia, *Hechos y actos jurídicos*, I, ps. 29-31.

⁶⁶ Von Tuhr, t. II, vol. I, p. 59.

tal como lo ha reconocido Orgaz. Y los actos de administración — locación, comodato — del verdadero titular, deben ser respetados por el adquirente tercero de buena fe (arts. 1498, 2670 y 3276), produciéndose una especie de sucesión anómala, pues se adquiere el derecho del titular verdadero precedente, por el acto del enajenante no titular, más buena fe, título oneroso, posesión o posesión hereditaria, según sea el caso. Aun es dable sostener efectos sustantivos de este tipo de adquisición por la buena fe. Así el caso del administrador de bienes ajenos que los arrienda (art. 1511) y luego los enajena arrendados a un adquirente en las condiciones del art. 1051; o el del heredero aparente que administra el bien y luego dispone de él, pues, si el heredero debe respetar esos actos (art. 3429), con mayor razón el adquirente en las condiciones del art. 3430. "Quien adquiere en virtud de su buena fe mediante negocio con un no titular, no puede pretender una situación mejor que la que tendría si el enajenante fuera titular del derecho"⁶⁷.

§ 10. Adquisición derivada. — En la adquisición derivada con cambio de sujeto hay sucesión, lo que el art. 896 expresa como *transferencia* de derechos y obligaciones. Este caso importa sustituir un sujeto a otro en la titularidad de una relación jurídica, la cual perdura invariable en sus datos objetivos⁶⁸. La sucesión por transferencia no es meramente cronológica, pues requiere un nexo de derivación de la relación de uno a otro sujeto; por ello difiere de la usucapación y del botín de guerra, que son adquisiciones originales⁶⁹. Puede ser *translativa*, si todo el derecho con sus accesorios, cualidades y vicios se transfieren al nuevo sujeto; *parcial* si afecta al derecho parcialmente y se produce una partición de éste, como, en el caso de propiedad, la constitución del condominio. Puede ser también *constitutiva* cuando el derecho del autor no se transfiere integralmente sino que de su contenido nace un derecho de contenido inferior, el cual se transfiere a otro sujeto; así en las desmembraciones del dominio, como la constitución, concesión o transferencia de servidumbres, usufructos, prendas, en que se adquiere un derecho distinto y menos extenso del que deriva. Asimismo, háblase de sucesión *universal* o *singular* (art. 3263 y correlativos)⁷⁰.

§ 11. La modificación. — Se relaciona con la alteración, transformación o mudanza de un derecho, ya sea que se produzca dismi-

nución, incremento o variación cualitativa en él sin perder identidad y sin quedar alterada su esencia. Cuando se refiere a los sujetos, trátese de la transferencia o sucesión ya vistas. Como ejemplos de vigorización del derecho que entraña modificación, se dan el de la incorporación de garantías; la constitución en mora (art. 513), pero la del comprador debilita su derecho (arts. 1429 a 1431); otro caso de debilitamiento sería el de la falta de renovación en la inscripción de la hipoteca (art. 3197) o la constituida en grado preferente (art. 3135), o bien una remisión parcial de la deuda o la subrogación real que corresponde al presunto fallecido que reaparece (art. 32, ley 14394). Es también transformación cuando la prestación resulta imposible, pues el crédito no se extingue y toma su lugar otra prestación, la de resarcimiento cuando no es posible restablecerlo, de donde subsisten las fianzas y prendas, la prescripción se transfiere y no se afecta la condición del crédito como elemento de una masa concursal o de un haber hereditario⁷¹.

§ 12. La extinción. — Debe entenderse por tal no solamente la desaparición del derecho por consunción o destrucción, sino también la separación del titular llamada más propiamente *pérdida* del derecho. En este último caso ocurre la transferencia a otro sujeto, mas el efecto jurídico se centraliza en el transmitente que lo pierde y no en el causahabiente que lo adquiere de manera derivada, según se ha visto. La extinción, que puede ser definitiva o transitoria — caso este último excepcional en el cual el derecho revive posteriormente (como ser arts. 2450, 2457, 3181, 2663, etc.) — depende de causas relacionadas con la voluntad (renuncia, transferencia, enajenación), naturales (efectos de la muerte sobre derechos personalísimos), relacionadas con hechos de terceros (usucapación), o con el objeto (aniquilamiento, pérdida de individualidad por adjunción, art. 2594)⁷².

§ 13. Importancia de la ley. — Junto a los hechos, hay autores que consideran que *la ley*, por su sola fuerza, es productora de efectos jurídicos. Se mencionan derechos y obligaciones nacidos *ope legis*, *ipso iure*, tales como las alimentarias⁷³. Se ha considerado, sin embargo, que el hecho nunca está ausente, aun cuando los efectos no se encuentren vinculados a la voluntad de los sujetos, pues, en el ejemplo referido, el desamparo y la relación de parentesco conforman el acontecimiento que integra el supuesto jurídico⁷⁴. Debe recordarse que

⁶⁷ Von Tuhr, t. II, vol. I, p. 63, nota 116.

⁶⁸ Barbero, I, n° 166; este autor emplea el término "subentral".

⁶⁹ Barbero, I, n° 166, quien cita en contra a Corla en nota 8; Enneccerus-Nipperdey, I, vol. II, p. 20, para quien también es originaria la adquisición por buena fe, aunque lo considera muy discutido, ps. 27-28, § 132.

⁷⁰ Von Tuhr, t. II, vol. I, § 45 y 46, ps. 66-103; Enneccerus-Nipperdey, I, vol. II, ps. 20-22; Barbero, I, nota 65; Orgaz, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, nos. 24 y 25, ps. 40-44; Brebbia, *Hechos y actos jurídicos*, I, ps. 31-37.

⁷¹ Von Tuhr, t. II, vol. I, ps. 108-113; Enneccerus-Nipperdey, I, vol. II, p. 3; Lombas, *Parte general*, II, n° 1363, p. 238; Orgaz, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, ps. 44-46; Brebbia, *Hechos y actos jurídicos*, I, ps. 38-39, nota 53.

⁷² Orgaz, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, n° 27, ps. 46-48.

⁷³ Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, p. 7; Salvat-López Olaciregui, II, n° 1553-A.

⁷⁴ Brebbia, *Hechos y actos jurídicos*, I, § 12, p. 19.

Freitas concuerda con esta posición, pues en la nota al art. 431 del *Esboço* dijo que sin hechos que engendren derechos no puede existir derecho alguno, no obstante que después, en la escala de los actos jurídicos, hizo entrar a las leyes nacionales y extranjeras⁷⁵. Por otra parte, resulta fundada la crítica que considera que la ley es siempre causa de cualquier efecto y que no tendría sentido hacer de ella una causa específica; requiere siempre otros coeficientes. La ley no determina el efecto sino que lo contiene. No obstante, puede válidamente concebirse como causa de efectos producidos por ella directamente para comodidad de la expresión, de contenido negativo. Es decir, a fin de poner de relieve la ausencia de la actividad y de la voluntad humana, a la que se sustituye la ley —el Estado— en la producción de efectos⁷⁶.

§ 14. Clasificación de los efectos jurídicos. — En la clasificación de los efectos jurídicos, además de considerarios *activos* o *pasivos* (beneficios o cargas), *definitivos* o *provisionales*, *relativos* (actos relativamente ineficaces acerca de ciertos terceros), *preventivos* o *preliminares* (con condición pendiente), se destaca por su importancia la de efectos *inmediatos* (eficacia coetánea con la realización del hecho, al concretarse íntegramente el *factum*: *ex nunc*) y *retroactivos* (que operan desde antes de su realización: *ex tunc*). En los efectos retroactivos la ley se aleja del postulado lógico y normal que indica que la consecuencia jurídica no puede realizarse mientras no se produzca el último elemento del *factum*, y la desplaza a un momento anterior. Es un recurso de técnica jurídica excepcional y una desviación del principio de causalidad jurídica, que solamente puede disponer la norma. Se produce en los hechos jurídicos complejos, conformados por varios elementos; así A más B y C, con el último de los cuales se completa el supuesto, pero los efectos se retrotraen al tiempo del primero, como en el caso de la fundación, que no existe sin la aprobación legal, pero su existencia se retrotrae al tiempo en que se verificó (art. 47)⁷⁷. El fundamento está dado por la exigencia de medir en el tiempo los efectos del hecho, y la necesidad de remontarse en algunos casos al elemento principal de su configuración⁷⁸. La verdadera retroactividad es real, opera *ipso iure* e incide sobre los terceros; tal el caso de la verificación de la condición, que retrotrae sus efectos al tiempo de la obligación (art. 543), o el de la restitución consiguiente a la anulación del acto jurídico (arts. 1052 y siguientes).

⁷⁵ Freitas, I, p. 223, y Martínez Paz, *Freitas y su influencia*, p. 145, nota en que propone un nuevo plan de codificación, del 20/9/1867.

⁷⁶ Messineo, II, ps. 326-327. Allara, *Vicende*, n.º 142; Santoro Passarelli, *Istituzioni*, n.º 22, citados por Messineo, II, p. 327, nota 4.

⁷⁷ Von Tuhr, t. II, vol. I, ps. 22-25, trae este ejemplo; Brebbia, *Hechos y actos jurídicos*, I, p. 25.

⁷⁸ Messineo, II, p. 323 y ss.; para von Tuhr es acertada la teoría de la ficción, t. II, vol. I, p. 25.

Se ha distinguido la retroactividad de la *retroacción*, la cual importa considerar que el efecto se remonta a un momento antecedente a aquel en que se comprueba el hecho mismo, es decir, anterior al comienzo de realización del hecho en todos y cada uno de sus elementos; y de la *ultraactividad*, en la cual los efectos se prolongan en el futuro más allá de los límites de duración de su causa⁷⁹.

Art. 897. — Los hechos humanos son voluntarios o involuntarios. Los hechos se juzgan voluntarios, si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad.

CONCORDANCIAS: Cód. Civil, arts. 898, 900, 913, 921, 922, 936, 944 y 1070. FUENTES: Freitas, arts. 434, párr. 1.º y 445, inc. 2.º y nota.

§ 1. Clasificación y concepto. — Este artículo, completado por el 900, desarrolla, en la distribución del *Esboço* de Freitas, inspirador de Vélez en la materia (ver la sinopsis del comentario al art. 896), la primera distinción dentro de los hechos jurídicos humanos, es decir, comprensiva de los "actos", pues acto es hecho o acción del hombre. El más tajante punto de vista para comprender los efectos y la imputación correspondiente, es el de la norma que los divide en *voluntarios* e *involuntarios*. La caracterización tiene un alcance indubitablemente jurídico.

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 consecuencias¹. 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 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 mal².

Resalta la *voluntad* para caracterizar los hechos por ser nuestra "facultad activa"; por constituir por sí sola la persona humana³. Es la facultad del espíritu como fuente de energías personales que per-

⁷⁹ Messineo, II, p. 323 y ss.; von Tuhr, t. II, vol. I, p. 31; Brebbia, *Hechos y actos jurídicos*, I, p. 27; Boffi Boggero, *Reflexiones sobre los hechos jurídicos*, LL, 1980-C-850.

¹ Brebbia, *Hechos y actos jurídicos*, I, ps. 51-52.

² Freitas I, ps. 232-233, nota al art. 445.

³ Freitas, I, p. 237.

hay aceptación tácita del acto y complicidad en sus efectos, que lo hacen solidariamente responsable con el tercero⁴.

§ 4. Desconocimiento de la violencia del tercero. — Según el art. 943, si la violencia fue ignorada por la parte que se perjudica con la nulidad del acto, el tercero responderá por los daños y perjuicios.

La falta de libertad en el agente vicia la voluntad y produce la nulidad del acto, según el art. 941, aun en caso de violencia ejercida por tercero cuando las dos partes son inocentes⁵. La parte que se perjudica con esa nulidad puede perseguir del tercero la indemnización correspondiente. Quiere ello decir que la víctima tiene acción de nulidad del acto viciado contra el acreedor ignorante de la violencia, y éste acción de resarcimiento contra el tercero autor de ella⁶. Se ha pensado, con razón, que la reclamación resarcitoria contra el tercero puede ejercerla tanto la parte ignorante y beneficiada con el acto, como la parte víctima de la violencia contra dicho tercero que la ejerció. En cambio, no podría la víctima dirigirse contra la otra parte de buena fe⁷.

§ 5. Ambito de aplicación de los artículos 942 y 943 del Código Civil. — Aun cuando estas normas, con descuido terminológico, solamente utilizan la palabra *fuerza*, es general la interpretación que las considera aplicables a la violencia física o *vis absoluta* y a la violencia moral o *intimidación*⁸.

Estas normas extienden su ámbito de aplicación al *dolo*, por mandato del art. 935.

⁴ Cfr. Llerena, III, art. 942, nº 1, p. 461; Machado, III, p. 163, nota al art. 942, no trata el supuesto de conocimiento *posterior* al acto, aunque si los otros casos de conocimiento anterior, y contemporáneo del acto. La posición de Llerena tiene justificada proyección en la letra de la ley, que no se refiere al tiempo del saber sino al *saber o conocer* por la parte, la acción ilícita del tercero.

⁵ Injustificadamente Machado, III, ps. 163-164, nota al art. 943, critica esta solución, pero su crítica olvida el fundamento de la nulidad, que es la falta de libertad de la víctima.

⁶ Cfr. De Cásperi-Morello, I, nº 333, p. 472. En igual sentido, Brebbia, *Hechos y actos jurídicos*, I, art. 943, § 3, p. 462.

⁷ Cfr. Arauz Castex, II, nº 1602.

⁸ Cfr. Segovia, I, p. 250, nota 43 a los arts. 943 y 944 de su numeración; Salvat-López Oladregui, II, nº 2419, p. 612; Machado, III, nota al art. 943, p. 163; Arauz Castex, II, nº 1602; Brebbia, *Hechos y actos jurídicos*, I, art. 943, § 2, p. 461.

TÍTULO II

DE LOS ACTOS JURÍDICOS

Art. 944. — 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.

CONCORDANCIAS: Cód. Civil, notas a la Sección 2ª, Título I, "De los hechos" y al art. 896; arts. 718, 719, 896 a 899 y 1889.

FUENTES: Freitas, *Esboço*, art. 437; Otolan, *Generalizações del derecho romano*, § 53.

§ 1. Ubicación de la materia. Remisión. — El acto jurídico que define el art. 944 es una especie que pertenece al género hecho jurídico. Del mero *hecho* que abarca todos los acontecimientos, jurídicos o no, hay que pasar al *hecho jurídico*, y éste comprende el hecho humano voluntario (acto), a su vez dividido en *simple acto voluntario lícito* y *acto jurídico*. Se recorre un camino descendente: hecho, hecho jurídico, hecho humano (acto), acto voluntario lícito y acto jurídico¹. La colocación de la figura dentro de ese campo de los hechos como fuentes del derecho, se estudió en el comentario a los arts. 896, § 2, 4 y 6; 897, § 1; 898, § 4 y 899, a cuyas exposiciones nos remitimos.

§ 2. La autonomía de la voluntad es de la esencia del acto jurídico. Sus límites. — Planteado el problema general y filosófico de si la voluntad individual es la que debe ser respetada cuando se trata de la regulación de los intereses particulares, o si, por el contrario, éstos deben quedar subordinados a la reglamentación impuesta por los poderes públicos, nuestra civilización, dentro de ciertos límites, se vuelca a la primera solución. Los derechos privados actualmente vigentes dependen del orden que los individuos se establecen, en armonía con el modo de concebir sus necesidades, con sus peculiares

¹ Con su denominación propia, es el camino seguido por Albaladejo, I, vol. 2, § 77, p. 144, 6; *El hecho jurídico*, Barcelona, 1965; *El negocio jurídico*, Barcelona, 1958. La teoría del negocio jurídico no ha sido aceptada siempre como generalización autónoma, pues algunos consideran que solamente ha servido para dejar casi vacía de contenido la teoría general sobre los contratos, que no haría sino repetir la teoría del negocio jurídico; y porque, según esta posición, una afirmación general no es posible hacerla acerca de los negocios jurídicos testamentarios, ni menos con referencia a los negocios jurídicos familiares: Puig Brutau, I, vol. 1, 2, por Luis Puig Ferriol, Barcelona, 1979, p. 838, XIV, III. Esta idea negativa olvida la aplicación de la preceptiva común, dejando a salvo lógicas peculiaridades, y de otros negocios que no son contractuales, testamentarios o familiares, pero que derivan de declaraciones unilaterales de la voluntad; a título de mero ejemplo, lo que aquí se dice sobre la interposición en mora (*infra* § 6). También el pago o la confirmación de un acto nulo.

aspiraciones y maneras de pensar. Es la *autonomía de la voluntad* la que en el acto jurídico (o negocio jurídico) encuentra la manifestación más saliente. Se concede al sujeto amplio poder para estructurar las relaciones jurídicas que le atañen, según su propia voluntad declarada.²

Decía Ortolan, fuente del art. 944 del Cód. Civil: "Los actos jurídicos llevan consigo necesariamente la noción de la intención y de la voluntad del hombre: éste es el elemento espiritual del acto; mientras que la forma es su vestido exterior y su expresión física".³ Lo cual prefigura en el derecho privado la función autorreguladora de la expresión de la voluntad.⁴

Al reconocer el ingreso de la autonomía de la voluntad en el ordenamiento positivo correspondiente, dice Albaladejo que la declaración de voluntad por sí sola o en unión con otras, o con otros elementos que no sean declaraciones de voluntad, o de unas y otros conjuntamente, se constituye en fundamento del efecto jurídico, y el hecho que lo produce se llama negocio jurídico. Queda así enmarcado el principal sostenimiento de las consecuencias amparadas por el derecho, elevándose la figura del negocio jurídico a cardinal medio de la realización de la "autonomía privada", presupuesta en principio por el Cód. Civil.⁵ El efecto jurídico se produce, no sólo porque el ordenamiento lo vincula al negocio jurídico, sino, principalmente, porque quien celebra el negocio jurídico *quiere producir* el efecto jurídico con su celebración.⁶

Ello no obstante, la ley reglamenta las declaraciones y descarta algunos negocios jurídicos, impidiendo sus efectos propuestos. La declaración sólo vale si reúne los requisitos prescriptos por la ley (del sujeto, del objeto, de la forma). El sujeto puede regular sus relaciones, según su propia voluntad, y la ley le facilita el instrumento del negocio, pero no puede cambiar la estructura o los requisitos o el modo de ser del negocio que utiliza (como si pretendiera donar un inmueble por escritura privada; dictar un testamento irrevocable, o, sin capacidad, un menor otorgar testamento ológrafo, etcétera).

² Albaladejo, I, vol. 2, § 77, p. 139; Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, p. 39 y ss.; Mesineo, II, p. 340; Orgaz, *Nuevos estudios*, p. 207; López Olaciregui en Salvat-López Olaciregui, II, nº 1621-A, p. 223; Larenz, *Parte general*, § 18, p. 422.

³ Ortolan, *Generalizaciones*, I, nº 53, p. 72 y siguientes.

⁴ Para otros desarrollos sobre autonomía de la voluntad, ver esta obra, t. 1, comentario al art. 21, § 1, p. 101.

⁵ Larenz, *Parte general*, § 18, I, p. 422. Son palabras perfectamente aplicables a nuestro ordenamiento.

⁶ Larenz, *Parte general*, § 18, I, p. 422; Stolfi, *Teoría del negocio jurídico*, p. XXIV. En contra, Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, p. 47, para quien desde el punto de vista de la teoría perceptiva que preconiza, dice que los efectos jurídicos se producen en cuanto están dispuestos por las normas, las cuales, acogiendo como presupuesto de hecho el acto de autonomía privada, se remiten a él como supuesto necesario y suficiente. Stolfi sostiene con razón que por esa vía el negocio jurídico pierde importancia y fundamento, nota 20.

Dentro de la autonomía de la voluntad, el particular puede crear nuevos negocios no regulados por la ley, o bien modificar los efectos de un negocio singular regulado por ella. Pero, en ciertos casos, la norma se limita a poner a disposición de los particulares negocios preestablecidos, dotados de efectos inalterables, como ocurre con el derecho de familia, en que el matrimonio es la única forma posible de unión de hombre y mujer que no sea de mero hecho; en él los efectos del acto no pueden pactarse y la autonomía de la voluntad está restringida al mínimo grado.

Finalmente, hay también restricciones generales que proceden de la moral, las buenas costumbres, el orden público o conceptos similares, a los que se remite la ley.⁷

§ 3. La teoría moderna del negocio jurídico. Algunas definiciones. — En Roma no se construyó una teoría del negocio jurídico. Se originó en los pandectistas alemanes y se consagra en todos los estudios que pertenecen a la parte general del derecho civil, extensible sin excepción a las diversas ramas del derecho privado. Esta sistematización moderna, surgida el siglo pasado, tuvo arraigo en Alemania e Italia, denominándose *negocio jurídico* a los actos que Savigny había designado *declaraciones de voluntad*. Se expandió también en España, no así en Francia, en donde se habla, como entre nosotros, de actos jurídicos.⁸

Como ejemplo de las distintas nociones que dentro de la moderna concepción se han dado, es de recordar la de Mesineo, que dice: "negocio jurídico es una declaración de voluntad privada, o un conjunto de declaraciones de voluntad privada, dirigidas a la producción de determinados efectos jurídicos, que el ordenamiento jurídico reconoce y garantiza en los límites de la correspondencia entre ellos y la voluntad que persigue tales efectos, y en cuanto se trate de efectos no ilícitos".⁹ Más escuetamente, otros autores italianos dicen que "es el acto de una voluntad autorizada por el ordenamiento jurídico para perseguir un fin propio".¹⁰ Santoro Passarelli, en parecidos tér-

⁷ Albaladejo, I, vol. 2, p. 142. CNCiv. Sala D. 15/7/77, ED. 75-188; 1ª Inst. Civ. Cap. 1/6/65, ED. 15-463; CCiv. 1ª Cap. 21/6/26, JA, 20-760; CNCiv. Sala D. 26/6/58, LL, 92-413. Corresponde señalar las atemperaciones actuales al dogma de la autonomía de la voluntad, en tanto se la considera un instrumento del bien común; Nazeaud, II, I, nº 116, p. 129; Saleilles, *De la déclaration de volonté*, Paris, 1929, nº 60, p. 351; Scognamiglio, R., *Contratti in generale*, nº 3, p. 9, en Grosso y Santoro Passarelli, "Trattato di diritto civile", Milano, 1966; Pugliatti, S., *Autonomía privada*, en "Enciclopedia del diritto", t. IV, p. 366; Ferri, L., *La autonomía privada*, Madrid, 1963, p. 5; Santos Briz, III, p. 244.

⁸ Castán Tobeñas, 7ª ed., I, p. 656; Albaladejo, I, vol. 2, § 77, p. 143; Boffi Boggero, *Reflexiones sobre los hechos jurídicos*, LL, 1980-C-850. Ver *supra*, comentario al art. 913, § 2 y 3.

⁹ Mesineo, II, p. 338. En la transcripción se ha simplificado la definición eliminando ideas marginales, especialmente las encerradas entre paréntesis. La definición de Castán Tobeñas, 7ª ed., I, p. 657, resulta parecida.

¹⁰ Santoro Passarelli, § 2, nº 26, p. 139, con citas de Betti, Stolfi, Carloti Ferrai, Candian, Scognamiglio, Ferrante y De Giovanni.

mico, sostiene que el negocio jurídico "es un acto de autonomía privada, encaminada a un fin que el ordenamiento considera merecedor de tutela" ¹¹.

La doctrina alemana ha dado también diversas definiciones. Ejemplificativamente, tenemos la de Enneccerus: "el negocio jurídico es un supuesto de hecho que contiene una o varias declaraciones de voluntad y que el ordenamiento jurídico reconoce como base para producir el efecto jurídico calificado de efecto querido" ¹². Sobre estas bases germánicas, Orgaz, entre nosotros, propone la siguiente definición: "es el conjunto de circunstancias en que se contiene una o varias manifestaciones de voluntad privada, que debe producir determinadas consecuencias jurídicas de conformidad con la ley y con el querer de los otorgantes" ¹³. Karl Larenz, por su lado, se atiene al concepto legal, y dice que: "El Código Civil —alemán— conceptúa como 'negocio jurídico' un acto —o una pluralidad de actos entre sí relacionados, ya sean de una o de varias personas— cuyo fin es producir un efecto jurídico en el ámbito del derecho privado, esto es, una modificación en las relaciones jurídicas entre particulares" ¹⁴.

§ 4. Esclarecimiento terminológico. — La denominación de *acto jurídico*, que emplea el Cód. Civil argentino, y que también es la utilizada en el derecho francés, se corresponde con el concepto de "*negocio jurídico*" expuesto en la ley positiva y en la ciencia jurídica italiana y alemana, así como también por la mayor parte de la doctrina española. En cambio, cuando en estos países se emplea el nombre de *acto jurídico*, tiene el sentido que entre nosotros se suele relacionar con el concepto de *simple acto voluntario lícito*, que regula el art. 899 ¹⁵.

También en la teoría de aquellos países se ha empleado como sinónimo de *negocio jurídico* el de *declaraciones de voluntad*, pero según Albaladejo puede tratarse de un hecho simple, y en tal caso consta de una sola declaración de voluntad (v. gr., el testamento), siendo sinónimos; pero si es complejo, puede encerrar varias declaraciones de voluntad, o bien una o más y además otros elementos (v. gr., compra-venta, préstamo, adopción) ¹⁶. En este segundo supuesto es un negocio jurídico único con el que la ley forma una unidad superior, aunque los elementos que lo componen *por sí solos*, aisladamente, pudieran ser también hechos o actos jurídicos ¹⁷.

¹¹ Ver *supra*, nota 10.

¹² Enneccerus-Nipperdey, I, vol. III, p. 54.

¹³ Orgaz, *Nuevos estudios*, p. 203.

¹⁴ Larenz, *Parte general*, I, § 18, p. 421.

¹⁵ Cfr. las distinciones y citas de Belluscio, *Derecho de familia*, I, n.º 73, p. 158. Ver comentario al art. 899, § 2.

¹⁶ En el préstamo, dos declaraciones más la entrega de la cosa; en la adopción, aparte de las declaraciones, la aprobación judicial.

¹⁷ Cfr. Albaladejo, I, vol. 2, § 77, nos. 3 y 4, ps. 143 y 144. Véase también Castán Tobénas, 7.ª ed., I, n.º 3, p. 657; Espín Cánovas, *Parte general*, ed. 1951, vol. I, p. 226. Por encima de la denominación que las partes den a los actos

a) *Acto*. Por tratarse de un acto, es un hecho jurídico humano, es decir, que se distingue del hecho jurídico de la naturaleza, o externo, el cual ocurre con prescindencia de la acción del hombre ¹⁸.

b) *Acto voluntario*. El acto, según la definición del art. 944, debe ser voluntario. El acto, como hecho jurídico humano, entra en la categoría de voluntario cuando se agrega a la fenomenicidad o evento relevante para el derecho por sus repercusiones jurídicas, la voluntariedad en tanto es acto ejecutado con discernimiento, intención y libertad, según la estructura interna de la voluntad expuesta por la ley ¹⁹.

La "teoría preceptiva" liderada por Betti, sin embargo, y que también se ha llamado "normativa u objetiva", entiende que es erróneo considerar que en el negocio jurídico debe verse un contenido esencialmente volitivo, pues ese acto tiene naturaleza preceptiva, consistente en una norma establecida por la autonomía privada. Tal mandato o precepto proviene de la voluntad, pero ésta es algo anterior, como momento psicológico previo, al acto mismo; es fuente generadora, no contenido del acto o negocio jurídico. La voluntad se ha determinado en un sentido u otro antes y se agota con la declaración que contiene el negocio, quedando una *lex privata* estatuida por ella, al igual que una vez sancionada una ley o norma jurídica, ya no importa el legislador. De ahí que, para esta teoría preceptiva, creada la regla que regula las relaciones privadas —negocio—, no importa el que la dictó (la voluntad) ²⁰. Albaladejo señala que el interés de dicha teoría es el de haber captado analíticamente que el negocio jurídico es un precepto o reglamentación establecida por la autonomía privada, pero que no por ello se puede desconocer que procede de la voluntad de las partes, y que ésta es su fundamento y es decisiva para la regla

jurídica, lo que cuenta es su verdadera naturaleza; CNCiv, Sala D, 19/4/74, ED, 56-289.

¹⁸ Sobre estos tópicos, ver los comentarios a los arts. 893, § 5, 897, § 1, 2, 6 y 9, y 900. Llambías, *Parte general*, II, n.º 1439; Orgaz, *Hechos u actos o negocios jurídicos*, n.º 9; Spota, I, vol. 36 (8), n.º 1775.

¹⁹ Orgaz, *Hechos u actos o negocios jurídicos*, n.º 10; López Olaciregui, en Salvat-López Olaciregui, II, n.º 1621-B, p. 227. CNCiv, Sala F, 10/10/72, ED, 47-15; id., Sala E, 13/8/79, ED, 84-418.

²⁰ Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, n.º 3, p. 51; Carliola Ferrara, *El negocio jurídico*, p. 60 y ss. En España, siguiendo también un criterio objetivo, se han levantado voces como las de Díez Picazo-Cullón, *Sistema de derecho civil*, Madrid, 1978, t. I, p. 535, en cuanto acentúan el carácter reglamentario del negocio, pues establece la regla de conducta o precepto por el cual debe regirse la conducta: "es fuente, en otras palabras —dicen—, de una regla jurídica, de un precepto de autonomía privada". Tratando de conciliar las dos teorías, De Castro y Bravo, Federico, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, p. 32, ha distinguido la doble eficacia *del título*, de creador de una nueva realidad jurídica, de una *regla*, para medir la conducta, o sea, el significado "preceptivo" del negocio.

mentación que estableció, y, por tanto, también para el contenido que la regla encierra ²¹.

Dando toda su significación a esta característica del acto jurídico, se ha sostenido también que la *voluntad* es la determinante de los efectos, porque el acto es una expresión de voluntad dirigida a un fin. De modo que contiene dos elementos: uno externo, que es el acto, y otro interno, que es la voluntad ²².

Sin embargo, en algunos casos el negocio jurídico aparece y produce efectos aunque sea defectuosa, o inclusive falte, la voluntad. Circunstancia tal que deriva de la prelación que en determinadas situaciones se atribuye al elemento externo de una relación jurídica ²³, lo cual no puede desnaturalizar la esencia del fenómeno ²⁴, que se nutre en principio y generalmente de una voluntad plena y sana.

En la concepción antigua de los elementos del acto jurídico, se situaba este atributo como uno de los llamados *esentialia negotii*. Es decir, uno de aquellos sin los cuales el acto no puede existir ni formarse, diferenciándolo de los elementos que llamaban naturales (*naturalia negotii*) o accidentales (*accidentalita negotii*) ²⁵.

c) *Acto lícito*. Además de voluntario, la norma destaca la característica de la *licitud*. Por definición, el acto o negocio es un acto lícito, o sea objetivamente conforme con el derecho ²⁶, pues no se concebía que el ordenamiento tutelara actos contrarios al ordenamiento mismo, por lo cual la voluntad del sujeto debe subordinarse a la norma ²⁷. De donde, cuando en sus elementos aparece lo prohibido, lo contrario al orden público, a las buenas costumbres, la ilicitud se comunica a todo el acto y, en consecuencia, éste es inválido ²⁸. Ambos caracteres, el de la voluntariedad y el de la licitud, tienen directa repercusión sobre el problema de la validez o invalidez del acto, pues la falla o la ausencia de tales atributos desemboca en la nulidad, a diferencia del que le sigue en la definición legal (el propósito o fin inmediato), que es característica diferenciadora del negocio o acto jurídico frente a los simples actos voluntarios lícitos.

Por lo demás, no se olvide que los actos ilícitos también son hechos humanos voluntarios; de ahí que la reunión de los dos caracteres expuestos tenga la importancia de dar lo propio del acto jurídico,

²¹ Albaladejo, I, vol. 2, n.º 6, p. 149.

²² Pugliatti, S., *La volontà, elemento essenziale del negozio giuridico. Diritto civile*, Milano, 1951, p. 63 y ss.; Ondel, *La volontà nei contratti*, Foro Padano, 1949, II, ps. 17 y siguientes.

²³ Para el tema de las teorías de la declaración y de la voluntad y los casos en que prevalece la declaración excepcionalmente en nuestra ley, ver el comentario al art. 897, § 14.

²⁴ Cfr. Santoro Passarelli, § 2, n.º 26, p. 140.

²⁵ Ortelan, *Generalizaciones*, § 119; Albaladejo, I, vol. 2, ps. 150 y 151, criticando ese desarrollo, dice que son *requisitos* del elemento declaración.

²⁶ Cfr. Orgaz, *Nuevos estudios*, p. 212. CNCiv, Sala E, 13/6/79, ED, 84-118.

²⁷ Llambías, *Parte general*, II, n.º 1439, 3.º.

²⁸ Orgaz, *Nuevos estudios*, p. 212. CNCiv, Sala D, 15/7/77, ED, 75-188.

aunque falte la tercera condición del fin inmediato, pues ésta permite hacer otras diferenciaciones ²⁹.

d) *Fin inmediato de producir efectos jurídicos secundado por el ordenamiento legal*. El fin inmediato de producir efectos jurídicos, característica sobresaliente en la ley, puesto que constituye un elemento de su definición colocado en tercer término, es lo que mayormente tipifica a los "actos o negocios jurídicos". Según se ha visto, los distíngue de todos los otros que pese a ser voluntarios y lícitos no son expresión del querer o propósito fuertemente coloreado de jurídico, por dirigirse a la obtención de efectos de derecho. En tal sentido, dijo Savigny, inspirador de Vélez en la materia: "en cuanto a los actos libres, la voluntad del agente es susceptible de dos modos de actividad: a) puede tener por objeto inmediato formar o destruir la relación de derecho, aun cuando esto no sea sino un medio de conseguir un fin ulterior no jurídico; y entonces se llama a los hechos de esta especie, manifestaciones de voluntad; b) puede tener directamente por objeto un fin no jurídico, de suerte que los efectos jurídicos aparezcan a la conciencia como subordinados o no aparezcan en absoluto" ³⁰.

Cuando la voluntariedad va dirigida a tales efectos jurídicos, que en la definición del art. 944 se concretan en que ella se encamine a "establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos", queda caracterizado el acto o negocio jurídico. Mientras que si tal propósito o intención (tomada la palabra con este sentido), se dirige a un fin no jurídico, es decir, a la obtención de efectos extraños a las relaciones jurídicas entre personas, en la variada gama enunciativa de la norma, tendríamos un simple acto voluntario lícito, que solamente produce efectos en derecho por disposición legal, no por la voluntad del sujeto ³¹.

Sin embargo, es atendible la crítica de Orgaz, quien sostiene que si es el querer real o psicológico del agente el que determina que el acto sea jurídico o no, toda clasificación *a priori* se torna imposible (no podría indagársela, realmente). La solución de cada caso tendría que venir *a posteriori*, según la finalidad real y concreta perseguida por el agente, lo que es rechazado por la doctrina común, porque la ley no autoriza esta indagación: no es la finalidad individual y varia-

²⁹ Para un examen general del acto lícito y de su opuesto, acto ilícito, ver comentario al art. 898.

³⁰ Savigny, *Sistema del derecho romano actual*, II, § CIV.

³¹ Cfr. para éstos últimos, y las distinciones y efectos consiguientes comentario al art. 899. Tal es la caracterización corrientemente explicada en la doctrina nacional: cfr. Salvat-López Olaciregui, II, n.º 1621, p. 227; Borda, *Parte general*, II, n.º 825, p. 82; Llambías, *Parte general*, II, n.º 1439; De Gasperi-Morrello, I, ps. 16 y 17; Arauz Castex, II, nos. 1191 y 1187. Asimismo ver Enscerius-Nipperdey, I, vol. II, p. 11, IV; Latenz, *Parte general*, p. 422. Dice este último autor: en los casos normales es un acto finalista, dirigido adecuadamente a la producción de una determinada consecuencia jurídica: Castán Tobeñas, 7.ª ed., n.º 4, p. 658. CNCiv, Sala A, 29/11/60, JA, 1961-IV-173.

ble la que se toma en cuenta, sino la "típica" e invariable que regarmente corresponda al acto; tampoco es la voluntad psicológica y real, sino la voluntad "debida" en la respectiva situación, la voluntad que la ley atribuye al agente en cada caso ³².

La idea podría empalmar con la expuesta al dar explicación de los simples actos voluntarios lícitos, según la enseñanza de Barbero, en el sentido de que lo relevante es la norma. Si ella prescinde de la intención o de la finalidad del sujeto, y, cualquiera que sea ésta, programa sus efectos, sería simple acto voluntario lícito. Mientras que, si se atiene a dicha intención, la comprende y la tutela, admitiendo los efectos queridos, será acto o negocio jurídico ³³. Este criterio, que se liga con lo comentado sobre la autonomía privada (ver *supra*, § 2) —pues podría decirse que son dos aspectos de un mismo fenómeno, ya que aquélla lo capta a través de un sentido social, político y filosófico, revelando la esencia del mundo occidental de libertad y el respeto a la dignidad de la persona, mientras aquí se pondera la estructura interna del acto jurídico, impregnada de su elemento caracterizante— tiene la fuerza de revelar la verdadera finalidad del acto como ordenadora de las vinculaciones de derecho, más que como impulsos o móviles variables del ánimo del sujeto.

Dice Barbero, al dar los tres elementos negociales (la manifestación, la voluntariedad y la intención, en cuanto trascienden o son relevantes a los efectos jurídicos), que la intención es "la preordenación de un hecho voluntario, en el sujeto que lo lleva a cabo al logro de un fin". Pero el fin del sujeto se realizará, no por virtud de la manifestación misma de la intención, sino en cuanto a esa manifestación vincule el ordenamiento jurídico aquellos efectos jurídicos que, *secundando la intención* manifestada por el sujeto, aparezcan los más idóneos para realizarlo en forma jurídica. Cuando el ordenamiento no secunda la intención, ésta es irrelevante y no habrá negocio jurídico. El secundamiento por derecho objetivo de la intención en los efectos dispuestos por el ordenamiento jurídico a fin de realizar el negocio, da la noción integral de éste ³⁴. El negocio y la voluntad negocial son la premisa de hecho de los efectos; la causa de ellos, en sentido propio, está en la norma ³⁵.

Concordantemente, parte de la doctrina nacional ha sostenido que a los cuatro caracteres constitutivos del acto jurídico (acto; acto voluntario; acto lícito; y finalidad específicamente jurídica), ha de añadirse un quinto, la consagración legal de ese fin jurídico, consagración que

³² Orgaz, *Estudios de derecho civil*, p. 144. Se embarca en una idea prácticamente psicológica plena, Aguiar, *Hechos y actos jurídicos*, I, § 14, p. 25.

³³ Cfr. comentario al art. 899 y sus citas en § 1.

³⁴ Barbero, I, p. 434.

³⁵ Cfr. Messineo, II, p. 339, I bis. Se ha considerado que la calificación del acto jurídico proviene exclusivamente de la ley, C 3ª Paz Letada Cba, 31/5/68, LL, 132-686.

Sobre el tema de la persecución de efectos jurídicos, como propósito del agente al obrar el acto, también se ha suscitado grave crítica por estimarlo incierto o irreal. Se ha sostenido que las partes no se proponen un fin jurídico, sino siempre un fin práctico; a menos de ser juristas, no tienen conciencia de producir un resultado de derecho; ellas sólo se proponen resultados económicos y empíricos. Así, ejemplificativamente se ha dicho, cuando una persona sube a un ómnibus no procura celebrar el contrato de transporte, sino hacerse conducir; quien compra alimentos en una rotisería, lo hace estimulado por el apetito o por el precio conveniente del producto; al igual que si en una tienda se adquiere una camisa o una corbata, no se presenta en la conciencia del consumidor el contrato de compraventa, sino el placer o la necesidad ³⁷.

Como sostiene Borda, la objeción no es decisiva, porque si el fin práctico tiene además un resultado jurídico, sépanlo o no las partes, lo han perseguido. Aunque en la generalidad de los casos falta en absoluto la consideración jurídica, pues, asevera Orgaz, está implícita en la medida en que dichos resultados puedan exigirse en casos de incumplimiento ³⁸. Los aspectos psicológicos y económicos no impiden advertir el fin inmediato relevante para el derecho, como, en la compra, hacerse dueño ³⁹. En el ejemplo de Borda, al comprar el paquete de cigarrillos prepondera el placer de fumar y solamente se piensa en ello, pero se ha tenido en vista adquirir el derecho a los cigarrillos ⁴⁰. En todos estos casos trasunta siempre el compromiso adquirido: pagar, recibir, transportar, etc., de manera que el sujeto tiene sobreentendido que contrae determinadas obligaciones, y ello es el segundo plano de que hablaba Orgaz, que fuertemente colorea de jurídica la intención.

También se ha objetado que los actos jurídicos (negocios) suelen producir efectos no queridos por las partes, ni representados por ellas. La ley imperativa, sobre todo, impone efectos a la voluntad de las partes, y hasta las modificaciones pretendidas por ellos carecen de eficacia. Pero el elemento denominado en el art. 944 del Cód. Civil, "*fin inmediato*", hace referencia sólo a los efectos principales e inmediatos propiamente dichos en su expresión empírica; por eso no es decisiva la calificación jurídica que den los interesados a esos efectos, y, si hubo error, incumbe a la interpretación establecer

³⁶ López Olaciregui, en Salvat-López Olaciregui, II, n° 1621-B, II; Belluscio, *Derecho de familia*, I, n° 72, ps. 157-158.

³⁷ Cfr. Danz, *La interpretación de los negocios jurídicos*, Madrid, 1929, p. 21 y ss.; Borda, *Parte general*, II, n° 825; Arauz Castex, II, n° 1191; Orgaz, *Nuevos estudios*, p. 213 y ss.

³⁸ De esta manera, Orgaz ha modificado su anterior criterio expresado en *Estudios de derecho civil*, p. 145, al redactar *Nuevos estudios*, p. 215; Larenz, *Parte general*, § 18, p. 422.

³⁹ Cfr. Arauz Castex, II, n° 1191, 4.

⁴⁰ Borda, *Parte general*, II, n° 825.

la verdadera correspondencia entre los efectos empíricos y la calificación jurídica adecuada ⁴¹.

§ 6. Comparación, ejemplos y diferencias con el simple acto voluntario lícito. — Lo dicho hasta aquí permite dar la síntesis de un paralelo entre el simple acto voluntario lícito y el acto o negocio jurídico. La nota distintiva es el tercer carácter de su estructura jurídica, a saber, la finalidad jurídica perseguida por el sujeto o los sujetos del acto. Dicho *fin inmediato*, que es el propósito o la intención de la parte o partes que el ordenamiento asume y, dándole su apoyo en cuanto se ha exteriorizado, lo liga a los principales efectos jurídicos idóneos para conseguirlo, pone distancia entre el acto jurídico y el simple acto lícito. En éste, según la ley o el derecho objetivo, carece de relieve la intención dirigida a efectos jurídicos; en aquél, la ley o norma de derecho secunda la intención y los efectos jurídicos que-ridos, en el sentido de que este querer, a través de una representación empírica de lo buscado, trasunta un resultado jurídico explícita o implícitamente atendido por el sujeto.

Así, el acto de alambra un campo no trasunta, según la ley, un resultado jurídico previsto por el sujeto, sino exclusivamente práctico (evitar el paso de la hacienda), al cual, sin embargo, y al margen de lo que se propone (*secundum legem*) el sujeto, la ley le confiere efectos, pues es un acto posesorio del que se siguen consecuencias legales ⁴². Pintar un cuadro o tallar la piedra en escultura, tiene para el sujeto en la trascendencia normativa un fin empírico, estético o de creación artística, al que no da la norma relieve ni secunda en sus efectos; no obstante, aparece la adquisición del derecho intelectual sobre el cuadro o la escultura, más allá del propósito empírico explicado y que según la norma no es relevante para el sujeto ⁴³.

En el comentario al art. 899, se ha repasado la variada gama de los actos voluntarios lícitos que no son actos jurídicos, con la enumeración de artículos del Código (*supra*, § 3), recordando la división que en la doctrina se hace al respecto.

Como allí se dijo, uno de los actos conflictivos es la interpelación para poner en mora (art. 509), o para obtener la resolución por incumplimiento en el pacto comisorio implícito o legal (art. 1204). Se

⁴¹ Cfr. Orgaz, *Nuevas estudios*, p. 216; Albaladejo, I, vol. 2, pá. 146 y 147, 3. Espín Cánovas, *Parte general*, I, p. 226, marca lo de la representación de las consecuencias jurídicas inmediatas, aunque se produzcan otras no previstas.

⁴² Cfr. Borda, *Parte general*, II, n.º 836.

⁴³ Ejemplo también de Borda, *Parte general*, II, n.º 836, a los que se ha enmarcado en la teoría aquí aceptada. Cabe recordar el ejemplo de la pesca deportiva, comparada con la pesca comercial: esta última es acto jurídico, aquella simple acto voluntario lícito, pues el pescador por mero placer o deporte solamente se propone gozar un buen momento, divertirse y, valga la repetición, pescar, sin que la ley atribuya a esta intención relevante consideración jurídica, no obstante que, obtenida la presa, el pescador accede al dominio de ella por apropiación, dándole la ley efectos al margen de los que se propuso y de la intención como tal, secundada por el derecho.

discrepa sobre si se trata de un simple acto lícito o de un verdadero acto o negocio jurídico unilateral ⁴⁴. El reconocimiento de un derecho creditorio es un acto jurídico ⁴⁵.

Las aplicaciones de esta distinción tienen importancia, pues los simples actos voluntarios lícitos no se rigen en sus valores y condicionamientos por las normas sobre capacidad del sujeto, concepto del objeto, vicios invalidantes de la voluntad y prescripciones sobre formas jurídicas. Configuraciones institucionales que si se proyectan con toda la fuerza de sus efectos y de su regulación legal en el acto o negocio jurídico, cualquiera que sea su tipicidad derivada de la ley. Lo cual tiene una lógica indudable si se piensa que en los primeros la norma no secunda el querer del agente, o sea, la dirección impresa a su voluntad, mientras que los definidos por el art. 944 tienen en este carácter, llamado "fin inmediato", su relieve normativo específico.

§ 7. Efectos jurídicos del acto o negocio. — La enunciación del art. 944 no se corresponde exactamente con la contenida en el art. 896, ya comentado (*supra*, art. 896, § 8). En este segundo precepto están las expresiones "adquisición", "modificación", "transferencia" y "extinción" de derechos y obligaciones. Mientras que el art. 944 contiene las de "crear", "modificar", "transferir", "conservar" y "aniquilar" derechos ⁴⁶. Pero al margen de que se coincide únicamente en los verbos "modificar" y "transferir", lo cierto es que se encierran en ambas enunciaciones conceptos similares, y se refieren a lo mismo ⁴⁷.

Desde este punto de vista, nos remitimos a la exposición que de cada uno de dichos conceptos se ha realizado en el comentario al art. 896, § 8, pues las palabras "crear" y "aniquilar" que contiene el art. 944, tienen raíz semántica semejante a las de "adquisición" y "extinción", que vienen a ser acción y efecto de "adquirir" y "extinguir". Cabría solamente señalar que, apartándose de la fuente directa de esta redacción, Ortolan ⁴⁸ agregó nuestro codificador el verbo "conservar", lo que está relacionado con los actos de administración conservatorios. Se trata de conservar un bien o derecho patrimonial que está en peligro de perderse; de ahí que sea cometido específico

⁴⁴ Cfr. aparte de lo ya dicho *supra*, comentario al art. 899, § 3 y 4 (donde se exponen las opiniones discrepantes del autor de este comentario y del director de la obra), el estado de la cuestión en Bueres, Alberto J., *El pacto comisorio y la mora del deudor*, LL, 1980-A-843, especialmente p. 856, nota 54.

⁴⁵ CNCiv, Sala B, 20/12/77, ED, 79-227; también el pago, CNCiv, Sala D, 19/6/80, ED, 89-657.

⁴⁶ El art. 437 del *Esbozo*, de Freitas, fuente del Código, tiene redacción más sencilla y coincidente con el art. 896: "Cuando los actos lícitos *tuvieren por objeto inmediato* alguna adquisición, modificación o extinción de derechos, serán designados bajo la denominación de *actos jurídicos*". En las palabras empleadas, Vélez siguió aquí a Ortolan, *Generalizaciones*, 1.ª parte, tít. II, § II: "Hay ciertos hechos que tienen especialmente el objeto de establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir o aniquilar derechos". Ver también transcripciones en Orgaz, *Estudios de derecho civil*, p. 138, nota 17.

⁴⁷ Cfr. Aranz Castex, II, n.º 1188.

⁴⁸ Ver *supra*, nota 43.

de los administradores de bienes ajenos y hasta de los meros curadores de bienes ⁴⁹.

§ 8. **Elementos del acto o negocio jurídico.**— Entre nuestros autores es corriente considerar la existencia de elementos esenciales del acto jurídico que tienen generalidad, en tanto que no se podría admitir ningún acto al que le faltara uno de ellos. Es lo que los antiguos llamaban "*essentialia negotii*". Algunos sostienen la existencia de cuatro de tales elementos: el sujeto, el objeto, la forma y la causa ⁵⁰. Los anticalausalistas solamente admiten tres, suprimiendo la causa ⁵¹. Se los ha llamado también *requisitos* del acto o negocio ⁵².

Para Santoro Passarelli, el sujeto y el objeto no son técnicamente *elementos* ni *requisitos* del negocio, sino sus *presupuestos*, ya que los considera *términos* entre los que y sobre los cuales el negocio se constituye; aunque necesarios, no están dentro —dice—, sino fuera del negocio. Otros serían, para este autor, los elementos, lo que se podría llamar "el *material* de construcción del negocio". Pero, a continuación, concede que tanto el sujeto como el objeto deben ser idóneos y, desde ese punto de vista se puede hablar correctamente de requisitos subjetivos y objetivos del negocio. Entre los verdaderos elementos constitutivos (o material de construcción), menciona la *voluntad* (el contenido); el *acto* (en el sentido de *forma*, que traduce al mundo exterior la voluntad del sujeto), y la *causa* ⁵³.

Es de destacar que aparte de dichos elementos *generales* (requisitos o presupuestos, según la orientación teórica que se adopte), en

⁴⁹ Cfr. Orgaz, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, n.º 43, p. 81.

⁵⁰ Cfr. Aranz Castex, II, n.º 1192; Etcheverry Boneo, *Curso de derecho civil. Parte general*, III, n.º 232, p. 230; aunque no lo exprese, Borda, *Parte general*, II, n.ºs. 842, 852, 872, 919 y los que siguen en cada caso, trata cada uno de tales elementos; Carbonnier, I, vol. 1, p. 189, los llama "condiciones de validez".

⁵¹ Cfr. Llambias, *Parte general*, II, n.º 1453.

⁵² Cfr. Espín Cánovas, *Parte general*, I, p. 228, III; Albaladejo, I, vol. 2, § 77, p. 142, aunque este autor al entrar luego en materia sostiene que el único elemento del negocio es la declaración de la voluntad (§ 78, p. 145); también más adelante se declara partidario de la teoría de la causa, no como uno de los elementos, sino como estudio de la meta del negocio (§ 93, p. 268). Stolfi, *Teoría del negocio jurídico*, § 5, ps. 17 y 18, que incluye a la "causa", supone a la "forma", pues entiende que no es elemento autónomo de ningún acto, sino una característica particular del consentimiento en ciertas hipótesis excepcionales. Además sustituye al "sujeto" por el "consentimiento".

⁵³ Santoro Passarelli, § 2, 27, p. 145, § 2, 28, p. 152. En el estudio del acto jurídico contrato, que es una especie de negocio, López de Zavalla, *Teoría de los contratos. Parte general*, § 4, p. 51, considera al sujeto y al objeto como presupuestos; Plantou, M. A., *Contratos civiles*, Córdoba, 1975, I, 17, 4, se refiere a los "requisitos de validez", y menciona la capacidad, el objeto, la forma y la causa. Según Messineo, II, n.º 4, § 36, p. 357, el sujeto y el objeto no son elementos sino "términos de referencia", o coeficientes de la relación jurídica. Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, cap. II, ps. 97 y ss., estructura el negocio sobre la base de la forma y el contenido, que vienen a ser la declaración o comportamiento por un lado, y el precepto de la autonomía privada por el otro.

cuanto necesarios componentes de todo acto o negocio jurídico, existen elementos esenciales *particulares*, exigidos para cada clase de negocio de que se trate. Son, pues, elementos esenciales especiales de los respectivos negocios (como el precio en dinero para el contrato de compraventa; la diferencia de sexos en el matrimonio; la escritura de puño y letra del testador en el testamento ológrafo, etcétera).

A través del acto o negocio que es el contrato, se ha construido también la idea de los elementos *naturales* (*naturalia negotii*), que vendrían a ser los que normalmente acompañan al negocio por corresponder a su naturaleza; se los sobreentiende aunque en el acto no se expresen, pero las partes pueden voluntariamente dejarlos sin efecto por no considerarlos necesarios para que exista el negocio ⁵⁴; tales como la obligación de saneamiento y evicción en la compraventa y demás enajenaciones a título oneroso (arts. 2089 y 2098); la garantía de los vicios redhibitorios (art. 2166); el lugar de entrega de la cosa (art. 1410); el pacto comisorio en contratos con prestaciones recíprocas (art. 1204), etcétera.

Finalmente, se habla de los elementos *accidentales* (*accidentalia negotii*), los cuales no serían necesarios para la existencia del negocio ni naturales o que normalmente se consideren comprendidos en él, pero que se los puede añadir por voluntad de las partes. Es de aclarar que son accidentales con relación al negocio tipo, pero constitutivos del negocio concreto ⁵⁵. Esto último porque al ser agregados por las partes al acto jurídico que las une por voluntad privada, vienen a transformarse en elementos esenciales para ese acto en particular. Luego, accidentales *in abstracto* con respecto a todos los negocios jurídicos; esenciales *in concreto*, una vez incorporados al negocio querido.

Se incluyen en esta última categoría las modalidades: condición, cargo o modo, y plazo ⁵⁶, pero las posibilidades son muchas, pues, v. gr., a un negocio para el cual no se requiera forma solemne, podría establecerse la por declaración de voluntad de los interesados; también se ha entendido que pertenecen a esos elementos las diferentes cláusulas

⁵⁴ Cfr. Espín Cánovas, *Parte general*, I, p. 228, III; Albaladejo, I, vol. 2, § 78, p. 150, considera que no son elementos, sino efectos del acto o negocio. Lo mismo Santoro Passarelli, § 2, n.º 52, p. 292, para quien con razón, ellos dependen de una norma supletoria; lo mismo Messineo, II, § 36, n.º 3, p. 356. Stolfi, *Teoría del negocio jurídico*, ap. 3.º, p. 16, los llama "consecuencias del acto" por disposición de la ley.

⁵⁵ Cfr. Espín Cánovas, *Parte general*, I, p. 228, III; Santoro Passarelli, § 2, n.º 42, p. 228; Messineo, II, § 36, n.º 2, p. 356; Stolfi, *Teoría del negocio jurídico*, ap. 2.º, p. 16.

⁵⁶ Cfr. Santoro Passarelli, p. 228; Albaladejo, I, vol. 2, p. 150; Espín Cánovas, *Parte general*, I, p. 228; Aranz Castex, II, n.º 1192, p. 139. Albaladejo, I, vol. 2, § 95, p. 294, I, sostiene que en realidad, no son elementos accidentales dichas modalidades del negocio, sino, salvo el modo, requisitos de eficacia del negocio, aun cuando el modo, para él, ni siquiera es requisito de eficacia.

suas contractuales, como la señal o arras, la cláusula penal, el pacto de retroventa, el pacto comisorio expreso, etcétera ⁵⁷.

§ 9. Sujetos que intervienen. — Entre los sujetos intervinientes en el otorgamiento del acto jurídico debe distinguirse:

a) *Las partes*. Aunque diferentes personas o sujetos puedan integrar la trama del acto o negocio jurídico, corresponde diferenciar los conceptos, a veces confundidos, pues tienen variado reflejo sobre la imputación de los efectos.

En primer término *las partes* o *la parte*, según que sea o no bilateral el acto. Se ha dicho que lo son las personas que con la declaración de voluntad ejercen una prerrogativa jurídica propia, como en la compraventa el vendedor y el comprador, que concurren para entregar la cosa, el primero, y adquirirla el segundo ⁵⁸. Mediante fórmula técnicamente exacta, sostiene Arauz Castex que los "sujetos a quienes se imputan las relaciones jurídicas que el acto tiene por fin establecer, son las partes del acto jurídico; aquellas cuyos derechos se crean, modifican, transfieren, conservan o aniquilan" ⁵⁹.

b) *Los otorgantes*. Dado que otorgar importa "disponer, establecer, ofrecer, estipular o prometer una cosa", quien otorga y es otorgante de un acto o negocio jurídico, será la persona o sujeto que dispone, estipula, promete, establece u ofrece con el fin inmediato de obtener efectos en derecho ⁶⁰. Si bien suele ser la parte o las partes las que así obran y en tal sentido son partes otorgantes, en muchas ocasiones esa conducta la observa quien no es parte al no ejercer una prerrogativa propia, sino de otro (representación), y que, por tanto, no es el sujeto a quien se atribuyen las relaciones jurídicas establecidas

⁵⁷ Cfr. Lafaille, *Contratos*, I, nº 35, p. 49; Piantoni, *Contratos civiles*, I, nº 7, p. 21; Albaladejo, I, vol. 2, § 78, p. 151; Espin Cánovas, *Parte general*, I, p. 242, VI, 1.

⁵⁸ Cfr. Llambías, *Parte general*, II, nº 1482; sigue ese criterio Vogel, *Civils, Derecho civil*, *Parte general*, Bs. As., 1957, nº 4, p. 402. Desde su lente de la teoría preceptiva, Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, nº 5, p. 68, dice que parte es la persona a quien se refiere la forma y el precepto del negocio.

⁵⁹ Arauz Castex, II, nº 1272. La condición de interés y del interesado es la idea seguida por Suintoro Passarelli, § 3, nº 57, p. 326, "la iniciativa... y la cualificación del acto, corresponden al interesado, o sea, a aquel cuyo interés y cuya esfera jurídica son regulados por el acto"; también Albaladejo, I, vol. 2, § 101, p. 357, habla de la actuación del propio "interesado" sobre el que recaerán los efectos... Fontanarrosa, R. D. *Apuntes para una teoría general de la representación con especial referencia a la materia comercial*, LL, 78-871, tanto, sostiene que en la representación el representado es el sujeto del interés, porque los derechos y obligaciones del acto celebrado por el representante inciden inmediatamente al representado. El concepto de parte en el proceso judicial tiene diferente encuadramiento y responde a otros elementos: ver CNCiv, Sala E, 21/5/80, LL, 1980-C-225 y sus citas.

⁶⁰ Cfr. para el concepto en el foro de otorgar, Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 16ª ed., p. 922.

en el acto". Illo significa que hay otorgantes no partes (para la teoría del interés, por no ser interesados en el acto), de donde, ese concepto abarca al género y el de parte la especie ⁶².

c) *Los representantes*. Quien sustituye a alguien o hace sus veces al representarlo no actúa como parte, sino en reemplazo de la parte y por la parte. Es como si ésta hubiera actuado, pero el acto o negocio fue otorgado por otro en su nombre, que es el otorgante no parte.

Se ha definido la representación diciendo que "es la situación jurídica en cuya virtud alguien emite una declaración de voluntad para realizar un fin cuyo destinatario es otro sujeto, de modo que hace conocer a los terceros a quienes va dirigida esa declaración de voluntad, que él actúa en interés ajeno, con la consecuencia de que todos los efectos jurídicos de la declaración de voluntad se produzcan respecto del sujeto en cuyo interés ha actuado" ⁶³.

La teoría de la representación no tiene antiguo origen, puesto que el derecho romano de la primera época la desconocía y tampoco aceptaba los efectos prácticos del hecho representativo. Como explicó Troplong, siguiendo a Heineccius y a Vico, el rechazo de la representación en los actos jurídicos del derecho romano obedecía a las sospechas y desconfianzas que caracterizaban a los pueblos de civilización poco avanzada, porque confiarse a extraños puede dar en caer en manos de auxiliares pérfidos. Luego, nadie podía adquirir derechos por interposición persona (*per extraneam personam nihil acquiritur*). Pero cuando penetraron nociones más amplias de equidad y libertad por influjo del derecho natural, se comprendió que la obligación de presentarse personalmente era molesta e inútil, y se autorizó por el derecho de gentes la intervención de procuradores ⁶⁴.

⁶¹ Sin hacer la discriminación terminológica, coinciden con el concepto expuesto en el texto: Llambías, *Parte general*, II, nº 1482; Arauz Castex, II, nº 1272; Vogel, *Derecho civil*, *Parte general*, p. 304; Salvat-López Olacregui, II, nº 1653, y 1653, primero admite que no deben confundirse las personas que figuran en un acto con las partes del mismo; después da esta idea: una persona puede ser parte sin haber concurrido personalmente a su otorgamiento, en el caso de haber sido representada. Castaldi, José M., *vz Representación, poder y mandato*, en "Enciclopedia Jurídica Omeba", t. XXIV, p. 716, ap. III, p. 724, sigue la noción en esto de Salvat.

⁶² Confunden otorgantes con partes: Borda, *Parte general*, II, nº 873, que en cambio, diferencia al *signatario* (como género) de la parte (como especie), pues signar es firmar, y también firman los testigos y el notario, sin ser representantes ni, por ende, verdaderos otorgantes, y Etcheverry Boneo, *Curso de derecho civil*, *Parte general*, nº 275, p. 246.

⁶³ Es la de Rocco, *Diritto commerciale*. *Parte generale*, nº 79, p. 311, citado por Castaldi, *vz Representación, poder y mandato*, en "Enciclopedia Jurídica Omeba", t. XXIV, p. 724, y por Fontanarrosa, *Apuntes para una teoría general de la representación*, LL, 78-871.

⁶⁴ Troplong, *Du mandat*, nº 4, p. 10. Ortolan, *Instituciones del emperador Justiniano*, Part. I, Tit. III, De los hechos, Madrid, 1887, § 57, p. 77, comentaba que son actores que no representan dos papeles; la consecuencia de los actos se aplica a quien representa un papel de la escena jurídica; ello debido al for-

En un segundo momento, pues, aunque no se admitía la relación representativa respecto de los terceros, el representante actuaba en nombre propio, se obligaba personalmente, quedando ajeno el representado tanto activa como pasivamente. El ciclo completo del negocio se concluía con dos operaciones: después de actuar el representante para él, tenía que transmitir al representado el negocio, por cesión de las acciones derivadas de éste, mediante otro acto posterior, y el interesado descargar al representante de las obligaciones provenientes del acto. Pero mientras se concretaba esta transferencia, podía sobrevenir la insolvencia de los intervinientes, puesto que hasta ese momento no adquiría el verdadero dueño del negocio los derechos ni las obligaciones del acto realizado.

Vistos los inconvenientes de semejante contingencia, por los cuales el tercero podría verse impotente por insuficiencia patrimonial del representante en el lapso en que no había concretado el segundo paso de cesión al representado, el pretor romano autorizó al tercero a ejercer contra éste las acciones del negocio (*actio exercitoria*, *actio institoria*), en los casos más comunes de representación en ese tiempo, producidos en las relaciones parentales. Puesto que las personas bajo patria potestad adquirirían solamente por mediación del padre (*vox filii, vox patris*), quien ejercía un poder de representación personalísimo, insustituible, los *alieni iuris* adquirirían para el jefe de familia. Y cuando el representado era persona libre, para que pudieran actuar contra los terceros el pretor debía otorgarles la facultad bajo la forma de acciones útiles, que se fundaban en la equidad, no en el derecho vigente. El representante perdió las antiguas acciones, que quedaban paralizadas por excepciones y desprovisas de consecuencias. De tal modo, el efecto del negocio se cumplía entre el tercero y el comitente, verdadero interesado⁶⁵.

En la actualidad mucho se ha avanzado en la teoría de la representación, formulándose distinciones que permiten abarcar un panorama completo de la institución. En primer lugar, se ha diferenciado la *representación del mandato*, que se confundían hasta en los ordenamientos que siguieron al Código Napoleón. Nuestro Cód. Civil

malismo del derecho romano, que exige la intervención personal en el negocio, y por otro lado a qua el *pater familias* no necesita recurrir a representantes, pues el *filius* y los esclavos adquieren para él; fuera de esto no había representación de un ciudadano por otro.

⁶⁵ Para el estudio histórico de la representación, cfr. De Cásperi-Morello, I, n.º 452, p. 651; Salvat-López Olaciregui, II, n.º 654; Castaldi, *voz Representación, poder y mandato*, en "Enciclopedia Jurídica Omeba", t. XXIV, p. 724; III; Borda, *Parte general*, II, n.º 882; Llambías, *Parte general*, II, n.º 1484; Etcheverry Bono, *Curso de derecho civil. Parte general*, n.º 281, p. 249; Ponssa de la Vega de Nigüens, N. y Trincavelli, N. E., *El sujeto de derecho y los hechos y actos jurídicos en Roma*, 2.ª ed., 1972, p. 104; Arángio Ruiz, Vincenzo, *Instituciones de derecho romano*, tr. J. M. Caramés Ferro, Bs. As., 1973, p. 106 y ss.; Bonfante, Pedro, *Instituciones de derecho romano*, tr. Bucci y Larrosa, 3.ª ed., Madrid, 1965, n.º 25, p. 80 y siguientes.

conserva esta orientación, sin haberse plasmado en él una teoría general que abarque toda clase de actos jurídicos, por lo que hay que acudir al contrato de mandato para extraer de allí los principios correspondientes⁶⁶. Es posible admitir la representación sin mandato (representación legal, administración judicial), y el mandato sin representación (mandato oculto). Este caso es el de actuación en interés ajeno y en nombre propio —también llamado de representación indirecta—; el otro, el de actuación tanto en nombre como en interés ajeno⁶⁷.

También debe distinguirse la *representación del poder*. El poder de representación es el elemento que da validez a los actos del representante. Como enseña Larenz, el primero que puso los lindes conceptuales de una y otro, fue Laband en un tratado publicado en 1866. El otorgamiento del poder o apoderamiento, debe diferenciarse de la constitución de la relación interna; por tanto, tal apoderamiento no se deriva de dicha relación. Si A pide a B que adquiera una obra pictórica en subasta y B acepta el encargo, lo puede cumplir en nombre propio o como representante directo en nombre de A; sólo en este último caso B necesita un poder de representación, que puede serle otorgado tácitamente. Si B es menor de edad, no puede aceptar el mandato sin autorización de su representante legal, porque se obligaría a cumplirlo. Por el contrario, el apoderamiento se concreta mediante un negocio jurídico unilateral del poderdante, y el poder otorgado de tal modo al menor es eficaz, así como lo es el negocio jurídico por él celebrado en virtud del poder⁶⁸. El ejemplo y sus consecuencias son suficientemente demostrativos de las diferencias entre poder y mandato con representación, por cuanto la *representación de mandato* deriva de un acto bilateral (contrato), obligatorio *inter partes*, mientras que el poder como facultad de obrar por cuenta

⁶⁶ El Proyecto de reformas de 1936, art. 786 y ss., bajo el acápite "De la representación en los actos jurídicos", reglamentó ampliamente la materia. De igual modo lo había establecido Babiloni en su *Anteproyecto*, Lib. I, Secc. 3.ª, Tit. V. Para un estudio de las teorías que han explicado la naturaleza jurídica de la representación, ver la obra de De Cásperi-Morello, I, n.ºs 453 a 458, y la nota 21a de Morello en p. 664.

⁶⁷ Cfr. Borda, *Contratos*, II, n.º 1624; Acuña Anzorrena, en Salvat-Acuña Anzorrena, III, n.º 1737, nota 1.ª; Castaldi, *voz Representación, poder y mandato*, en "Enciclopedia Jurídica Omeba", t. XXIV, p. 725 y su cita de Fontanarrosa a quien sigue; Albaladejo, I, vol. 2, § 101, ap. C, p. 378; De Cásperi-Morello, I, n.º 460, p. 662; Díaz de Vivar, Elisa, *Apuntes sobre las nociones de: mandato, poder y representación*, "Rev. Lecciones y Ensayos", 34-1967, p. 125; Compagnucci de Caso, Rubén H., *Representación y mandato oculto*, "Rev. Notarial", n.º 851, 1980, p. 1106. Para un estudio más detenido sobre el llamado "mandato oculto" y "contrato prestatombré", ver comentario al art. 1929, CNCiv, Sala D, 11/6/81, JA, 1981-IV-648.

⁶⁸ Larenz, *Parte general*, § 31, I, n.º 797. La distinción, también desarrollada por Castaldi, *voz Representación, poder y mandato*, en "Enciclopedia Jurídica Omeba", t. XXIV, p. 731, IV y sus citas de Laband y Hupka. Para el primero: la representación en la conclusión de negocios jurídicos según el Código General de Comercio alemán; para el segundo: la representación voluntaria en los negocios jurídicos.

Y no por el de la ley, procedente del poderdante o representante, pero para el cual el representante no queda obligado.⁶⁹

Debe, igualmente, separarse de la *representación* la idea del *emisor* o *nuncius*. El representante emite su voluntad, pero por cuenta y a nombre del representado; actúa en cierta esfera de responsabilidad y libertad, pues siguiendo instrucciones decide él; realiza por sí el negocio, atendiendo los límites de la representación. En cambio, el *nuncius* o *mensajero* es mero cooperador, portavoz o transmisor de la voluntad que se le dio formada; no celebra él el negocio, sino que lo transmite o reproduce; es instrumento material o vehículo de la declaración de la parte; no tiene injerencia ni poder de disposición; no necesita estar investido de la capacidad de obrar.⁷⁰

La comparación entre *representación* y *órgano de la persona jurídica*, deriva de lo que ya se ha dicho a propósito del art. 36, a cuyo comentario nos remitimos.⁷¹

d) *Clases de representantes*. Proviene de las distintas clases de representación.

Puede haber representantes *legales* o *voluntarios*, división que depende del origen de la autorización para actuar. Los legales se designan por disposición de la ley; los voluntarios por la libre elección y voluntad de los representados.⁷² Para Larenz, el "poder de representación" puede ser conferido por el representado y se denomina *poder*; cabe que tenga su fundamento en los estatutos de una persona jurídica y se fundamente constituyendo un órgano o nombrando un representante; por último, puede hallar su fundamento directamente en la ley y se obtiene al realizarse el hecho con el que se conecta el poder de representación dado por ley.⁷³ Ejemplos de representantes legales son los padres en ejercicio de la patria potestad, los tutores, así como el Ministerio Público como representante promiscuo.⁷⁴ Puede agregarse el síndico en el concurso de acreedores, re-

⁶⁹ Cfr. Albaladejo, I, vol. 2, § 102, 4. B. p. 392; Díaz de Vivar, *Apuntes sobre las nociones de: mandato, poder y representación*, "Rev. Lecciones y Ensayos", 34-1967, p. 125.

⁷⁰ Cfr. Castaldi, voz *Representación, poder y mandato*, en "Enciclopedia Jurídica Omeba", t. XXIV, p. 726, 6. a; Compagnucci de Caso, *Representación y mandato oculto*, "Rev. Notarial", n.º 851, 1980, p. 1113, 3. a; CNGv, Sala D, 9/12/80, JA, 1981-III-78, n.º 30.569.

⁷¹ Ver en esta obra, t. I, comentario al art. 36, § 1 a 4, p. 174 y siguientes.

⁷² Cfr. Llambras, *Parte general*, II, n.º 1485; Borda, *Parte general*, II, n.º 863; Arauz Castex, II, n.º 1277; Castaldi, voz *Representación, poder y mandato*, en "Enciclopedia Jurídica Omeba", t. XXIV, p. 726, 2. a; Albaladejo, I, vol. 2, § 101, 2. B. p. 377. Para Santoro Passarelli, § 59, p. 340, la representación legal es *impropia*, porque aquí el representante se funda en un poder propio que le da la ley, con plena independencia de la voluntad de aquel por quien actúa; mientras que en la voluntaria el poder deriva del mismo representado.

⁷³ Larenz, *Parte general*, § 30, p. 758.

⁷⁴ Ver en esta obra, t. I, comentario al art. 57, p. 301 y comentario al art. 59, p. 303.

placado a que a la vez se otorga; a obgar de ar e
dor ante el deudor inactivo, que contempla el art. 1196, en beneficio
del propio representante, y hasta el administrador judicial en una
sucesión.⁷⁵ La representación voluntaria (el mandato), en la cual el
representado no solamente nombra al representante sino que lo
elige.⁷⁶

También puede dividirse en representación *activa* y *pasiva*, según que se emita una declaración de voluntad por otro o, en general, se celebre un negocio o se desempeñe una actividad por otro, o que el representante reciba por el representado la declaración o actuación. Es, por tanto, la activa representación en la *emisión* y la pasiva en la *recepción*, con esta importante diferencia: quien está facultado para la activa, generalmente lo está para la pasiva en el negocio respectivo, mientras que quien no está facultado activamente, generalmente también carece de poder pasivo.⁷⁷

La representación puede ser *directa* o *indirecta*. Por la primera el representante obra en nombre y por cuenta del representado; por la segunda, obra por cuenta de éste, pero en nombre propio. Ejemplo del segundo supuesto sería: A encarga a B, sin concederle poder, que le compre inmuebles, y B, sin declarar que no lo hace para sí, compra una casa a C con destino a A. Quiere decir que en este segundo caso queda oculto que B actúa por y para A, y ante C pasa como si B obrase para sí.⁷⁸

e) *Remisión*. Para otras aclaraciones de la teoría de la representación, particularmente la voluntaria, nos remitimos a los comentarios de los arts. 1869 y siguientes, del Título IX, "Del mandato".

f) *Los terceros*. Por exclusión, son terceros todas las personas que no revisten carácter de parte en el acto o negocio jurídico. Son, pues, las personas extrañas al acto, en tanto en cuanto no se les atribuyen las relaciones jurídicas que el negocio tiene por finalidad crear. Así: son terceros el escribano, los testigos y los representantes del acto, pues, como dice Llambras, estas personas han intervenido en la formalización del acto, sea en su instrumentación (escribano y testigos) u obrando en nombre de otro (representantes), en que las prerrogativas y los efectos de su actividad se imputan al representado.

⁷⁵ Cfr. Arauz Castex, II, n.º 1277; Santoro Passarelli, § 59, ps. 343-344; Larenz, *Parte general*, p. 760, recordando la discusión que gira en torno a estos últimos casos.

⁷⁶ Cfr. Albaladejo, I, vol. 2, p. 378.

⁷⁷ Cfr. Larenz, *Parte general*, § 30, I, p. 758.

⁷⁸ Cfr. Albaladejo, I, vol. 2, § 101, 2. C. p. 378. Además de Albaladejo en el estudio del concepto y de la discusión acerca de si la representación indirecta, impropia, mediata y oculta como también se la ha llamado, ver Castaldi, voz *Representación, poder y mandato*, en "Enciclopedia Jurídica Omeba", t. XXIV, p. 726, 2. c. Ver Larenz, *Parte general*, § 30, I, b. p. 762, para quien la indirecta es una "forma de representación de intereses". Compagnucci de Caso, *Representación y mandato oculto*, "Rev. Notarial", n.º 851, 1980, p. 1108, 2. b.

ta 7. Pero se esta categoría cabe excluir a los sucesores universales de las partes, que quedan asimilados a ellas⁸⁰.

Es necesario, en el complejo asunto de la caracterización del tercero⁸¹, hacer una triple distinción: la de los sucesores; los acreedores y los *penitus extranei*.

g) *Sucesores a título universal*. Cuando muere la parte, sus sucesores a título universal ocupan su lugar y se encuentran en la situación en la que se hallaba aquélla, a la cual suceden. Por eso el art. 1195, al tratar del negocio jurídico contrato, estatuye que sus efectos se extienden activa y pasivamente "a los herederos y sucesores universales".

Esta regla tiene excepciones: 1) los derechos y obligaciones inherentes a la persona no se transmiten a los sucesores; en tal caso están los extrapatrimoniales (derechos personalísimos, derivados del estado de familia, del llamado derecho moral del autor, etc.) y los patrimoniales (*intuitu personae*, entre otros), que pueden considerarse comprendidos por la definición del art. 498⁸²; 2) cuando la ley expresamente veda la transmisión, como en el usufructo, el uso y la habitación (arts. 1449, 2920 y 2969), el derecho alimentario (art. 374), el mandato (art. 1963, inc. 3^a); 3) si las partes convinieron la intransmisibilidad hereditaria, convención que puede ser expresa o surgir claramente del contrato⁸³; 4) según el art. 1195, los derechos que por "su naturaleza misma" no pueden transmitirse a los sucesores, pero este supuesto quedaría comprendido entre los inherentes a la persona⁸⁴; 5) en opinión de Borda, habría que agregar la situación de los herederos que aceptaron la herencia con beneficio de inventario, por cuanto no continuarían la personalidad del causante y deberían considerarse terceros respecto de él (art. 3371 y siguientes)⁸⁵.

h) *Sucesores a título singular*. A diferencia de la sucesión a título universal, que por extensión comprende la totalidad del patrimonio o una fracción de éste, en la sucesión particular son uno o más

bienes determinables e indivisibles que el acreedor a su vez.

En tal caso están ejemplificativamente, el comprador de una cosa mueble o inmueble, el donatario, el cesionario, y también el legatario particular. La discutida cuestión de si al legatario de cuota se lo debe considerar sucesor a título universal o sucesor a título particular o singular, se encarará al estudiar los arts. 3263 y correlativos.

i) *Sucesores legales y voluntarios*. Los sucesores, tanto universales como particulares, que son los que reemplazan a una persona como sujeto activo o pasivo, o bien activo y pasivo, de una relación jurídica, pueden serlo por la sola determinación del precepto legal (como el heredero) o por la voluntad del individuo en cuyos derechos suceden (como el legatario o el adquirente de bienes en el acto o negocio jurídico entre vivos), según lo prevé el art. 3262.

j) *Los acreedores*. Son terceros con relación a las partes del acto o negocio jurídico, las personas que tienen sobre alguna de ellas o sobre las dos el derecho a pedir alguna cosa o servicio. Pueden ser acreedores *quirografarios*, también llamados comunes o simples, que son los que no tienen privilegios y cuyas acciones se ejercen sobre el patrimonio del deudor, distribuyéndose a prorrata lo que resulte después de pagados los acreedores privilegiados. *Privilegiados*, que contrariamente a los quirografarios son los que por ley tienen derecho a hacerse pagar con preferencia a todo otro acreedor⁸⁶. Corresponde incluir en este último grupo a los hipotecarios, prendarios y anticrepistas, los cuales ejercen el privilegio o preferencia sobre bienes determinados⁸⁷.

k) "*Penitus extranei*" o *terceros propiamente dichos*. Vienen a ser, atendidos los conceptos hasta aquí expuestos y por exclusión, todas las personas que no tienen con los sujetos del acto o negocio jurídico relación alguna, es decir, que carecen de algún interés directo o indirecto con el acto y sus efectos o consecuencias⁸⁸.

§ 10. Efectos del acto o negocio jurídico con respecto a los sujetos que intervienen y a los terceros. — Los actos o negocios 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. Los terceros, en principio, por ser ajenos al acto o negocio, no pueden verse alcanzados por sus efectos. Es lo que se expresa con el aforismo romano: *res inter alios acta aliis neque prodesset neque nocere potest*,

⁸⁶ El estudio profundizado y particular de esta materia, se hará en el comentario al art. 3875 y siguientes.

⁸⁷ Ver el comentario a los arts. 3108 y ss.; 3204 y ss.; 3239 y siguientes.

⁸⁸ Cfr. Borda, *Parte general*, II, n° 880; Arauz Castex, II, n° 1264; Alterini, *Gratificación de la reforma al art. 2505 del Código Civil*, ED, 43-1191. Ver en esa obra, t. 2, comentario al art. 503, § 3, p. 570.

⁷⁹ Llambías, *Parte general*, II, n° 1482; también *Obligaciones*, I, n° 56, p. 74. Ver en esta obra, t. 2, comentario al art. 503, § 3, p. 570 y sus citas; así como la idea de que la de tercero no es una noción unitaria, salvo, como dice Messineo, la nota común de que los efectos de la relación jurídica no afectan directamente al tercero, ni en el sentido del beneficio ni en el sentido del daño.

⁸⁰ Cfr. Llambías, *Parte general*, II, n° 1493.

⁸¹ Cfr. las disquisiciones de Alterini, J. H., *Gratificación de la reforma al art. 2505 del Código Civil*, ED, 43-1181, particularmente, p. 1189.

⁸² Ver en esta obra, t. 2, comentario al art. 498, § 1 a 4, p. 530; Llambías, *Parte general*, II, n° 1496; Borda, *Parte general*, II, n° 874; Salvat-López Olacirregui, II, n° 1661-1663.

⁸³ Cfr. Borda, *Parte general*, II, n° 874, b; Llambías, *Parte general*, II, n° 1497; Josseland, II, vol. 1, n° 254; Arauz Castex, II, n° 1293.

⁸⁴ Cfr. Llambías, *Parte general*, II, n° 1496.

⁸⁵ Borda, *Parte general*, II, n° 874, c; Etcherry Boneo, *Curso de derecho civil*, *Parte general*, III, n° 277, p. 247, agrega el caso en que se pida la separación de patrimonios.

es de la cosa estudiada entre unos, a los otros u a los perjuicia ni les aprovecha". El principio del efecto relativo de los actos jurídicos, es inverso a los hechos oponibles *erga omnes*, o contra todos, como los hechos constitutivos del estado civil de las personas o de derechos reales⁸⁹, o también los actos o negocios que modernamente se llaman *de disposición* (ver *infra* § 18, h).

El Código no contiene preceptos generales aplicables a los actos jurídicos sobre el efecto relativo, el cual se deduce de los arts. 503, 1195 y 1199, correspondientes a las obligaciones y a los contratos, y en lo tocante a los sucesores de las partes en el Título preliminar del Libro IV (art. 3262 y siguientes). Se ha observado, por otra parte, que el principio tiene varias excepciones⁹⁰. De todos modos, hay consenso en considerar que dicho art. 1195, conlleva a los contratos, sienta la referida máxima, extensible a todos los actos jurídicos⁹¹.

Borda sostiene, siguiendo a Betti, que el principio del efecto relativo rige solamente para los actos bilaterales, pues en los unilaterales, normalmente los efectos directos se producen sobre terceros⁹².

La aplicación del efecto relativo demuestra que las ventajas y los perjuicios del negocio no afectan a los otorgantes cuando son representantes sin interés directo en el acto; a los testigos del acto; al escribano o funcionario que interviene en el instrumento público o ante quien se otorga el acto jurídico; a los *penitus extranei* o terceros propiamente dichos. En cambio, a los sucesores a título universal, de acuerdo con lo anteriormente explicado (*supra* § 9, g), en principio se los considera como las partes, al extenderse sobre ellos activa y pasivamente los efectos del contrato, salvo los casos de derechos y obligaciones intransmisibles. Puede también acontecer que el objeto principal del negocio sea producir efectos respecto de un tercero, como el contrato o estipulación en favor de alguien; así, el seguro de vida; o bien que ciertos terceros sean alcanzados por el acto, aun de un modo indirecto⁹³.

En tal sentido, en el caso del *sucesor a título singular*, que por ser tercero no recibe con el objeto, en principio, las obligaciones ni

⁸⁹ Cfr. Arauz Castex, II, n° 1273; Santoro Passarelli, § 52, p. 287, dice que la norma del Código italiano, art. 1372, que excluye a los terceros del efecto del acto, entendida en su alcance exacto, es válida para todos los negocios y no sufre excepciones.

⁹⁰ Cfr. Borda, *Parte general*, II, n° 872; Llambías, *Parte general*, II, n° 1481. Estos autores señalan que por causa de tantas excepciones el principio es dudoso y Savatier, en *Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats*, en "Revue Trimestrielle de Droit Civil", 1934, p. 525 y ss., lo ha cuestionado.

⁹¹ Cfr. Salvat-López Olaciregui, II, n° 1651; Llambías, *Parte general*, II, n° 1494; Arauz Castex, II, n° 1286.

⁹² Borda, *Parte general*, II, n° 872, a; Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, n° 32, p. 192, si bien este autor italiano emplea el concepto *necesariamente*. En contra, Carlota Ferrara, *Il negozio giuridico*, n° 146, p. 635, nota 1 bis, cit. por Borda, quien con el ejemplo de la renuncia al derecho de propiedad, que no produce efectos sobre terceros, llega a sostener que en los actos unilaterales se aplica el principio del efecto relativo como en el caso de los bilaterales.

⁹³ Cfr. Borda, *Parte general*, II, n° 872, b y c.

los derechos que pesaban sobre el causante, por excepción se pasan a él las obligaciones y derechos de tal modo vinculadas a dicho objeto transmitido, que la obligación del sujeto causante no depende tanto del hecho de haberla contraído personalmente, cuanto de la circunstancia de ser dueño o poseedora de la cosa o titular del derecho correspondiente. Es el ejemplo del propietario de un campo que lo arrienda, hipoteca o constituye sobre él una servidumbre y después lo enajena, en que el sucesor particular que adquiere ese campo estará obligado a respetar el arrendamiento, la hipoteca o la constitución de la servidumbre. El sucesor no recibe solamente las obligaciones en esos casos, sino también los derechos. Pero con la característica de que, a diferencia del sucesor universal, que responde con todo su patrimonio por el cumplimiento, en estas excepciones al efecto relativo el sucesor singular responde únicamente con la cosa transmitida, lo cual importa la facultad de abandonarla para liberarse de la obligación, permitiendo que los acreedores la ejecuten y se cobren⁹⁴.

Sobre las obligaciones reales o *propter rem*, que se transmiten con la cosa, ver t. 2, comentario al art. 497, p. 523.

En cuanto a los *acreedores*, también en principio terceros y no vinculados directamente al acto o negocio jurídico celebrado por el deudor, sean quirografarios o privilegiados, es de ver la existencia de excepciones al efecto relativo. Particularmente los primeros pueden encontrarse en la situación de sufrir un perjuicio, por disminuirse el patrimonio de su deudor, que es la garantía común de sus créditos. Después, si bien los actos de éste, sean de disposición o de administración, tendrán que ser respetados, en ciertas circunstancias están facultados a iniciar acciones para preservar la integridad del patrimonio del deudor y no están obligados a pasar por sus actos, pudiendo oponerse a ellos, reclamar su anulación o sustituir al deudor. A tal fin tienen la acción revocatoria o pauliana en caso de fraude, la de simulación y la subrogatoria⁹⁵. Los privilegiados tienen mayormente asegurado el crédito con el privilegio, pero si éste no basta, quedan en situación similar a la de los quirografarios⁹⁶.

Los terceros propiamente dichos o *penitus extranei*, aunque pueden considerarse absolutamente ajenos a los actos o negocios de las partes, no quedan naturalmente constreñidos por las obligaciones de ellos ni gozan de sus derechos. No obstante, saliéndose del concepto técnico de obligación, deben asumir una actitud de respeto por aquellos derechos de las partes del acto, como derivación de la máxima romana *neminem laedere*, o de no dañar a nadie. Esta obligación

⁹⁴ Para mayores desarrollos, ver en esta obra los comentarios a los arts. 1498, y 3266 y ss.; Orgaz, *Efectos de los hechos jurídicos*, LL, 72-765; Salvat-López Olaciregui, II, n°s. 1664 a 1665; Borda, *Parte general*, II, n° 877; Llambías, *Parte general*, II, n°s. 1499 a 1501; Arauz Castex, II, n° 1290.

⁹⁵ Ver comentarios a los arts. 961 y ss., 955 y ss. y 1196 respectivamente.

⁹⁶ Cfr. Borda, *Parte general*, II, n° 879.

de respeto dio lugar a la construcción atribuida falsamente a Planiol, de la teoría de la obligación pasivamente universal⁹⁷.

§ 11. El requisito de capacidad o idoneidad en el sujeto del acto jurídico. — Se ha sostenido en otro lugar que la capacidad de hecho consiste en la aptitud del sujeto para otorgar por sí mismo actos jurídicos. De manera que la capacidad no es solamente un atributo de la persona, sino un elemento del acto jurídico, el cual, para ser válido, tiene que ser otorgado por una persona capaz de cambiar el estado de su derecho⁹⁸. Es de señalar que, en realidad, y aplicando los conceptos que venimos exponiendo, se trata más que de un elemento del acto, de un *requisito* del sujeto para la validez del acto jurídico. Asimismo, cuando se menciona al otorgante, se ha querido designar también al que es simultáneamente parte del acto.

El discernimiento completo se adquiere a los 14 años (art. 921 y su comentario), pero la ley exige, además, la capacidad para evitar que los inexpertos, por insuficiencia en la madurez, celebren actos que les sean perjudiciales. Aquí la incapacidad, que se extiende hasta los 21 años, determina la ineptitud de la persona para ser sujeto del acto o negocio jurídico y la invalidez del que se hubiera realizado sin llenar ese requisito legal⁹⁹.

Sin perjuicio de profundizar el tema en el comentario al art. 1040, particularmente desde el punto de vista de la validez de los actos, es necesario hacer otras precisiones.

La persona negocialmente incapaz (incapacidad absoluta), no puede en modo alguno participar por sí en el tráfico jurídico, pues en caso contrario el ordenamiento niega el resultado pretendido por aquélla. Pero también es nula la declaración emitida *frente* a una persona negocialmente incapaz, dado que para la validez de la recepción, tiene que intervenir el representante. Por ejemplo, en el caso de que se declare el arrepentimiento de un contratante sobre un negocio que tiene por sujeto en la contraparte a un incapaz, o la resolución, o bien la rescisión. El incapaz absoluto tampoco puede, ni con autorización del representante, celebrar válidamente por sí el negocio jurídico¹⁰⁰, pues es el segundo el único habilitado para ha-

⁹⁷ Cfr. Alterini, *La supervivencia del dualismo derechos reales y derechos personales*, "Rev. Colegio de Abogados de La Plata", año VIII, n° 16, ene.-jun. 1966, p. 126 y ss; *Gratificación de la reforma al art. 2505 del Código Civil*, ED, 43-1181. Borda, *Parte general*, II, n° 880, trae ejemplos de aplicación de la máxima.

⁹⁸ Ver en esta obra, t. I, comentario al art. 52, § 22, p. 287. Para mayores desarrollos ver comentario al art. 1040. Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, n° 26 A, p. 169, considera que la capacidad de obrar de la parte, es un presupuesto de validez del negocio jurídico, dando por sentada la existencia de la persona y su capacidad de derecho, o aptitud genérica para ser sujeto de las relaciones jurídicas.

⁹⁹ Cfr. Liambias, *Parte general*, II, n° 1454, A; Aguir, *Hechos y actos jurídicos*, I, p. 25.

¹⁰⁰ Cfr. Larenz, *Parte general*, § 6, II, p. 130.

cerlo, mediante el cumplimiento de los recaudos que al efecto la ley.

Lo mismo cabe decir del incapaz de hecho relativo, si bien esta persona tiene en grado restringido la posibilidad de realizar los negocios que la ley le autoriza (art. 55 y su comentario)¹⁰¹.

Además, acerca de la idoneidad para ser sujeto del acto jurídico, se ha distinguido entre la *capacidad* y el *poder*. La falta de idoneidad del sujeto para la relación jurídica se extiende al negocio, pero puede faltar en el negocio y subsistir la idoneidad en la relación jurídica. Así, si el negocio tiene que producir efectos en la esfera jurídica del agente (lo que hemos llamado otorgante-parte), es necesario que éste tenga *capacidad* de obrar: si el negocio dispone de un derecho del agente, es necesario, además que éste tenga el específico *poder* de obrar¹⁰². Pero el poder de obrar puede atribuirse por propia voluntad o por la ley a otra persona, caso en el cual el representante concluye el negocio y los efectos se producen en la esfera jurídica del representado. Este puede ser incapaz de obrar, como ocurre con las representaciones legales (padres, tutores, curadores), o capaz de obrar, en las representaciones voluntarias (el mandato). La doctrina emplea en supuestos referentes al poder de obrar la figura de la *legitimación* para el negocio, para la cual puede haber defecto de legitimación. Así, si el negocio se prohíbe al agente por la particular situación en que se encuentra¹⁰³. V. gr., Ticio tiene la capacidad de actuar en juicio para hacer valer una servidumbre, pero no está legitimado al efecto por no ser propietario del fundo al cual es inherente la servidumbre¹⁰⁴. La capacidad de negociar es proporción de idoneidad para un tipo de acto (todos los negocios de ese tipo); la legitimación para obrar, es proporción de idoneidad para un *acto singular*, según cada caso¹⁰⁵.

§ 12. El requisito de la determinación del sujeto. — En la relación jurídica, todos los elementos constitutivos deben estar determinados o ser, en el peor de los supuestos, determinables. Es lo que algunos autores han llamado el "principio de especialidad", con la justificada pretensión de demostrar que este principio no se limita a la regulación jurídica de la hipoteca o del denominado "derecho re-

¹⁰¹ Cfr. Santoro Passarelli, § 27, p. 145.

¹⁰² CNCiv, Sala G, 23/9/81, ED, 96-354.

¹⁰³ Cfr. Santoro Passarelli, p. 146; Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, n° 27 B, p. 177.

¹⁰⁴ Cfr. Barbero, I, n° 81, p. 208. Critica este autor el concepto de Santoro Passarelli, seguido por Messineo, según el cual la falta de legitimación es una incapacidad relativa.

¹⁰⁵ Barbero, I, n° 81, p. 208.

gistrar¹⁰⁶, sino que atiene a la necesidad de determinar los elementos de todas las relaciones jurídicas¹⁰⁷.

Como el acto o negocio jurídico viene a ser el *factum* creador de la relación jurídica, cuando tiene por objeto formarla respecto de los derechos personales con la característica de dos sujetos, "acreedor" y "deudor", es necesario que estén determinados o sean determinables con su posterior individualización. Particularmente ello es exigible frente al deudor, el que suele quedar individualizado al contraerse la obligación, es decir, cuando se pronuncia la declaración de voluntad. De todas maneras, tiene que haber suficientes elementos para individualizarlo, a fin de que en el momento preciso se pueda establecer quién es el sujeto que debe hacer frente al cumplimiento de la prestación. Igual razonamiento cabe acerca del acreedor. En el caso extremo de los papeles de comercio al portador (pagarés, cheques, letras, etc.), la posesión del título o papel de comercio permite detectar al acreedor, que será el que lo presente para reclamar el pago de la obligación¹⁰⁸.

§ 13. El objeto del acto o negocio jurídico. Remisión. — Este, que es otro de los llamados elementos del acto jurídico, se comenta al exponer el art. 953.

§ 14. La causa del acto o negocio jurídico. Remisión. — Para el estudio de la causa como elemento del acto o negocio jurídico, ver t. 2, comentario a los arts. 499, 500, 501, 502 y 503, p. 533 y siguientes.

§ 15. La forma del acto o negocio jurídico. Remisión. — Véase el comentario a los arts. 913 a 920, e *infra*, a partir del art. 973 y siguientes.

§ 16. Defectos o vicios del acto jurídico. Remisión. — Hay que distinguir los vicios de la voluntad de los vicios de la buena fe del acto jurídico. Son defectos congénitos susceptibles de producir la invalidez del acto y, siguiendo a Freitas, pueden clasificarse en vicios *sustanciales* y vicios *formales*. Los sustanciales atañen a la falta de

¹⁰⁶ Parece excesivo convertir en una rama del derecho a la materia del registro inmobiliario, inserta, lógicamente, en el sector correspondiente del derecho real.

¹⁰⁷ Cfr. Moisset de Espanés, Luis, *El "principio de especialidad" y la determinación de los elementos de la relación jurídica*, separata de la "Rev. del Notariado", nº 767, ps. 13-14, quien también cita a Hernández Gil, *Introducción al derecho hipotecario*, Madrid, 1963, p. 169.

¹⁰⁸ Cfr. Moisset de Espanés, *El "principio de especialidad"*, p. 8.

servancia de las formas legalmente estatuidas¹⁰⁹.

La directa relación con los elementos internos del acto voluntario da pie a destacar entre los vicios sustanciales, los de ignorancia o error, el dolo y la violencia (fuerza e intimidación)¹¹¹. No obstante, en aquella fuente y en el Código se consigna otro elemento del acto voluntario: el discernimiento, por entenderse que es un estado en que se encuentra la persona y no un defecto de su voluntad. Para un detenido estudio de estas cuestiones, ver los comentarios a los arts. 922, 921 y 897.

Además de tales vicios, que atañen a la formación de la voluntad, se ha considerado que son propios del acto jurídico la simulación y el fraude, los cuales no niegan la voluntariedad en el acto, sino la buena fe¹¹². Cabría agregar la lesión subjetiva (ver comentario al art. 954).

En la doctrina moderna se censura la teoría de los vicios del consentimiento, que se ha pretendido hacer derivar de las convenciones contractuales, pero que en definitiva no es más que una faceta de los vicios de la voluntad¹¹³.

§ 17. Teorías de la declaración y de la voluntad real. Remisión. Ver comentario al art. 897, § 14.

UI 4) 3

§ 18. Clasificación de los actos jurídicos. — La multifacética proyección de la autonomía privada de la voluntad dificulta una organización teórica de los tipos de negocios jurídicos, particularmente porque debe ésta, para ser comprensiva, atender a los distintos puntos de vista desde los cuales se los puede estudiar. Los autores, sin

¹⁰⁹ Art. 503 del *Esbozo*: "Igualmente, ningún hecho conservará el carácter de acto jurídico, desde que sea conocido su vicio sustancial..."; art. 504: "Habrá vicio sustancial en los actos jurídicos, cuando sus agentes no los hayan practicado con intención o con libertad o cuando no los hayan practicado de buena fe".

¹¹⁰ *Esbozo*, art. 506: "Igualmente, ningún hecho conservará el carácter de acto jurídico, luego que sea conocido su vicio de forma, es decir, desde el día en que ese vicio fuere declarado por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, sobre acción o excepción de nulidad".

¹¹¹ Art. 505 del *Esbozo*: "Son vicios sustanciales, de conformidad a los términos del artículo anterior: 1º) La falta de intención, la ignorancia o error y el dolo (art. 450). 2º) La falta de libertad, la violencia (art. 451). 3º) La falta de buena fe, la simulación y el fraude".

¹¹² Ver nota anterior para el *Esbozo*. Arauz Castex, II, nº 1510; Llambías, *Parte general*, II, nº 1711.

¹¹³ Llambías, *Parte general*, II, nos. 1712 y 1713; Arauz Castex, II, nos. 1511 y 1512; Osselevich, *Incalidez e ineficacia por anomalías de la voluntad*, en "Contratos (Cátedra de derecho civil del doctor Federico N. Videla Escalada)", II, p. 247. Desde el punto de vista preceptivo, Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, nº 52, C, p. 310, critica al criterio subjetivo programado por los pandectistas.

embargo, en general, han programado en forma más o menos completa y uniforme la clasificación de los actos jurídicos.

Una orientación que resulta ordenadora y respetuosa del derecho positivo, atiende en primer lugar a las clases comprendidas expresamente en la ley. Pero, como ésta no agota la posible sistematización del negocio jurídico, tenemos que dar someras referencias a otras clasificaciones que permiten comprender más acabadamente la institución. En estos comentarios, se hará la remisión que corresponda cuando en cada tipo exista norma dentro del Código Civil que la comprenda.

a) *Actos de derecho privado y de derecho público.* Esta primera distinción, que responde a una mayor generalización en el tema, tiene la ventaja de situar lo perteneciente al derecho civil, comercial y del trabajo, y lo perteneciente al derecho administrativo, a fin de eliminar de aquellas ramas lo que en principio no les compete.

Los negocios jurídicos del "derecho público", también denominados "actos administrativos", provienen de una declaración de la administración pública como órgano o ente público y no como simple sujeto de derecho, con sus reglas particulares que pertenecen al estudio del derecho público administrativo¹¹⁴. Los negocios del derecho privado contienen una manifestación de voluntad que proviene de sujetos, en cuanto sujetos de derecho¹¹⁵.

b) *Según el número de participantes en el acto. Unilaterales y bilaterales. Remisión.* Corresponde al comentario del art. 946.

c) *Según el momento de la eficacia del negocio. Entre vivos y de última voluntad. Remisión.* Corresponde al comentario de los arts. 947, 951 y 952.

d) *Según el modo de exteriorización del acto. Positivos y negativos. Remisión.* Corresponde al comentario del art. 945 del Cód. Civil.

e) *Según la exigencia de la forma. Formales y no formales. Remisión.* Corresponde al comentario de los arts. 915 a 917, 973 y siguientes.

¹¹⁴ Cfr. Barbero, I, nº 210, p. 438; Balsa, *Derecho administrativo*, II, 5ª ed., 1955, ps. 3 y 4, los define: "decisión general o especial, de una autoridad administrativa en ejercicio de sus propias funciones sobre derechos, deberes e intereses de las entidades administrativas o de los particulares respecto de ellos"; Linares, J. F., *La definición de acto administrativo*, LL, 1981-A-896, siguiendo a Gordillo y a Díez, lo caracteriza como una parte de norma jurídica creada por acto de voluntad jurídica, que origina consecuencias jurídicas inmediatas y tiene alcance individual. Linares combate la idea de "una declaración" y considera inaplicable y fallida la definición del art. 944 del Cód. Civil. López Olaciregui, en Salvat-López Olaciregui, II, nº 1629-E, p. 238, explica la división.

¹¹⁵ Cfr. Barbero, I, nº 210, p. 438. A los actos procesales se los ha considerado una especie de los actos jurídicos, CNCiv, Sala E, 13/6/79, ED, 84-418.

1) *Según el contenido por el carácter de los actos. Patrimoniales o extrapatrimoniales.* Los patrimoniales tienen un contenido económico, apreciable en dinero; no así los extrapatrimoniales, que son productores de relaciones no susceptibles de apreciación pecuniaria¹¹⁶.

La gran mayoría de los autores contraponen a los negocios *patrimoniales* los *familiares*, en tanto estos últimos regulan en general situaciones o intereses que se vinculan con el estado de las personas en la esfera de la familia¹¹⁷. Es de destacar, sin embargo, que no ha escapado a la consideración la circunstancia de que alguno de los llamados *familiares* pueden tener carácter patrimonial (patrimoniales-familiares), entendiéndose por tales los que regulan las relaciones patrimoniales dentro de la familia, como las capitulaciones matrimoniales¹¹⁸, que prevén los arts. 1217 y correlativos¹¹⁹.

En tal sentido está justificada la crítica a esta última separación, por no tratarse, en verdad, de conceptos necesariamente antitéticos, pues responden a criterios diferentes. El acto jurídico puede ser patrimonial o extrapatrimonial según que su objeto esté constituido por relaciones jurídicas de apreciación pecuniaria o no, pero dentro de esa generalidad mayor, cabe encasillarlo atendiendo al tipo legal de dichas relaciones jurídicas: obligacionales de derechos reales, familiares o sucesorias. De ahí que sea posible la existencia de actos jurídicos patrimoniales y familiares (como dichas convenciones matrimoniales o el convenio de alimentos)¹²⁰. Hay doctrina, sin embargo, que ha negado la naturaleza de acto o negocio jurídico al relacionado con los vínculos familiares, por cuanto, según esta corriente teórica, es un aspecto del derecho público al cuidado de un interés más que privado, público (Cicu), o un acto de autoridad (De Ruggiero). Si bien tenemos que señalar que a diferencia de los actos o negocios patrimoniales puros, en los de familia es rígida la reglamentación debido a los aspectos institucionales que están en juego, pero no obstante se consolida la decisión libre y voluntaria de las personas, por medio de la cual se constituye, modifica o extingue la relación familiar. Por ejemplo, en el matrimonio, la adopción, la designación de tutor, el reconocimiento de hijos, la reconciliación, la

¹¹⁶ Cfr. Llamas, *Parte general*, II, nº 1451; Arauz Castex, II, nº 1224; Borda, *Parte general*, II, nº 840.

¹¹⁷ Cfr. Orgaz, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, nº 42, p. 80; Salvat-López Olaciregui, II, nº 1629-B, p. 235; Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, nº 35, B, p. 212; Stolli, *Teoría del negocio jurídico*, § 15, p. 60; Messineo, II, p. 349, 4; Santoro Passarelli, § 2, p. 265; Castán Toboñas, 7ª ed., I, nº 4, p. 662; Albaladejo, I, vol. 2, § 79, 5, p. 158; Larenz, *Parte general*, p. 430; Barbero, I, nº 210, a, p. 438, nos habla de negocios de índole personal o patrimonial.

¹¹⁸ Cfr. Albaladejo, I, vol. 2, p. 159.

¹¹⁹ Cfr. Belluscio, *Manual de derecho de familia*, II, nº 304 y ss.; Zannoni, *Derecho de familia*, I, § 289 y ss., p. 425 y ss.; Fassi, Santiago-Bossert, Gustavo, *Sociedad conyugal*, Bs. As., 1978, I, art. 1217, ps. 97 y siguientes.

¹²⁰ Cfr. Belluscio, *Derecho de familia*, I, nº 75, p. 164; Zannoni, *Derecho de familia*, I, § 14-1, p. 32.

habilitación de edad dispuesta por los padres en ejercicio de la patria potestad, etcétera. Como ha dicho Belluscio, siempre que el acto tenga la finalidad específica de establecer una relación jurídica familiar, o de crear, modificar, transferir, conservar o extinguir derechos subjetivos familiares, y la obtención de esa finalidad esté admitida por el ordenamiento jurídico, será un acto jurídico familiar. No excluye este carácter la circunstancia de que en algunos aspectos sus efectos no puedan ser modificados por los otorgantes (partes) del acto; lo mismo que no deja de ser acto jurídico el que tenga por objeto crear o transferir un derecho real porque el contenido de éste se halle exclusivamente determinado por la ley. Todo depende del carácter imperativo o supletorio de las normas, según la parte del derecho a que correspondan ¹²¹.

Como caracterización de estos actos o negocios jurídicos familiares, se ha sostenido que generalmente son solemnes, debido a la importancia que tienen para sus participantes y a que por ellos pueden verse afectados también intereses públicos o intereses de terceros; que no se los puede celebrar bajo condición, y que la ampliación del contenido de las relaciones jurídico-familiares queda sustraída a la disposición de las partes. Además, no es posible crear actos jurídicos familiares fuera de los previstos por la ley, ya que al igual que los encuadrados en el derecho de las cosas (reales), existe la obligatoriedad de los tipos que la norma legal programa rigurosamente ¹²².

Los actos jurídicos patrimoniales, según lo expuesto, pueden subdividirse en negocios de derechos reales, de derechos de obligación y sucesorios, según produzcan la transferencia, constitución, modificación o extinción de tales derechos subjetivos, o regulen la sucesión *mortis causa* ¹²³. La patrimonialidad que los caracteriza, debe ser tomada en un sentido amplio, ya sea que el contenido económico se denote por su nexo directo con el acto, o indirecto con él ¹²⁴. En la doctrina alemana, italiana y española, a estos actos o negocios patrimoniales se los clasifica según que sean o no de atribución patrimonial. A su vez, se comprenden a partir de aquí, los negocios de disposición, de obligación y de administración, captándose también, como una subdivisión de los negocios de atribución patrimonial, los onerosos y los gratuitos.

¹²¹ Cfr. Belluscio, *Derecho de familia*, I, n.º 74, ps. 161-163, la polémica y citas allí expuestas; Zannoni, *Derecho de familia*, I, § 14-1, ps. 33-34. Freitas en la nota al art. 437 del *Estatuto*, contemplaba a los actos jurídicos en los derechos personales de las relaciones de familia. Afirmando el régimen estatutario de la familia: CCiv en familia y sucesiones, Tucumán, 14/5/81, ED, 95-665.

¹²² Cfr. Larenz, *Parte general*, ps. 431 y 432.

¹²³ Cfr. Albaladejo, I, vol. 2, § 79, 5, p. 159; Castán Tobeñas, 7ª ed., I, n.º 4, p. 662.

¹²⁴ Cfr. Orgaz, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, n.º 42, p. 80.

g) *Negocios patrimoniales de atribución*. En esta subclase de actos, una persona enriquece a otra por medio de una atribución patrimonial, que es un desplazamiento de derechos patrimoniales en favor de alguien, y por tanto se ha producido un acrecimiento en el patrimonio del que recibe, tomada la atribución en sentido amplio, sea por enriquecimiento, ventaja o incremento. El negocio no atribuye, en cambio, no procura un beneficio patrimonial ni hace ingresar derecho alguno en el patrimonio de otra persona, como el abandono de una cosa mueble ¹²⁵.

Las atribuciones, a su vez, pueden ser o no de disposición, ya que también pueden ser de obligación.

h) *Negocios patrimoniales de disposición y de obligación*. Los de disposición producen inmediatamente la pérdida o gravamen de un derecho. En tal sentido se considera, v. gr., la entrega o tradición de la cosa, la remisión de una deuda con la pérdida del crédito correspondiente, o bien la constitución de un usufructo, prenda o hipoteca sobre la cosa. Basta, pues, con que se modifique, transmita o pierda por el negocio un derecho existente ¹²⁶. El concepto, que comprende todo acto que determine una disminución del patrimonio, tiene en su seno tanto los actos *trascritivos* como los *abdicativos*, por ejemplo, la enajenación y la renuncia. Pero en la enajenación la ventaja ajena es directa porque otro adquiere un derecho del disponente; en la renuncia la ventaja ajena es ocasional, en virtud de que hay una extinción de la relación, por salir de ella el sujeto activo, liberándose al sujeto pasivo ¹²⁷. El negocio o acto de disposición es válido si el disponente tiene *poder de disposición*, lo cual no es exigencia al tiempo de la celebración, pero que sí debe requerirse al tiempo en que el negocio produce sus efectos. En principio goza de ese poder el titular del derecho, aunque en algunos casos la norma priva al titular de tal facultad dispositiva, como en el caso del concurso o quiebra, en que se traspasa ese poder al síndico ¹²⁸.

El acto jurídico, o negocio de obligación, no provoca por sí e inmediatamente la pérdida o gravamen de un derecho, sino que crea una obligación. Su efecto jurídico inmediato o primario es el de constituir un deber de prestación, o bien, más genéricamente todavía, un deber de conducta ¹²⁹. Hay negocios que reúnen las dos categorías, disposición y obligación, como la compraventa de una cosa mueble

¹²⁵ Cfr. von Tuhr, t. II, vol. 1, p. 57; Mesineo, II, § 35, p. 350; Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, n.º 35, B, p. 212; Castán Tobeñas, 7ª ed., I, n.º 6, p. 664; Albaladejo, I, vol. 2, § 79, p. 159, 6; Santoro Passarelli, p. 266.

¹²⁶ Cfr. Albaladejo, I, vol. 2, p. 159; Larenz, *Parte general*, p. 434.

¹²⁷ Cfr. Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, p. 213; Santoro Passarelli, p. 264; Stolfi, *Teoría del negocio jurídico*, p. 66.

¹²⁸ Cfr. Larenz, *Parte general*, p. 437.

¹²⁹ Cfr. Albaladejo, I, vol. 2, p. 159, 7; Larenz, *Parte general*, p. 433; Santoro Passarelli, p. 266; Barbero, I, p. 440. Este último autor los llama, en vez de actos de disposición o de obligación, de *eficacia real* o de *eficacia obligatoria*.

acompañada de su transmisión manual con pago diferido del precio, que es de disposición para el vendedor y de obligación para el comprador ¹³⁰.

La importancia de la clasificación estriba en que los negocios de *disposición* tienen efectos frente a todos, puesto que cada uno de ellos es una enmienda que incide sobre el derecho del titular, la cual se debe respetar y tomar en cuenta *erga omnes*; mientras que los de *obligación* producen solamente efectos de modo relativo, pues fundamentan una obligación frente a otra u otras personas determinadas ¹³¹. Una persona puede contraer muchas obligaciones, aunque no pueda cumplirlas todas, pero sólo puede transmitir válidamente el derecho del cual es titular una vez, ya que entonces pierde el poder de disposición sobre ese derecho. A salvo, pues, los casos de protección al tercero de buena fe (art. 1051), una disposición anterior, una vez que ha producido efectos, excluye la eficacia de una disposición posterior, lo cual no ocurre con los de obligación ¹³².

i) *De disposición y de administración*. Dejando de lado la división que antecede (de disposición y de obligación), que no obstante su importancia clarificadora nuestros autores en general no han considerado, y atendiendo a un concepto amplio de la idea de acto de disposición que comprenda esas dos clases de negocios atributivos, la diferencia entre actos de disposición y actos de administración no radica, como en alguna oportunidad ya superada se sostuvo, en que los primeros implican enajenación y los segundos no. La caracterización en ellos no depende de la naturaleza jurídica del acto en sí, ya que se trata de una operación económica que puede realizarse por diversos medios jurídicos ¹³³. Hay enajenaciones que no implican actos de disposición, y hay también actos de disposición sin enajenación ¹³⁴.

Son *actos de disposición* los que disminuyen o modifican sustancialmente los elementos que forman el capital del patrimonio, o bien comprometen el porvenir de dicho patrimonio por largo tiempo ¹³⁵. Son

¹³⁰ Cfr. Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, n° 35, p. 216; Larenz, *Parte general*, p. 438.

¹³¹ Cfr. *supra*, § 10.

¹³² Cfr. Larenz, *Parte general*, p. 437.

¹³³ Cfr. Borda, *Parte general*, II, n° 841 y su cita de Planiol-Ripert-Nast, 8, n° 514. Para las doctrinas alemanas, italianas y españolas que han desarrollado la clasificación explicada en actos de disposición y obligación, la dicotomía que ahora se trata es considerada desde el punto de vista de una administración extraordinaria (para nosotros actos de disposición), y una administración ordinaria (para nosotros otros actos de administración): Stolfi, *Teoría del negocio jurídico*, § 18, p. 71; Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, n° 36, p. 216; Barbiero, I, p. 440; g; Santoro Passarelli, p. 266, quien sin embargo señala que hay actos de administración extraordinaria que no lo son de disposición, como el colbro de capitales; Albaladejo, I, vol. 2, p. 160, 8 y su amplia bibliografía en la nota.

¹³⁴ Cfr. CNCom, Sala B, 26/5/77, ED, 75-365; id., id., 13/4/78, ED, 80-290.

¹³⁵ Cfr. Orgaz, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, n° 43, p. 80; *Nuevos estudios*, p. 56 y ss.; CNCiv, Sala F, 21/4/81, ED, 95-579.

actos de administración los que se relacionan con el rendimiento, conservación y goce de ese patrimonio que forma el capital ¹³⁶. De ahí que pueda sostenerse que el acto de administración tiende a mantener la integridad del patrimonio, o a aumentarlo por medio de la explotación normal de los bienes que lo componen, mientras que el de disposición implica el egreso anormal de bienes, ya porque suponga a veces un empobrecimiento del patrimonio (caso de donación), y en otras haya bienes que se intercambian (compraventa) ¹³⁷.

No es fácil en todos los casos caracterizar los negocios por una u otra de estas categorías, toda vez que el criterio económico jurídico que les sirve de base queda, en definitiva, librado a una apreciación de la incidencia del acto en el patrimonio-capital del sujeto. De los ejemplos que se han dado se pueden destacar los siguientes:

De disposición (o administración extraordinaria): son los que enajenan, gravan o desvalorizan bienes del activo del patrimonio, como la venta de un inmueble, o del camión del chacarero, o de animales reproductores; hipoteca de una casa ¹³⁸; venta del establecimiento rural; arrendamiento por un lapso muy prolongado —como nueve años para el derecho italiano; cinco para nosotros— que redunde en desvalorización de la cosa ¹³⁹; la donación de un bien del patrimonio ¹⁴⁰; transformación de un establecimiento agrícola en establecimiento ganadero ¹⁴¹; renuncia a hacer valer propias razones, como la prescripción liberatoria ¹⁴²; contratos de sociedad o de asociación que tengan por objeto el disfrute de bienes inmuebles por tiempo indeterminado, o por gran número de años (v. gr., nueve) ¹⁴³; constituir prendas; proceder a la división o promover los correspondientes juicios de división de los bienes indivisos; hacer compromisos o transacciones, o aceptar convenios de acreedores ¹⁴⁴. Los actos a título gratuito, deben considerarse siempre de disposición ¹⁴⁵.

De administración: el pago de impuestos; la venta de las crías del ganado; el pago o percepción de intereses; el pago o percepción de alquileres o de sueldos ¹⁴⁶; la venta por el comerciante, al cumplir su función económica, de las mercaderías ¹⁴⁷, lo mismo que la reposición

¹³⁶ Cfr. Santoro Passarelli, p. 267.

¹³⁷ Cfr. Borda, *Parte general*, II, n° 841; Llambías, *Parte general*, II, n° 1452-6; Arauz Castex, II, n° 1221; Salvat-López Olaciregui, II, n° 1629-C, p. 236; Castán Tobeñas, 7ª ed., I, n° 5, p. 664; CNCom, Sala B, 26/5/77, ED, 75-365.

¹³⁸ Cfr. Arauz Castex, II, n° 1221.

¹³⁹ Cfr. Llambías, *Parte general*, II, n° 1452; Borda, *Parte general*, II, n° 841; Arauz Castex, II, n° 1222; Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, 217; Stolfi, *Teoría del negocio jurídico*, p. 73.

¹⁴⁰ Cfr. Borda, *Parte general*, II, n° 841.

¹⁴¹ Cfr. Orgaz, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, n° 43, p. 82.

¹⁴² Cfr. Barbiero, I, p. 441.

¹⁴³ Cfr. Stolfi, *Teoría del negocio jurídico*, § 18, p. 73.

¹⁴⁴ Cfr. Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, p. 217.

¹⁴⁵ Cfr. Borda, *Parte general*, II, n° 841, p. 92.

¹⁴⁶ Cfr. Arauz Castex, II, n° 1221.

¹⁴⁷ Cfr. CNCom, Sala B, 26/5/77, ED, 75-365; id., id., 13/4/78, ED, 80-290.

de ellas¹⁴⁸; la explotación agrícola o ganadera de un inmueble; la continuación del giro comercial de un negocio; la reparación de un edificio¹⁴⁹; el alquiler de la cosa por tiempo corto o mediano que no implique una desvalorización del bien por causa de la prolongada imposibilidad de uso y goce para el propietario¹⁵⁰; el pago de créditos y el cobro de deudas, como la enajenación de frutos destinados a la venta¹⁵¹; etcétera.

Se ha señalado la existencia de actos dudosos, pues en ocasiones el encuadramiento del acto dependerá de las circunstancias que lo rodean cuando se realiza. Así, la venta de una cosa mueble suele ser acto de disposición, pero lo es de administración para el comerciante en artículos del hogar¹⁵²; la compra de un mobiliario valioso puede ser de disposición, pero lo será de administración cuando se trate de amueblar un inmueble para acrecentar su valor locativo¹⁵³. La enajenación onerosa de bienes inmuebles, con mayor razón tiene características de acto de disposición, pero, sin embargo, si se trata de operaciones normales y propias del giro de una empresa inmobiliaria que se dedicara a la compraventa de esos bienes, podría considerarse de administración.

Dentro de los actos de administración (ordinaria), cabe establecer una subclasificación, advirtiendo la existencia de actos meramente *conservatorios*, los cuales constituyen la mínima extensión, pues tienen por fin conservar un bien patrimonial en peligro de perderse¹⁵⁴.

La importancia de la clasificación que venimos estudiando se refleja en diversas disposiciones del Código, especialmente cuando se refiere a los poderes de los representantes, sean voluntarios o necesarios. Así, los mandatarios pueden tener ambas clases de poderes, de disposición o de administración, según la voluntad del mandante (arts. 1880 y 1881, incs. 1º y 9º); los representantes legales deben realizar por sí los actos de administración, pero habrán de solicitar autorización para los de disposición (arts. 293, 297 a 300, 413, 443 y 475)¹⁵⁵. Caso típico de administración o de mera custodia y conservación, es el de los curadores de los bienes¹⁵⁶. También es importante la diferenciación frente a los poderes del heredero beneficia-

rio (art. 3382); la restricción a la capacidad de los inhabilitados, que en principio se refiere a la disposición, pero que puede incluir en la sentencia actos determinados de administración (art. 152 bis); la restricción de la capacidad de los emancipados (art. 135). Los actos de disposición pueden importar confirmación tácita cuando los ejecuta quien llegó a la mayoría, convalidando la compraventa celebrada siendo menor, pero no tienen tal efecto confirmatorio, en principio, los actos de administración¹⁵⁷.

j) *Según las asignaciones que contienen. Onerosos y gratuitos. Concepto y remisión.* Se trata de los actos mejor llamados a título oneroso y a título gratuito, con referencia a las asignaciones que contienen. Comprende esta división todos los actos jurídicos patrimoniales, a pesar de que está definida y tratada en la clasificación de los contratos. Remitimos, pues, al comentario respectivo del art. 1139.

Son negocios a título oneroso los que en su contenido, frente a la obligación de una de las partes, la obligación de la otra a una contraprestación representa para ellas, en su estimación, un contravalor o equivalente. A título gratuito cuando en el contenido del negocio falta una contraprestación. Como ejemplo de los primeros: la compraventa y el mutuo a interés; de los segundos: la donación, el comodato, la institución testamentaria de herederos, el legado¹⁵⁸.

La importancia de la distinción resulta del diferente tratamiento normativo de cada una de estas dos especies. Así, con relación a la *capacidad*, el menor emancipado no puede donar los bienes recibidos a título gratuito (art. 13); acerca de los *poderes*, para hacer renunciaciones a título gratuito, remisión o quita de deudas que no sea el caso de falencia del deudor, o para hacer donaciones que no sean pequeñas gratificaciones, el art. 1881, incs. 4º y 8º, exige poderes especiales, mientras que en los actos a título oneroso, en principio y salvo excepciones, bastan los poderes generales¹⁵⁹, en lo referente a la *acción de fraude*, revocatoria o pauliana, si el acto es a título gratuito, los acreedores no necesitan acreditar la mala fe o el *consilium fraudis* del deudor (art. 967), como se exige para el acto a título oneroso (arts. 968 y 969)¹⁶⁰, en la *extinción*, el transmitente a título gratuito en principio no tiene tal obligación de saneamiento y garantía, que en cambio es elemento natural de toda transmisión a título oneroso (art. 2089

¹⁵⁷ CNCiv, Sala F, 14/7/76, JA, 1980-1-46.

¹⁵⁸ Larenz, *Parte general*, § 18, II, e, p. 444; Stolfi, *Teoría del negocio jurídico*, § 19, p. 73; Arauz Castex, II, n° 1219; Liambias, *Parte general*, II, n° 1447; Borda, *Parte general*, II, n° 838. Apunta Allaladeje, I, vol. 2, § 79, p. 162, 10, que hay una tercer especie, la del negocio *neutro*, que puede ser indistintamente oneroso o gratuito, como el mutuo, el depósito, el mandato o la fianza, en los que se puede pactar una retribución —así en nuestros arts. 2243, 2183, 1871, Cód. Civil—. Messineo, II, § 35, p. 352, comprende esta idea en sus explicaciones.

¹⁵⁹ Cfr. Arauz Castex, II, n° 1220, b.

¹⁶⁰ Cfr. Liambias, *Parte general*, II, n° 1449 y 1852; Arauz Castex, II, n° 1220, e; Orgaz, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, n° 44, p. 83.

¹⁴⁸ Cfr. Arauz Castex, II, n° 1221.

¹⁴⁹ Cfr. Borda, *Parte general*, II, n° 841; Liambias, *Parte general*, II, n° 1452.

¹⁵⁰ Cfr. Stolfi, *Teoría del negocio jurídico*, § 18, p. 72. Según el art. 443, inc. 10, el arrendamiento por más de cinco años ya excede la mera administración ordinaria.

¹⁵¹ Cfr. Barbero, I, p. 441; Stolfi, *Teoría del negocio jurídico*, p. 71; Allaladeje, I, vol. 2, § 79, p. 161; Santoro Passarelli, p. 267.

¹⁵² Cfr. Arauz Castex, II, n° 1222.

¹⁵³ Cfr. Arauz Castex, II, n° 1222.

¹⁵⁴ Cfr. Orgaz, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, n° 43, p. 81; Salvat-López O'Aciego, II, n° 1629-C, p. 237.

¹⁵⁵ Cfr. Arauz Castex, II, n° 1223. Ver comentarios a los respectivos artículos.

¹⁵⁶ Cfr. en esta obra, t. 2, comentario a los arts. 488 y 489, p. 412.

y ss.); los tutores y curadores no pueden disponer a título gratuito de los bienes de sus pupilos y representados (arts. 450 y 475).

La distinción en negocios a título oneroso y negocios a título gratuito concierne también a la "causa", pues tiene en realidad vinculación con los negocios "causales". Los *abstractos* son en cierto modo indiferentes desde este punto de vista, pues para establecer si una disposición ha sido efectuada a título oneroso o gratuito, hay que recurrir al negocio causal en que se basa ¹⁶¹.

k) Según el contenido y el momento de sus efectos. Constitutivos y declarativos. Los actos o negocios jurídicos tienden generalmente a crear relaciones jurídicas. El contenido de ellos es corriente que sea la constitución de nuevas situaciones y vinculaciones. En este caso, hámanse constitutivos, y sus efectos se producen a partir de su realización y hacia el futuro, sin que puedan tener efectos por el tiempo anterior al de su celebración o realización. Sin embargo, en esta clase más común de negocios las partes pueden pactar lo contrario, es decir, que el acto tenga eficacia anterior a su constitución, lo cual suele hacerse por medio de la antedatación del acto, pero en este caso no podría tener efectos respecto de terceros extraños a él ¹⁶².

Frente a los constitutivos, que por naturaleza no operan con retroactividad, están los declarativos, los cuales presuponen la existencia de una situación o relación jurídica anterior que vienen a reconocer o definir; no sólo a partir de su realización, sino desde el momento del nacimiento del negocio reconocido o definido, de ahí que sus efectos se produzcan naturalmente con retroactividad ¹⁶³. Son ejemplos de estos últimos la transacción (art. 836) ¹⁶⁴; la ratificación de un mandato (art. 1936) ¹⁶⁵; el reconocimiento de una deuda (art. 718).

Es de pensar que los declarativos, al igual que los constitutivos, si no lesionan un interés superior que se sobreponga a la libre voluntad de las partes, pueden ser retroactivos por decisión de éstas en pacto particular, como por ejemplo en una transacción derivada de una relación jurídica patrimonial. Pero, claro está que en algunos ejemplos que se han dado de declarativos por su naturaleza intrínseca, como el reconocimiento de un hijo, en el cual la filiación surge desde el momento de la generación y no desde la declaración del padre o

madre que la ha hecho ¹⁶⁶, no es posible manifestar su eficacia a partir de dicha declaración, dado que es un régimen normativo que obedece a razones de orden público (art. 332 a 334) y la tiene a partir de la concepción de ese hijo ¹⁶⁷. Otros ejemplos de actos declarativos y por tanto con retroactividad, son el de la división del condominio, en la cual cada condómino debe considerarse propietario desde el origen de la indivisión (art. 2695) ¹⁶⁸, y la partición de la herencia (art. 3503).

l) Según su interdependencia. Principales y accesorios. Por composición y estructura, el acto o negocio jurídico puede ser *simple* o *complejo*. En el primer caso, una sola declaración o acto constituye el negocio. En el segundo, una pluralidad de declaraciones o actos convergen a la unidad de un negocio. Los complejos pueden tener muchas cláusulas, unas centrales y otras de importancia menor, no obstante lo cual todas constituyen un complejo único —al decir de Betti— y no son concebibles como una multiplicidad de negocios ¹⁶⁹. Frente al negocio complejo único, con pluralidad de declaraciones o actos, puede diferenciarse otro, constituido por una *combinación de negocios*, en el sentido de que puede haber una pluralidad de negocios combinados, unidos en una entidad compleja, pero de tal manera, que cada uno de los negocios que integran el nexo total, es perfecto en sí mismo y productor de efectos propios; los diversos efectos de tales negocios combinados se coordinan en función complementaria y fundamental, y por eso se habla de *negocios enlazados* ¹⁷⁰. Estos pueden ser de *concurso*, como relación de síntesis y contemporaneidad entre dos o más para un solo resultado económico-social, y de *continuidad*, por sucesión temporal del uno respecto del otro u otros, cuya sucesiva formación logra un solo resultado económico-social ¹⁷¹. Pero lo importante frente a este complejo de negocios enlazados o vinculados, es que dependen de la voluntad de las partes y se produce una interdependencia, de manera que la no producción de efectos del uno impide los efectos del otro u otros; así como la invalidez de uno lleva consigo la no validez de los otros ¹⁷². En este orden de ideas cabe encuadrar los actos o negocios *principales* o *accesorios*.

¹⁶⁶ Stolfi, *Teoría del negocio jurídico*, § 20, p. 76.

¹⁶⁷ Ver en esta obra, t. 2, comentario a dichos artículos, § 6, b y sus citas, p. 237.

¹⁶⁸ Igualmente el art. 757 del Cód. Civil italiano y el art. 399 del Cód. Civil español.

¹⁶⁹ Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, n° 37, p. 218.

¹⁷⁰ Cfr. Santoro Passarelli, § 2, n° 48, p. 259 y su cita de Giorgianni, Venditti, Casperoni, Di Sabato, Scognamiglio, de la nota 161.

¹⁷¹ Cfr. Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, n° 37, p. 219.

¹⁷² Cfr. Messineo, II, n° 8, p. 354; Santoro Passarelli, § 2, n° 48, p. 259. Sobre el tema más amplio pero de análogas proyecciones jurídicas al hecho jurídico humano, ver comentario al art. 896, § 7.

¹⁶¹ Cfr. Lorenz, *Parte general*, § 18, e, ps. 444-445; von Tuhr, t. II, vol. I, § 74, n° 10. Dicen estos autores que la transferencia de una cosa tiene lugar a título oneroso cuando se efectúa en cumplimiento de una compraventa, y a título gratuito si de una donación; importa averiguar si el negocio causal básico fue estipulado por las partes a título oneroso o gratuitamente.

¹⁶² Cfr. Stolfi, *Teoría del negocio jurídico*, § 20, p. 75, nota 1; Orgaz, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, n° 46, p. 89.

¹⁶³ Cfr. Orgaz, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, n° 46, p. 89.

¹⁶⁴ En el Código italiano de 1942, art. 2643, n° 13, se establece que ciertas transacciones son constitutivas; ver Stolfi, *Teoría del negocio jurídico*, § 20, p. 75 y nota 2.

¹⁶⁵ Orgaz, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, n° 46, p. 89.

El *principal* puede existir por sí solo; el *accesorio* presupone otro del cual depende y por el cual se justifica ¹⁷³. La mayor importancia de esta última subdivisión estriba en que rige la máxima *accessio caedit principali*, en tanto lo accesorio sigue la suerte de lo principal, de modo que inválido el principal cae el accesorio, lo cual en principio no sucede en sentido inverso ¹⁷⁴.

Algunos de los accesorios son *preparatorios*, como el mandato para contratar y el contrato preliminar; otros *integrativos*, como la ratificación del mandante, la denuncia del comitente para quien se compró y la confirmación de un acto inválido; otros son *complementarios*, como la aceptación del tercero a cuyo favor se hizo el negocio; están también los *auxiliares*, y en ese campo la arbitración, que especifica el contenido del negocio principal, de modo que éste depende en su eficacia del negocio auxiliar ¹⁷⁵.

II) Según el requisito de la causa. *Causales y abstractos.* Para quienes han sostenido que la causa es un elemento esencial del acto jurídico, y que los arts. 500, 501 y 502 se refieren a la causa fin determinante ¹⁷⁶, la división del epígrafe adquiere toda su trascendencia, puesto que si bien no admiten la existencia de un acto o negocio sin causa, observan la presencia excepcional de actos o negocios en los que la causa pierde importancia frente a la forma, particularmente la cambiaria.

Por ello se sostiene que los actos o negocios son generalmente *causales*, y que por excepción hay negocios *abstractos*, en los que la causa no es imprescindible, porque no forma parte de su contenido. Estos valen con independencia de la causa y aun cuando se pruebe que no existe, porque en realidad esta prueba no es admisible. Un supuesto de negocio abstracto es el de la promesa de pago mediante letra de cambio y demás papeles asimilados a ella ¹⁷⁷. Quizá una explicación válida sea que en el negocio *abstracto* la causa también existe, pues no son negocios sin causa, sino que lo que ocurre es que la causa queda apartada, separada, de manera que su eventual falta o sus posibles defectos no impiden la validez del negocio y que produzca sus efectos, aunque se despliega una acción retardada de la causa, destinada a equilibrar los efectos que el negocio haya producido por su abstracción ¹⁷⁸. Tanto es así, que pese a ser inadmisibles oponer excepciones de falta de causa al cobro promovido por terceros,

¹⁷³ Albaladejo, I, vol. 2, § 79, n.º 9, p. 161; Arauz Castex, II, n.º 1225, Llambías, *Parte general*, II, n.º 1449.

¹⁷⁴ Cfr. Arauz Castex, II, n.º 1225; Llambías, *Parte general*, II, n.º 1449.

¹⁷⁵ Cfr. Santoro Passarelli, § 2, n.º 48, p. 260.

¹⁷⁶ Ver en esta obra, t. 2, comentario a dichas normas, especialmente § 11, p. 562 y siguientes.

¹⁷⁷ Cfr. Orgaz, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, n.º 49, p. 98; CSJN, 22/4/15, *ED*, 62-362; C. 3.ª Civ y Com Mza, 27/5/74, *LL*, 1975-D-398, 32.844-S.

¹⁷⁸ Cfr. Santoro Passarelli, § 2, n.º 38, p. 206 y su cita de Caspari, *Apuntes en tema di negozi astratti*, en "Foro italiano", 1957, I, p. 1679. Compagnucci de Caso, *Hacia una caracterización del acto abstracto*, *ED*, 76-853.

podrían oponerlas entre sí las partes que otorgaron el acto originario (caso del pagaré sin causa creditoria, traspasado por endoso a un tercero, que podría repetirse del pretendido acreedor originario) ¹⁷⁹. La falta de causa, la falsa o ilícita causa, a pesar de su carencia de relieve inmediato en la ejecución del documento, lo tiene en el proceso ordinario posterior que sirve de fundamento para subsanar los efectos producidos, por medio de la acción de repetición o, por lo menos, de enriquecimiento sin causa. De manera que en los actos o negocios *causales* la causa tiene una eficacia directa y en los *abstractos* tiene una eficacia indirecta ¹⁸⁰. Aquí la forma que se reviste de cambiaria adquiere una importancia especial y prevalece sobre las razones sustanciales del cumplimiento del negocio; por lo tanto, la simple declaración negocial no revestida de forma particular cambiaria no podría tener eficacia por sí misma, como acto abstracto ¹⁸¹. Pero de todas maneras, para la existencia del acto abstracto y que contiene dichos efectos directos (con prescindencia de la causa) e indirectos (entre las partes originales la posterior eficacia de la causa), se requiere una expresa determinación legal, lo cual no ocurre con los causales, que dependen de la libre voluntad creadora de las partes ¹⁸².

Se han señalado como únicos actos o negocios abstractos los de los títulos cambiarios, a la orden o al portador, en los que se prohíbe oponer al tercer poseedor del documento las excepciones personales, entre ellas las fundadas en la causa ¹⁸³. Pero otros autores agregan la "fiianza", porque la causa que determina al fiador a garantizar una deuda debe buscarse en las relaciones de él con el deudor principal, pero el acreedor es ajeno a esas relaciones, por lo cual la obligación del fiador es válida aunque aparezca sin causa ¹⁸⁴.

En el *derecho francés* se tiene como abstracto el negocio de "delegación", en el cual un "delegado" se obliga hacia un "delegatario" por orden de un "delegante", porque las obligaciones del primero con el segundo que tienen fundamento en las relaciones con el tercero, adquieren vida independiente de ese fundamento; aunque el delegado advirtiera que no era deudor del delegante, no podría oponer al dele-

¹⁷⁹ Cfr. Borda, *Parte general*, II, n.º 850; Busso, III, comentario al art. 500, n.ºs. 340 a 342, ps. 157 y 158.

¹⁸⁰ Cfr. Stolfi, *Teoría del negocio jurídico*, § 13, p. 57; Albaladejo, I, vol. 2, § 94, n.º 3, p. 287.

¹⁸¹ Cfr. Barbero, I, n.º 253, p. 539; Santoro Passarelli, p. 206.

¹⁸² Cfr. Busso, III, comentario al art. 500, n.º 344, p. 158; Stolfi, *Teoría del negocio jurídico*, § 13, p. 58; Compagnucci de Caso, *Hacia una caracterización del acto abstracto*, *ED*, 76-858.

¹⁸³ Cfr. Orgaz, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, n.º 49, p. 98; Stolfi, *Teoría del negocio jurídico*, § 13, p. 58.

¹⁸⁴ Cfr. Borda, *Parte general*, II, n.º 851; Busso, III, comentario al art. 944, n.ºs. 346 a 348, p. 158; aunque algunos autores entienden que la causa de la obligación del fiador es la obligación principal, confunden el nexo entre la obligación accesoria y la obligación principal con el nexo causal, como recuerda Busso, con cita de Capitant y Buisson.

gatorio la excepción de falta de causa¹⁸⁵. En el *derecho alemán* la adquisición de la propiedad por inscripción en el Registro confiere al beneficiario un título en el que pueden confiar plenamente los terceros, sin que se les puedan oponer los vicios del contrato originario, lo cual importa un acto abstracto¹⁸⁶. En este derecho, como enseña Larenz, a partir de la ciencia del siglo XIX, especialmente con la doctrina de Savigny, se distingue entre los negocios obligatorios y los negocios reales. De manera que una compraventa, permuta o donación (obligatorios), se independiza del cumplimiento que importa la transmisión de la propiedad, mediante un nuevo contrato real, que juntamente con el pago del dinero constituye un negocio autónomo de disposición. A ello se debe que en principio los negocios reales de cumplimiento (entrega de la cosa y del dinero), no dependen en su validez de la validez del negocio básico obligatorio a cuya realización sirven. Así, cuando es nulo el contrato de compraventa, la transmisión ya realizada según las normas del derecho germánico (Cód. Civil) puede ser válida, lo cual significa que ese segundo o tercer negocio real tiene un "carácter abstracto"; lo mismo ocurre en Alemania con la cesión de un crédito, pues son negocios válidos independientemente de la validez del negocio básico al que se refieren. No obstante, pueden aplicarse las normas sobre enriquecimiento sin causa¹⁸⁷.

m) Según el modo de obtención del resultado. *Directos, indirectos y fiduciarios*. Los actos o negocios *directos* tienen por objeto la obtención inmediata del resultado, con el acto o negocio mismo. Los *indirectos* exigen el empleo de un medio o procedimiento oblicuo para alcanzar el resultado, que no se podría obtener directamente¹⁸⁸.

El acto o negocio *fiduciario* se basa en la fiducia o confianza. Por su intermedio se realiza una atribución patrimonial que sobrepasa el fin perseguido, obligándose el que la recibe a usar de ella dentro de los límites de aquel fin y a la posterior restitución de lo adquirido. Es la transmisión plena del dominio o de otro derecho, efectuada con fines de administración, facilitación de encargos o garantía, que por sí mismos no requerirían la transmisión; junto con ésta, nace la obligación del adquirente de restituir el derecho al transmitente, o transferirlo a un tercero, una vez cumplida la finalidad perseguida. Es —por ejemplo— el caso de un mutuo que por razones

¹⁸⁵ Cfr. Busso, III, nº 345, p. 158. En el derecho italiano (art. 1271, Cód. Civil), es discutido el planteamiento como abstracción; ver Santoro Passarelli, § 2, nº 38, p. 207. Siguiendo a Lafaille, Salvat y Galli, admite acuerdos de voluntades sobre delegación pasiva, Compagnucci de Caso, *Hacia una caracterización del acto abstracto*, ED, 76-858.

¹⁸⁶ Cfr. Busso, III, comentario al art. 944, nº 351, p. 159.

¹⁸⁷ Cfr. Larenz, *Parte general*, § 18, 2, d, p. 439.

¹⁸⁸ Cfr. Orgaz, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, nº 48, p. 92; CNCiv, Sala C, 30/6/77, ED, 74-456.

de comodidad entre los interesados, se asegura mediante la transmisión de la propiedad de un objeto, a fin de que sirva éste de garantía de la restitución de lo prestado, comprometiéndose el que lo recibe a restituirlo cuando le sea devuelta la cantidad prestada y a no disponer, entre tanto, de la cosa (en realidad, habría bastado dar en prenda dicho objeto)¹⁸⁹.

n) Según las modalidades de su contenido. *Puros y simples y modales*. *Remisión*. Se dice que el acto o negocio es *puro y simple* cuando la voluntad del autor queda firme, sin restricción, y los efectos se producen inmediatamente y para siempre. En otras palabras, no están sujetos a modalidades. Es *modal*, al contrario, cuando su existencia o eficacia quedan sometidas a una restricción o subordinadas a un acontecimiento futuro. En tal sentido las modalidades subordinantes son la condición y el plazo, que pueden ser suspensivos o resolutorios¹⁹⁰.

Para el estudio de las modalidades, ver t. 2, comentarios al art. 527 y ss. (p. 743 y siguientes)¹⁹¹.

§ 19. Interpretación del acto o negocio jurídico. Ubicación de la materia, importancia de su disciplina y remisión a otros comentarios. La interpretación jurídica va dirigida a entender el significado y a fijar el alcance del objeto interpretado. Con sus proyecciones y sus propias reglas resulta admisible considerar los diversos campos sometidos a esa tarea que, por otra parte, es absolutamente necesaria en todos los órdenes del derecho. Primeramente está la amplia y comprensiva interpretación de la ley (mejor, del derecho normativo), que asume también a la interpretación de la expresión consuetudinaria del derecho, o de las costumbres en cuanto normas jurídicas; después, la interpretación de los actos jurídicos heteronormativos o provisiones,

¹⁸⁹ Albaladejo, I, vol. 2, § 94, 4, p. 288. Otro ejemplo es el de la transferencia de la propiedad con el objeto de la administración o gestión y devolución posterior. Sobre este tema ver: Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, nº 40, p. 232; Enneccerus-Nippert, I, vol. II, p. 81; Santoro Passarelli, nº 39, p. 210; Guastavino, E. P. *Actos fiduciarios*, en "Estudios de derecho civil en homenaje a Héctor Lafaille", Bs. As., 1968, p. 365; Mosset Iturraspe, J., *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios*, Bs. As., 1974, II; Cámara, H., *Simulación en los actos jurídicos*, Bs. As., 1941, nº 17, p. 72 y ss.; Orgaz, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, p. 92; Caranza, J. A., *El negocio fiduciario*, Jurs, 26-347; Goldschmidt, R., *Trust, fiducia y simulación*, LL, 67-777.

¹⁹⁰ Cfr. Orgaz, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, nº 47, p. 89; Arauz Castex, II, nº 1226, luego de señalar que las modalidades son la condición, plazo y cargo, considera que la clasificación es interesante solamente con respecto a la condición.

¹⁹¹ Los autores critican con razón la metodología del Código en este aspecto, ya que las modalidades son elementos accidentales de todos los actos o negocios jurídicos, y no solamente se relacionan con los obligacionales o de crédito, de manera que debió incluirse en el articulado de esta sección sobre hechos y actos jurídicos. Cfr. por todos, Llanabías, *Parte general*, II, nº 1512. Como este tratadista señala, el *Anteproyecto* de Biliboni, el *Proyecto* de 1936 y el *Anteproyecto* de 1954, pretendieron remediar esta situación.

que vienen a ser actos unilaterales de soberanía, como los administrativos y los jurisdiccionales (sentencias u otras provisiones), los que a su vez están subordinados a la ley y destinados a su actuación; por último, la interpretación de los actos de autonomía, que abarca la de los negocios jurídicos y la de los tratados internacionales¹⁹².

En este comentario vamos a exponer el tercer aspecto sobre los actos jurídicos, pues acerca de la interpretación de la ley ya se han realizado los correspondientes estudios al comentar el art. 16 (ver t. 1, p. 77 y siguientes).

Por otra parte, en preceptos aislados del Código y con respecto a determinadas especies de actos jurídicos, hay reglas normativas que orientan la interpretación, como en el área de los contratos el art. 1198, primera parte. Pero en el sector destinado en general a los actos jurídicos no se han dictado reglas de hermenéutica aplicables a todas las especies. De ahí que, sin perjuicio de lo que con mayor amplitud se exponga al tratar dichos preceptos particulares, es necesario estudiar los principios que guían en la búsqueda del significado de los actos o negocios jurídicos en general.

La disciplina legal de la interpretación jurídica, para evitar el riesgo de la incertidumbre en la apreciación y en la inteligencia de lo interpretado, no está librada a una total libertad de examen, lo cual permitiría obtener resultados diversos según los puntos de vista subjetivos y el interés de cada uno de los intérpretes. La labor de la interpretación vinculante, por ello, se ha reservado a ciertos órganos —competencia—, y se ha sometido a reglas la actividad que hay que desplegar para formar la convicción sobre el sentido del objeto interpretado¹⁹³. Estas reglas de la interpretación, en lo que se refiere a los negocios jurídicos, fijan cómo ha de realizarse la búsqueda de su sentido, y se ha considerado que no son simples reglas orientadoras, sino verdaderos preceptos imperativos obligatorios para el intérprete. De lo contrario, si carecieran de ese carácter imperativo con apoyo en la idea de que los particulares podrían dejarlas de lado, ante el acuerdo de éstos de dar cierto sentido a sus declaraciones anteriores serían inaplicables las normas de interpretación, pues nada habría que interpretar¹⁹⁴. Este último aspecto se relaciona con la interpretación auténtica de los actos jurídicos, por cuanto la labor jurisdiccional vinculante alcanza su necesidad y objetivo frente a una divergencia de los interesados en el sentido de la declaración de voluntad.

¹⁹² Cfr. sobre este tema de la clasificación, Betti, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, parte II, cap. X, p. 233. Agrega Betti la interpretación de los comportamientos relevantes para el derecho, en cuanto puedan ser calificados de lícitos o ilícitos.

¹⁹³ Cfr. Betti, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, p. 217; Messina, *Interpretación de los contratos*, p. 50 y ss. En el Código alemán, los arts. 133 y 157 contienen preceptos sobre la forma de realizar la interpretación de las declaraciones de voluntad; ver Larenz, *Parte general*, p. 474.

¹⁹⁴ Albaladejo, I, vol. 2, § 100, n.º 12, p. 372. Las considera mandatos jurídicos y no meras reglas de experiencia, Santoro Passarelli, n.º 51, p. 276.

Con esto no se quiere decir que la disciplina legal de la interpretación agote todos los aspectos a ella sometidos, pero sí que en la medida de tal disciplina, la actividad interpretativa queda ligada a la observancia de normas jurídicas de carácter preceptivo¹⁹⁵. Queda dicho así cuál es la importancia del estudio de los principios que rigen la interpretación jurídica en todos sus campos, particularmente en el del acto jurídico.

§ 20. Diferencias entre la interpretación de la ley, de la sentencia y del acto jurídico. — A partir de la idea de que la norma objetiva de derecho contiene una *generalidad y abstracción* que no puede asimilarse al contenido estructural del acto o negocio jurídico, se vislumbra la antítesis conceptual entre ambas expresiones jurídicas. Los actos jurídicos, a diferencia de las normas, no constituyen el orden jurídico, sino que operan dentro de su órbita¹⁹⁶. De ahí que la interpretación de uno y otro precepto ofrece diferencias que hay que poner de relieve¹⁹⁷.

En general puede decirse que los *hechos o motivos* que inspiraron al legislador el dictado de la norma positiva, pueden ser independientes de su interpretación, lo cual ocurre en muchas oportunidades; mientras que los hechos (causa-fuente) de los negocios jurídicos, tienen importante relieve para la interpretación del negocio¹⁹⁸. Debido a su alto grado de abstracción general, la ley debe interpretarse con el *criterio técnico* y científico de las palabras y conceptos empleados; el acto o negocio puede contener una expresión verbal inadecuada y debe interpretarse por lo que la generalidad de la gente entiende en situaciones similares¹⁹⁹.

¹⁹⁵ Cfr. Betti, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, n.º 39, p. 219; Videla Escalada, F. N., *La interpretación de los contratos civiles*, Bs. As., 1964, p. 46. Es importante atender a los principios desarrollados por la jurisprudencia sobre el método de interpretación, como también a los preceptos legales que no se refieren al método sino que señalan en determinados supuestos cual deberá ser un cierto resultado de la interpretación, prescribiendo que el juez debe considerarlo como contenido determinante de la declaración; ver Larenz, *Parte general*, p. 474. V. gr., el art. 651, cuando es dudoso si la obligación es facultativa o alternativa; el 746, sobre prestaciones parciales en períodos determinados; el 778, sobre imputación de pago; el 1354, sobre el precio sin terminación o con dudas de cual fuere, etcétera.

¹⁹⁶ Cfr. Betti, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, p. 234 y ss.; Carbonnier, II, vol. 2, ps. 512-513.

¹⁹⁷ En contra de esta idea, López de Zavalia, *Teoría de los contratos. Parte general*, VII, 2, p. 256; Gómez Leo, O. R., *Interpretación de los contratos*, LL, 146-999, que consideran a través de lo estatuido por el art. 1197, que son iguales los métodos de interpretación. Bien ha advertido Etcheverry, R. A., *Interpretación del contrato*, LL, 1980-D-1053, que no puede entenderse hoy en día que el art. 1197 asimila ambos conceptos, ya que solamente señala los efectos y el poder de una convención contractual. Videla Escalada, *La interpretación de los contratos civiles*, p. 7, previene sobre las diferencias, pero admite que se cumple igual función.

¹⁹⁸ De acuerdo, Enneccerus-Nipperdey, I, vol. 2, p. 393.

¹⁹⁹ Etcheverry, *Interpretación del contrato*, LL, 1980-D-1053; Carbonnier, II, vol. 2, ps. 512-513; Zavala Rodríguez, *Código de Comercio comentado*, Bs.

cíos o lagunas, se ha propuesto también una distinción. Hay autores que no admiten la aplicación de la analogía en lo que se refiere a los actos o negocios jurídicos, a diferencia de la norma positiva, que tiene en la analogía uno de los principales métodos a seguir. En el acto o negocio se la deja de lado como inadmisibles, pues éste obliga únicamente si es querido. Si surge una laguna, bien comprendido, que no haya que suplir *ex lege* (o aplicar leyes supletorias), no habrá necesidad de cubrirla, porque debe entenderse que las partes no han querido vincularse. El silencio de los interesados, por respeto al principio de libertad, no puede suplirlo el juez o persona a quien compete interpretar el acto; debe interpretarlo tal como es y no completarlo a su arbitrio en daño de otros²⁰. Para Betti, la interpretación integradora del negocio se aproxima a la analógica de la ley, prescripta en defecto de una disposición precisa que regule el caso controvertido; pero el paralelismo no debe tomarse en sentido literal y estricto. La integración (analogía) asume un carácter diferente, porque la ley está encuadrada dentro de todo el sistema del orden jurídico y éste a su vez se inserta en el *ethos* de la sociedad en que vive, en su ambiente histórico y sociológico, operando la integración del precepto legislativo en esa más amplia concatenación (es autointegración). El acto jurídico, en cambio, tiene una individualidad propia, aunque vinculada al orden jurídico que le da legitimidad, y la integración de su precepto queda siempre ligada al proceso genético del acto y orientada en sentido retrospectivo; el acto no forma enteramente cuerpo con el ordenamiento estatal que lo permite y protege²¹.

Desde otro ángulo cabe señalar que no es exacta una asimilación de la *sentencia* con el acto o negocio jurídico. Si puede verse un nexo de complementariedad entre la máxima de decisión de la sentencia y la norma jurídica, ese nexo desaparece frente al negocio jurídico, el cual ya no complementa subordinadamente a la ley, sino que está en esencia destinado a crear un *quid novi* que antes no

As., 1958, I, p. 250. Para Mesineo, *Doctrina general del contrato*, Bs. As., 1952, II, p. 88, la interpretación de la ley es definitivamente objetiva; la del contrato, en cambio, indaga la voluntad concreta de las partes, es objetivo-subjetiva.

²⁰ Cfr. Stolfi, *Teoría del negocio jurídico*, § 63, p. 285; Carlotto Ferrara, *El negocio jurídico*, n.º 163; en contra, López de Zavalía, *Teoría de los contratos. Parte general*, X, p. 268, para quien las leyes supletorias se incorporan al negocio y deben ser interpretadas por la analogía. Sin embargo, por más que se incorporen, aquí se interpreta el texto normativo general y abstracto, no la cláusula del contrato. Por las razones expuestas en el texto, esta cuestión de las leyes supletorias queda al margen de la distinción, pues de lo que se trata es de enfrentar verdaderas lagunas en la declaración de voluntad, y no las que por incorporación expresa o tácita —ley supletoria— tienen un régimen negocial íntegro.

²¹ Cfr. Betti, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, p. 231 y nota 37, cita de Romano, *Frammenti di dizion. giur.*, 125.

§ 21. Interpretación auténtica del acto o negocio jurídico. — Se llama interpretación auténtica de la declaración de la voluntad, a la que realizan posteriormente a su emisión la parte o partes que la emitieron. Es objeto de esta clase de interpretación el negocio, como acto de autonomía privada, o las cláusulas y disposiciones de un negocio que tienen incierto y controvertible significado. Aquí, las partes fijan y definen su relación mediante un acuerdo, si es bilateral, o mediante una simple explicación, si es unilateral²². Al desaparecer la divergencia, se diluye la necesidad de interpretación del acto, pero puede nacer la de comprender el nuevo acuerdo interpretativo.

Esta interpretación auténtica abarca amplio campo: incluye la transacción, el reconocimiento de un *status* personal²⁴, o un documento adicional suscripto por las partes. También la constante significación dada por ellas a un contrato durante un largo lapso, es la que mejor se ajusta al espíritu y a la letra de la ley²³.

Esta determinación posterior, sin embargo, debe respetar el derecho de terceros, por lo cual tiene un valor restringido a las partes y no cabría, como la llamó Giorgi, tenerla por "reina de la interpretación"²⁶.

La interpretación auténtica requiere como condición la identidad del autor, pero a diferencia de otras interpretaciones, como la jurisdiccional o la administrativa, no queda subordinada estrictamente al contenido de los actos que interpreta y puede separarse de la situación jurídica preexistente y hasta de la observancia de los comunes cánones hermenéuticos, ya que responde al principio de la autonomía privada, que goza de plena libertad de apreciación. Desde otro punto de vista, se diferencia de la interpretación auténtica legislativa en que ésta, aunque tiene también discrecionalidad, no se aproxima a la confirmación o a un desarrollo integrativo del negocio antecedente, como en la que proviene de la autonomía privada²⁷.

Bastan las declaraciones de las partes en los negocios unilaterales, ya que éstos dependen de su única voluntad; para el contrato se

²² Cfr. Betti, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, n.º 45, p. 237.

²³ Betti, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, n.º 37, IV, p. 204; Stolfi, *Teoría del negocio jurídico*, § 63, p. 286; Albaladejo, I, vol. 2, p. 372; Blasetti, A. C. y Nieto, R. C. R., *La interpretación de los contratos. La carga de la claridad. Cuestiones conexas*, "Rev. Notarial", n.º 839, 1978, p. 761; Etcheverry, *Interpretación del contrato*, L.L., 1980-D-1057, ap. IV; López de Zavalía, *Teoría de los contratos. Parte general*, p. 253.

²⁴ Cfr. Betti, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, p. 205.

²⁵ Cfr. CSJN, 4/6/45, JA, 1945-III-69.

²⁶ Cfr. López de Zavalía, *Teoría de los contratos. Parte general*, p. 25; Betti, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, p. 207.

²⁷ Betti, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, p. 206.

requiere la adhesión de todos los interesados. Entre las partes tiene eficacia retroactiva desde el origen de la relación, pero si no es simultánea con esa original relación, tiene eficacia para terceros desde su conclusión, sin retroactividad ²⁰⁸.

§ 22. Sobre si la interpretación del acto o negocio jurídico es una cuestión de hecho o de derecho. — Dilucidar si la interpretación de las normas de la autonomía de la voluntad constituye una *quaestio iuris* o una cuestión de hecho, tiene importancia por la posibilidad de acceder al tribunal de casación —allí donde rige ese sistema de revisión judicial— o bien a la uniformidad de la doctrina legal aplicable por vía del recurso de inaplicabilidad de la ley.

En la doctrina pueden observarse distintos puntos de vista sobre este tema: desde el que considera que la interpretación de la declaración de voluntad es una cuestión de derecho, hasta el que hace diferencias y el que sostiene que son cuestiones de hecho. El primero de esos puntos de vista ha esgrimido diversos argumentos. Por un lado se ha apoyado en la *teoría de la declaración*, descartando que los actos jurídicos se basen en la pura voluntad de los otorgantes y sosteniendo que debe atenderse a la declaración de esa voluntad, pues al no tratarse de la prueba de la intención sino de obtener el recto sentido de la declaración, se coloca a la interpretación dentro de las cuestiones de derecho ²⁰⁹. También se ha invocado el art. 1197 del Cód. Civil, que al establecer que las convenciones son para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, atribuiría a la declaración de voluntad el carácter de regla jurídica ²¹⁰. Se agrega que las reglas legales que contienen directivas hermenéuticas para los contratos —argumento extensible a los demás actos jurídicos—, al entender que no son meros consejos, sino preceptos obligatorios, coloca su interpretación en una verdadera *quaestio iuris* ²¹¹. Por último, soslayando el argumento del art. 1197, por diferir el contrato sustancialmente de la ley ²¹², dado que los actos jurídicos tienden a uniformarse, y que frente a los mismos intereses, modalidades, usos y costumbres de un momento histórico, las personas tienen iguales reacciones (lo que lleva a la aparición de las cláusulas de estilo y los contratos llamados de "adhesión") es posible la procedencia de la casación —e inaplicabilidad de la ley—, para obtener la uniformidad a través de esos recursos ²¹³.

²⁰⁸ Stolfi, *Teoría del negocio jurídico*, p. 287 y nota 2; Betti, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, p. 206 *in fine*.

²⁰⁹ En tal sentido, Borda, *Parte general*, II, n.ºs. 888, 889 y 893. Para el estudio de las teorías de la voluntad y de la declaración, ver comentario al art. 897, § 14.

²¹⁰ Borda, *Parte general*, II, n.º 893; Llambías, *Parte general*, II, n.º 1563.

²¹¹ López de Zavala, *Teoría de los contratos*, *Parte general*, p. 255, n.º 3.

²¹² Calamandrei, Piero, *La casación civil*, tr. S. Sentis Melendo, Bs. As., 1945, II, p. 376; Llambías, *Parte general*, II, n.º 1583; Arauz Castex, II, n.º 1322.

²¹³ Dassen, *El recurso de casación y la interpretación de los actos jurídicos*, JA, 1951-III-3, secc. doctr.; Arauz Castex, II, n.º 1322 y 1323. Este último autor

Aun distinguiendo la interpretación de la *fijación de los hechos*, tarea previa esta segunda que consiste en precisar los acontecimientos realmente sucedidos y determinar cuáles fueron los actos que constituyeron la conducta declaratoria del sujeto del negocio, se ha sostenido en España que es susceptible del recurso de casación ²¹⁴. Con mayor razón la interpretación que sigue a esa fijación de los hechos, la calificación jurídica de la declaración de voluntad y la subsunción de ella a las normas vigentes ²¹⁵.

Otros autores realizan discriminaciones apropiadas a las diversas situaciones. Si se trata de indagar la intención común de las partes del negocio o la particular del agente, será cuestión de hecho librada a los tribunales de la instancia y ajena al recurso de casación ²¹⁶. En cambio, apartado el tribunal de la intención común de las partes por motivos de equidad u otras razones, al estar en juego el principio de la autonomía de la voluntad y sus límites, el recurso de casación es viable ²¹⁷. De igual modo, para la calificación del régimen jurídico correspondiente ²¹⁸, o para la adecuada aplicación al régimen legal de interpretación contractual a los hechos, tal como ellos han sido comprobados en juicio ²¹⁹.

En la jurisprudencia alemana se mantiene en principio el criterio de que la interpretación no es susceptible de revisión por recurso de casación, pues en esta instancia sólo se la puede revisar en tanto en cuanto se alegue la aplicación incorrecta de una norma legal, de una ley general del pensamiento o de una máxima de experiencia ²²⁰. Es sumamente apreciable la idea de que existe una diferencia entre preguntar qué ha sucedido efectivamente (cuestión de hecho), y preguntar cómo hay que calificar lo sucedido según los módulos de apreciación jurídicos. Pertenecen al radio de lo jurídico la interpretación de las normas interpretativas de los actos o negocios, la subsunción de los hechos comprobados previamente al supuesto de hecho de la norma (*factum*) y el conocimiento del efecto jurídico; pero es cuestión de hecho la mera comprobación de si un hecho ha sucedido o no, así como la determinación temporal y espacial de un acontecimiento, las cuestiones sobre el nexo causal natural, la motivación, el propósito y la voluntad efectiva del declarante ²²¹.

considera que se trata de una cuestión de hecho, pero que ante la reiteración consuetudinaria de ciertas cláusulas contractuales, debe intervenir el tribunal de casación.

²¹⁴ Fallos del Tribunal Supremo de España: 18/4/64, 1/5/65, 28/9/65, 18/11/65, 18/12/65, 11/5/68, 2 y 17/2/71, 1/3/71, 4/9/77, citados por Albaladejo, I, vol. 2, § 160, n.º 7, p. 362.

²¹⁵ Sentencias en España del Tribunal Supremo, citadas por Albaladejo, I, vol. 2, p. 383.

²¹⁶ Planiol-Ripert, VI, n.º 375, p. 522; Llambías, *Parte general*, II, n.º 1564.

²¹⁷ Llambías, *Parte general*, II, n.º 1565, b.

²¹⁸ Llambías, *Parte general*, II, n.º 1566, c.

²¹⁹ Llambías, *Parte general*, II, n.º 1567, d.

²²⁰ Lorenz, *Parte general*, p. 480 y fallos citados en nota 87.

²²¹ Lorenz, *Parte general*, p. 481, nota 88.

En la jurisprudencia argentina, es dable observar una tendencia a eludir la intervención del tribunal de casación o del que haya de atender los recursos de inaplicabilidad de la ley en la materia. Se considera que la interpretación del acto jurídico es una cuestión de hecho²². Por excepción, en algún otro supuesto se declaró, en general, que se trataba de una cuestión de derecho susceptible del recurso de casación, o bien porque se alegaba la violación de la ley, o porque de la interpretación se seguían consecuencias contrarias a ella²³. Acerca del pacto comisorio se adujo que era de hecho o de derecho según predominara en la cuestión lo circunstancial y particular, o lo jurídico y general, y que en el primer caso, salvo que fuera absurda la decisión, ésta no era revisible en casación²⁴. También el examen de los testamentos, para establecer el alcance e intención de las disposiciones testamentarias, se ha declarado cuestión de hecho, exenta de casación, salvo la trasgresión de las reglas que gobiernan esa actividad o la ilogicidad conclusiva constitutiva de absurdo²⁵.

§ 23. Reglas de interpretación de los actos o negocios jurídicos que contienen declaraciones recepticias. — Como ya se ha advertido, faltan en el Cód. Civil preceptos que disciplinen la interpretación de los negocios jurídicos, salvo la regla general del art. 1198 con respecto a los contratos. Sin embargo, en este aspecto hay que atender a las normas del Cód. de Comercio, que fue también redactado por Vélez y que llenó el vacío con normas que trasegó del Código Napoleón²⁶. La jurisprudencia del fuero civil ha hecho una fecunda aplicación de los arts. 217, 218 y 219 del Cód. de Com., considerándolos normas de aplicación analógica en las relaciones civiles²⁷.

²² SCBsAs, 24/4/51, LL, 62-640; id., 15/5/51, LL, 63-216; id., 11/3/52, LL, 66-240; id., 5/10/53, LL, 73-257; CNCiv, en pleno, 25/10/74, LL, 1975-B-900, sum. n° 929; SCMza, 3/9/54, JA, 1955-1-20; id., 14/5/63, JA, 1964-II-163; SCBsAs, 5/12/78, RepLL, XXXIX-1836, n° 373; id., 27/2/79, RepLL, XXXIX-1836, n° 374; id., 13/3/79, RepLL, XXXIX-1836, n° 375; id., 30/10/79, RepLL, XXXIX-1836, n° 378; id., 31/7/79, LL, 1980-A-657, n° 3839; id., 3/7/79, LL, 1980-A-657, n° 3838-44; id., 18/9/79, LL, 1980-B-293.

²³ SCBsAs, 9/4/46, AS, serie 20, 3-401; id., 30/10/62, JA, 1963-III-230; id., 29/12/36, AS, serie 15, VI-44, citados por Borda, *Parte general*, II, n° 895. Para el estado de la cuestión en la jurisprudencia y doctrina extrajem, véase este autor, nota 129. Señalando el abuso, en esta materia, en la calificación de esa jurisprudencia sobre las cuestiones de hecho, ver Morello, A. M., *Cuestiones de hecho y de valoración de la prueba en la Casación de Buenos Aires (necesidad de un replanteo)*, ED, 89-815.

²⁴ SCBsAs, 9/10/79, RepLL, XXXIX-1837, n° 387.

²⁵ SCBsAs, 4/10/77, RepLL, XXXIX-1838, n° 393; id., 22/4/75, AS, 1975-237; id., 26/4/77, AS, 1977-1855.

²⁶ Cfr. Risolia, M. A., *La metodología del Código Civil en materia de contratos*, p. 21; Allende, G. A., *Naciones sobre interpretación de los contratos y terminología posesoria*, LL, 101-916.

²⁷ CNCiv, Sala D, 26/9/66, LL, 124-155; id., Sala C, 19/2/80, LL, 1980-B-451; id., Sala D, 3/6/81, ED, 95-656; STSFe, Sala I, 10/7/57, Juris, 11-307;

Aunque también se ha puesto en claro que el juez no está coartado por las reglas de interpretación que contiene dicho art. 218 del Cód. de Comercio²⁸.

Dado que este tema tendrá su completo estudio en el comentario al art. 1198, en tanto en cuanto se trate de solución extensible a las declaraciones recepticias²⁹, se enunciarán las pautas seguidas por la jurisprudencia.

El principio supremo y absoluto de todas las relaciones de obligación, bajo todos sus aspectos y en todo su contenido, es el de que están sujetas al imperio de la *buena fe*³⁰.

Hay que atender a la *intención real* de las partes, sin atarse al sentido literal de las expresiones empleadas. Con ese fin deben ponderarse todos los elementos, incluso externos, que permitan captar el verdadero propósito que ha guiado a las partes para emitir la declaración³¹.

Los hechos *posteriores* a la emisión del acto jurídico y relacionados con él suministran la mejor explicación de ese acto³². No solamente los hechos posteriores sirven para la interpretación del propósito que tuvieron las partes, sino también los *anteriores y simultáneos o concomitantes* con el acto³³.

Hay que aplicar el *principio de conservación* que estatuye el art. 218, inc. 3º del Cód. de Com., de modo que, en la duda, corresponde inclinarse por la validez del acto³⁴.

Ante una *disposición clara y precisa*, no pueden atribuirse efectos a otra ambigua e incompleta³⁵. Las cláusulas *manuscritas* o *mecanografiadas* deben prevalecer sobre las impresas que las contradigan o que alteren su sentido, las cuales a veces solamente reflejan la voluntad de una sola de las partes. Las primeras deben consi-

SCBsAs, 9/4/46, JA, 1946-II-344; Capel Rosario, Sala III, 3/9/59, Juris, 15-129; CNCiv, Sala A, 21/4/81, LL, 191-C-345.

²⁸ CNCiv, Sala D, 18/5/73, ED, 51-539.

²⁹ Para el deslinde de las declaraciones recepticias y no recepticias, ver el comentario al art. 915, § 4, d.

³⁰ CNCiv, Sala E, 21/12/62, ED, 4-401, con nota *Reglas de interpretación de los contratos*. CNCiv, Sala A, 21/4/81, LL, 1981-C-345.

³¹ CNCiv, Sala C, 19/4/61, LL, 102-613; id., Sala F, 6/9/60, LL, 102-655; id., Sala C, 19/2/80, LL, 1980-B-451; id., Sala D, 3/6/81, ED, 95-656; id., 21/12/61, LL, 107-902.

³² CNCiv, Sala C, 19/4/61, LL, 102-613; id., 13/8/59, JA, 1960-III-94; id., 19/2/80, LL, 1980-B-451; id., Sala D, 3/6/81, ED, 95-656; id., Sala A, 21/4/81, LL, 1981-C-345.

³³ CNCiv, Sala D, 18/5/73, ED, 51-539; id., Sala F, 25/4/75, JA, 27-1975-159; CSJN, 28/10/63, ED, 8-386; id., 2/4/43, JA, 1954-II-113; id., 20/12/65, Fallos, 263-510.

³⁴ CNCiv, Sala D, 26/9/66, LL, 124-155; id., Sala F, 20/8/64, ED, 9-530; CFedCap, 13/11/44, LL, 37-26 y JA, 1945-1-35.

³⁵ CNCiv, Sala D, 18/5/73, ED, 51-539.

que las rodean 27.

Ante cláusulas imprecisas, las dudas deben resolverse en *contra de la parte que las redactó* 28. Las palabras en los contratos tienen normalmente una *significación razonable* que debe ser atendida según los fines del acto y las circunstancias en que se lo celebró 29. Cuando se utilizan términos técnicos cuyo alcance incumbe a la ley o a la ciencia jurídica y no al arbitrio de los particulares, debe indagarse el *propósito* de éstos más que aquellos vocablos 20. Por encima de la calificación jurídica que aparece con la denominación dada por las partes, prevalece la verdadera *naturaleza y contenido* del acto 21.

Es elemento importante que aclara el sentido del negocio comprender los *fines económicos* que han incitado a las partes y la *naturaleza del acto* 22. Los *usos y costumbres* deben contribuir grandemente a la interpretación de los actos 23.

La regla del *favor debitoris*, o de que en caso de duda las cláusulas ambiguas deben interpretarse en favor del deudor o en sentido de su liberación (art. 218, inc. 7º Cód. de Com.), ha sido también aplicada por la jurisprudencia 24. Sin embargo, se considera que tiene carácter subsidiario, no sólo por su ubicación en la norma citada, sino por su contenido literal y porque según los autores solamente resulta justa cuando se trata de contratos a título gratuito. En los onerosos la obligación de una parte deriva de una contraprestación, por lo cual, a la inversa de ese principio, la interpretación debe ser presidida por la equidad y la equivalencia de las prestaciones 25.

236 CNCiv, Sala E, 9/9/76, LL, 1977-A-461, id., Sala D, 16/11/62, LL, 111-535; id., Sala C, 24/11/76, LL, 1977-D-253; Capel Rosario, Sala I, 28/11/57, LL, 93-27 (secc. Índice), sum. 5; CNPaz, Sala II, 18/5/51, LL, 63-589.

238 CNCiv, Sala D, 11/12/70, JA, 10-1971-52; id., id., 6/5/80, ED, 89-362.

239 CNCiv, Sala C, 15/12/77, LL, 1978-B-339.

240 CNCiv, Sala D, 3/6/81, ED, 95-656; CNCom, Sala B, 30/8/76, ED, 71-593.

241 CNCiv, Sala D, 19/4/74, ED, 56-289; CSJN, 26/6/74, JA, 24-1974-21/4/50, JA, 1950-III-680; CCom Cap, 30/10/48, LL, 53-235.

242 C 2º Civ y Com Mdes, 4/5/79, ED, 84-449; CNCiv, Sala F, 6/9/60, LL, 102-655; id., Sala D, 22/11/57, LL, 90-477; CCom Cap, 19/12/47, LL, 49-577.

243 CNPaz, Sala III, 8/5/56, LL, 83-526; CNCom, 17/12/52, JA, 1953-I-419; CNCiv, Sala B, 9/11/54, LL, 79-693; CNCiv, Sala A, 21/4/81, LL, 1981-C-345.

244 CFed Cap, 1/7/38, JA, 63-48; id., 17/5/29, JA, 29-623; Capel Rosario, 23/3/45, JA, 1945-IV-66; CNCiv, Sala D, 4/11/64, JA, 1964-VI-344 y LL, 116-393; id., Sala F, 17/12/63, LL, 115-820, 10-608-S.

245 Borda, *Parte general*, II, nº 908, p. 151; Arauz Castex, II, nº 1324, p. 206; Llambías, *Parte general*, II, nº 1561. El principio de reciprocidad de intereses en los contratos onerosos lo estatuyen el art. 1289 del Código español y el art. 1371 del Código italiano de 1942. En nuestra jurisprudencia: CNCiv, Sala D, 22/12/64, LL, 118-440; CCiv 1ª Cap, 30/12/38, JA, 64-832.

tario determinado, sino a un *círculo de personas*, como la promesa pública de recompensa, al estilo de las que se insertan en títulos cartulares destinados a la circulación, o los estatutos y acuerdos de una asociación, se advierte la diferencia en que no hay que considerar las posibilidades de conocimiento del destinatario en concreto, o sea, de uno o varios destinatarios ya prefijados en la declaración. Habrá que tener en cuenta un destinatario término medio, por lo que solamente pueden considerarse las circunstancias que toda persona o cada uno de los miembros del círculo destinatario pueda conocer 246. En los actos colegiados no puede haber interpretación diferenciada ni ajustada al conocimiento e interés de una persona o varias determinadas. Como en ellos el interés es el mismo para todos los miembros frente a la sociedad o asociación, única e idéntica para todos debe ser la interpretación de las deliberaciones en la asamblea 247.

§ 24. Reglas de interpretación de las declaraciones no receptivas. Los actos de última voluntad. — La interpretación de los testamentos difiere en su concepción de las declaraciones receptivas, pues ya no cabe indagar la intención común que ha movido a las partes en su vinculación, sino la voluntad o *intención del declarante*. Lo mismo puede decirse de toda declaración no receptiva. Esta declaración no ha sido emitida para satisfacer exigencias de más personas y con ánimo de conciliar intereses opuestos, por lo cual prevalece sobre el problema del significado de las palabras empleadas en su normal y corriente acepción, la verdadera intención del declarante, la cual puede ser expresada en palabras con sentido peculiar, distintos del común o normal. El contrato exige la interpretación típica; el testamento, la personal 248.

Acercas de la *buena fe* hay quienes directamente la sustraen del criterio de interpretación en las declaraciones de última voluntad, porque ellas no están dirigidas a fundamentar la confianza ajena 249.

246 Larenz, *Parte general* § 19, II, c, p. 467.

247 Betti, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, p. 355.

248 Stolfi, *Teoría del negocio jurídico*, § 65, p. 296; Danz, *La interpretación de los negocios jurídicos*, I, nº 393, ps. 237-238; Larenz, *Parte general*, § 19, II, d, p. 471; CNCiv, Sala C, 19/3/81, ED, 93-670; CCiv 2ª Cap, 3/8/38, LL, 11-629; 1-1391/2, S-3363; CCiv 2ª Cap, 21/12/48, JA, 1949-II-543; CNCiv, Sala B, 2/8/54, LL, 75-774; C 2ª Civ y Com La Plata, Sala II, 23/4/57, DJBA, 51-211; CNCiv, Sala C, 11/12/57, JA, 1958-II-439; CNCiv, Sala B, 8/8/60, LL, 100-620; id., Sala F, 20/11/62, LL, 111-547; Capel Rosario, Sala I, 25/6/65, Juris, C, 30/5/63, LL, 134-1112, 20-545-S; id., Sala F, 10/9/79, ED, 38-435; id., Sala A, 29/6/72, ED, 49-337; id., id., 26/2/73, LL, 152-521, 30-658-S; id., F, 11/12/73, ED, 73-378; id., Sala E, 19/4/76, ED, 69-251; id., Sala B, 7/7/77, ED, 75-452; id., Sala C, 5/8/77, ED, 78-347; id., Sala E, 18/5/77, inédito; id., Sala C, 30/8/77, inédito; id., Sala E, 24/8/79, ED, 85-720.

249 Santoro Passarelli, § 2, p. 283.

Otros, en cambio, adoptan un criterio de aplicación diferente: en materia contractual significa la lealtad, confianza en la palabra empeñada; en materia testamentaria está referida a una indagación sincera de la voluntad real del causante, aprovechando las razones de equidad, las circunstancias del caso y el contexto general del testamento.²⁵⁰

Si una cláusula permite dos interpretaciones, de una de las cuales se llega a la nulidad del testamento y de la otra a su validez, se debe preferir esta segunda, porque también en estas declaraciones rige el principio de conservación del acto, aquí llamado *favor testamenti*. Lo que llevará a interpretarlo sin que vulnere prohibiciones legales.²⁵¹ Sin embargo, dicho principio debe ser tratado con sus limitaciones en este campo de las declaraciones *mortis causa*, pues, como ha sostenido Stolfi, hace tiempo que se abandonó la noción de que el hombre no debe morir intestado, de modo que ha desaparecido el supuesto de la existencia de todo *favor testamenti*; si el causante no ha dispuesto de otra forma, no se ha de pensar que ha testado válidamente cuando el acto no guardó las formas o carece de eficacia por ausencia de las solemnidades exigibles.²⁵² Es legítimo interpretar la voluntad efectiva contra todas las apariencias, pero si después de tal investigación no se ha encontrado dicha voluntad efectiva, ni con plena seguridad o por lo menos presumiblemente, no se puede dar a la declaración un significado al exclusivo fin de conservarle valor, y ella queda sin efecto. La expresión ambigua que continúa ambigua después de todos los esfuerzos para captar su sentido, no prejuzga la validez formal del testamento.²⁵³

En nuestra jurisprudencia prevalece el criterio de que no son admisibles las pruebas extrañas al testamento mismo para demostrar la verdadera intención del testador. Se considera que es un *instrumento autónomo*, sobre el cual el sentido *gramatical* y el *contexto* general son pautas para determinar el significado de las palabras empleadas.²⁵⁴ Sin embargo, la prueba externa se ha admitido en caso de duda que no se pueda resolver por el testamento mismo,

²⁵⁰ Borda, *Parte general*, II, n° 901; *Sucesiones*, II, n° 1103; Danz, *Interpretación de los negocios jurídicos*, p. 351; CNCiv, Sala B, 8/8/60, LL, 100-620; id., Sala E, 3/9/80, ED, 92-419.

²⁵¹ Borda, *Sucesiones*, II, n° 1103, p. 199; Fassi, *Tratado de los testamentos*, I, n° 397, ps. 239-241; Santoro Passarelli, p. 285; Betti, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, p. 385; CNCiv, Sala C, 19/3/81, ED, 93-670; CCiv 2° Cap, 18/3/49, JA, 1949-II-138; Capel Rosario, Sala III, 22/8/39, LL, 15-773; CNCiv, Sala C, 17/10/58, LL, 93-386, id., Sala D, 31/8/60, LL, 100-293.

²⁵² Stolfi, *Teoría del negocio jurídico*, p. 298.

²⁵³ Barbero, V, n° 1128, p. 292; Allara, *Il testamento*, Padua, 1934, p. 326 y ss. Conf. Fassi, *Tratado de los testamentos*, I, n° 397, p. 240.

²⁵⁴ 1ª Inst, 1/9/39, confirmada por sus fundamentos CCiv 2° Cap, 13/11/40, LL, 20-579; CNCiv, Sala B, 26/12/69, ED, 32-411; id., Sala E, 20/5/69, ED, 32-439; id., Sala B, 4/5/71, ED, 38-588; id., Sala F, 10/9/70, ED, 38-435, id., Sala A, 26/2/73, JA, 19-1973-272; id., Sala C, 19/3/81, ED, 93-670; CCiv 1° Cap, 23/2/44, CF, 169-147; CCiv 2° Cap, 14/12/50, LL, 61-741; CNCiv, Sala A, 24/11/70, c, 155-944; id., Sala F, 26/6/73, LL, 154-660; id., Sala E, 21/5/73, ED, 48-469; id., Sala C, 1/4/80, ED, 88-477.

como —por ejemplo— la resultante de los actos testamentarios a riores revocados por el causante²⁵⁵. Pero, para que sea admitida la voluntad testamentaria debe resultar principalmente del testamento mismo.²⁵⁶

Remisión. Para mayores precisiones, casística y profundización del tema, nos remitimos al comentario de las normas sobre testamentos, art. 3606 y siguientes.

Art. 945. — 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.

CONCORDANCIAS: Cód. Civil, arts. 545, 944 y notas a los arts. 495 y 896.

FUENTES: Savigny, *Sistema del derecho romano actual*, ed. 1856, t. III, ap. 1º, p. 3.

§ 1. Clasificación según el modo de exteriorización del acto. Positivos y negativos. — A pesar de que la mayoría de los autores han explicado este precepto con la idea de que es *acto jurídico positivo* el que exige, de parte del sujeto, la realización directa y efectiva de una acción para que nazca, se modifique, se transfiera, se adquiera o se extinga un derecho, mientras que es *negativo* aquel en el cual, para producir tales efectos queridos por las partes, éstas deben abstenerse de acciones, o sea, deben incurrir en omisiones, corresponde depurar la concepción atendiendo a su verdadero significado en este sector del Código.

En efecto, cuando frente a aquella noción que identifica una categoría con el actuar o dar y la otra con el no hacer o abstenerse se dan ejemplos para su aplicación, se suele confundir al acto o negocio jurídico con las prestaciones positivas o negativas de las que aquél ha sido fuente. Por eso se dice que debe colocarse en la clase negativa la obligación proveniente de una venta de no establecer otro comercio de igual ramo en una extensión determinada, o de no edificar a mayor altura de 20 metros durante cinco años², y la del propietario de la casa alquilada a un tercero de abstenerse de perturbarlo en el goce de ella³. Vélez Sársfield, en otro lugar del Código, se ha referido a las *prestaciones* que pueden ser positivas o negativas. "La expresión *hacer, hacer* —dijo en la nota al art. 495, recordando a las *Institutas*— se emplea muchas veces tanto en el sen-

²⁵⁵ Borda, *Sucesiones*, II, n° 1105; CCiv 2° Cap, 13/7/39, JA, 67-143.

²⁵⁶ Rébora, J. C., *Derecho de las sucesiones*, Bs. As., 1952, II, § 547, texto y nota 4252, p. 434; Fassi, *Tratado de los testamentos*, I, n° 400, ps. 243-244.

¹ Etcheverry Boneo, *Curso de derecho civil: Parte general*, III, n° 248, p. 225; Borda, *Parte general*, II, n° 835.

² Etcheverry Boneo, *Curso de derecho civil: Parte general*, III, n° 248, ps. 225-226; Llamblas, *Parte general*, II, n° 1443; Arauz Castañer, II, n° 1917.

³ Borda, *Parte general*, II, n° 835.