

del coheredero había sido abusiva y que puesto que ejercía el derecho de pedir la venta, ésta debía hacerse libre de ocupantes. La Corte Suprema Nacional anuló el fallo, declarando que se trataba de un ejercicio normal de los derechos que la ley reconocía al inquilino. Por otra parte, pensamos que la solución de la Cámara Civil es la acertada: resulta verdaderamente abusivo que el inquilino se valga del derecho excepcional y de emergencia que le reconocen las leyes de prórroga, para adjudicarse la casa a un precio sustancialmente menor que el normal; su conducta es contraria a la buena fe, resulta desviada de los fines perseguidos por el legislador, importa, en fin, un claro abuso de derecho.

BORDA, Guillermo. "Manual de Contratos". 9.^o
Edición actualizada, Ed. Abeledo Perrot. Bs. As.
1979

CAPÍTULO II

ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS

EL CONSENTIMIENTO

39- I Elementos de los contratos. — La doctrina clásica distinguía tres clases de elementos de los contratos: esenciales, naturales y accidentales:

a) Elementos esenciales son aquellos sin los cuales el contrato no puede existir. Ellos son: la capacidad de los contratantes, el consentimiento, la causa y el objeto. Hay que decir, sin embargo, que algunos autores excluyen a la capacidad como elemento del contrato, sosteniendo que se trata sólo de un presupuesto del consentimiento; en otras palabras, que la capacidad no es otra cosa que un requisito del consentimiento válido y se subsume por tanto, en este elemento. El Código Civil italiano enuncia también entre los requisitos esenciales de los contratos, la forma cuando ella es requerida por la ley bajo pena de nulidad (art. 1325).

b) Elementos naturales que son aquellas consecuencias que se siguen del negocio, aún ante el silencio de las partes; así, la gratuidad es un elemento natural de la donación; las garantías por evicción y por vicios redhibitorios, un elemento natural de los contratos a título oneroso.

c) Elementos accidentales son las consecuencias nacidas de la voluntad de las partes, no previstas por el legislador; por ejemplo, la condición, el plazo, el cargo.

La doctrina moderna ha preferido prescindir de esta clasificación. En verdad, los llamados elementos naturales y accidentales no son

otra cosa que algunos *efectos* del contrato, pero no son requisitos de validez del contrato. Por ello se prefiere hoy limitar el concepto de elementos de los actos jurídicos a aquellos que la doctrina clásica llamaba elementos esenciales.

§ 1. — Voluntad y declaración

40. El problema de las divergencias entre la intención y la declaración de la voluntad. — Si bien lo normal en un acto jurídico es que la intención coincida con la declaración de la voluntad, suelen presentarse algunas hipótesis de desencuentro entre ambas: a) cuando por *error* se manifiesta una cosa distinta de la que en realidad se desea; b) en el caso de *reserva mental*, o sea cuando deliberadamente se hace una manifestación que no coincide con la intención, haciendo reserva interior de que no desea lo que se manifiesta desear; c) cuando se hace una declaración con espíritu de broma o sin entender obligarse, como, por ejemplo, las palabras pronunciadas en una representación teatral; d) cuando se simula un acto jurídico; e) cuando la declaración ha sido forzada por violencia o ha resultado de un engaño.

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

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

41. Teoría de la voluntad. — La teoría clásica sostenía el imperio absoluto de la voluntad interna. Según ella, la esencia misma, el origen íntimo y verdadero de toda vinculación contractual, es la voluntad de las partes. "Implicando la noción del contrato —dice Celice— el curso de dos voluntades internas, lo que hay que interpretar son esas voluntades; todo lo que las acompaña, gestos, palabras, escritos, etc., no son más que despreciables vestigios de los procesos por los cuales

se han dado a conocer". La declaración sólo sería una cuestión formal, accidental; y la noble tarea judicial consiste en desentrañar la verdadera voluntad de las partes y hacerle producir efectos.

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

42. Teoría de la declaración de la voluntad. — Dejando de lado algunas exageraciones que condujeron a negar todo papel a la voluntad en la formación de los actos jurídicos, es preciso destacar cuál fue el mérito principal de la doctrina alemana: poner de relieve la importancia principalísima de la declaración en la formación de los actos jurídicos. No es exacto que la declaración sea un *despreciable vestigio* de la voluntad interna; por el contrario, forma con ésta un todo indisoluble, a tal punto que no puede concebirse una sin la otra. Para que la intención se transforme de fenómeno de conciencia en fenómeno volitivo es indispensable la exteriorización; de ahí que ésta sea necesaria para la existencia misma de la voluntad y que, por consiguiente, sea falso e impropio hablar de voluntad interna.

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

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

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

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

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

44. Medios de manifestación del consentimiento. — Dispone el artículo 1145 que el consentimiento puede ser expreso o tácito; es expreso cuando se manifiesta verbalmente o por escrito o por signos inequívocos; es tácito cuando resulta de hechos o de actos que lo presupongan o autoricen a presumirlo. El consentimiento tácito tiene la misma fuerza obligatoria que el expreso a menos que la ley exija que sea prestado en esta forma o que las partes hayan estipulado que sus convenciones no tendrán fuerza obligatoria sino después de llenadas ciertas formalidades.

Se trata de una mera e inútil repetición de lo que disponen los artículos 916 y siguientes respecto de la declaración de voluntad; puesto que el consentimiento es precisamente una declaración de voluntad, resulta de toda evidencia que aquellas reglas generales les son aplicables.

Igualmente sobrepasante es el art. 1146, según el cual *el consentimiento tácito se presumirá si una de las partes entregare y la otra recibiere la cosa ofrecida o pedida* (como ocurre en la compraventa manual); o *si una de las partes hiciere lo que no hubiere hecho o no hiciere lo que hubiere hecho si su intención fuese no aceptar la propuesta u oferta*.

Agregaremos finalmente que el art. 1144 dispone que *el consentimiento debe manifestarse por ofertas o propuestas de una de las partes y aceptarse por la otra*; pero, en realidad, esta escisión del consentimiento hace más bien al proceso de formación del contrato. Cuando éste se concluye, asume por lo general la forma de una manifestación de voluntad común en la cual no es posible distinguir la oferta de la aceptación.

§ 2. — Formación del contrato

A. — OFERTA

45. Concepto — Oferta es una proposición unilateral que una de las partes dirige a otra para celebrar un contrato. No es un acto preparatorio del contrato, sino una de las declaraciones contractuales. Así, pues, sólo hay oferta cuando el contrato puede quedar cerrado con la sola aceptación de la otra parte, sin necesidad de una nueva manifestación del que hizo la primera proposición (Ennecerus-Nipperdey).

En consecuencia, la oferta debe ser distinguida:

a) De la *invitación a oír ofertas*, en la cual una persona se limita a hacer saber que tiene interés en celebrar cierto negocio y que escucha ofertas. Ejemplo típico es el de la subasta pública, en la que el martillero invita a formular propuestas, pero el contrato no queda cerrado sino cuando hace la adjudicación a la más alta.

b) De la llamada *oferta al público* que ordinariamente no constituye sino una invitación a oír ofertas; como es hecha a persona indeterminada no obliga al oferente (art. 1148). Se requiere, pues, una declaración de voluntad del interesado y una ulterior aceptación de quien hizo la oferta general. Por excepción ciertas modalidades de la oferta al público pueden llegar a configurar una declaración obliga-

Capítulo III

ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS

UIV 1)4

§ 1. — Capacidad

78. Nociones generales. — El tema de la capacidad tiene su ubicación propia en la Parte General, porque se proyecta a todos los actos jurídicos. Aquí recordaremos brevemente las nociones esenciales para estudiar su incidencia en el campo de los contratos.

Capacidad de derecho es la aptitud para *gozar* de los derechos; capacidad de hecho es la aptitud para *ejercerlos*. La regla general es la capacidad; por eso es que la ley se ocupa de enumerar los incapaces y de precisar cuál es la medida de su incapacidad. Allí donde ésta no ha sido expresa o implícitamente establecida por la ley, hay aptitud jurídica para contratar.

79. Actos de disposición y de administración; administración ordinaria y extraordinaria. — Se vincula con este tema el concepto de actos de disposición y de administración, ya que en algunos supuestos, la capacidad depende de que el acto encuadre dentro de una de estas categorías.

Acto de administración es el que tiende a mantener en su integridad el patrimonio e inclusive a aumentarlo por medio de una explotación normal. Ejemplo: reparación de un edificio, explotación agrícola o ganadera de un campo, continuación del giro de una casa de comercio.

El acto de disposición, en cambio, implica un egreso anormal de bienes y una modificación sustancial de la composición del patrimonio. A veces, el acto tiene como consecuencia un empobrecimiento líquido como en el supuesto de la donación; otras, hay bienes que ingresan en compensación de los que egresan, como ocurre en la compraventa; pero en ambos casos hay una modificación esencial y anormal del patrimonio.

La calificación del acto casi nunca depende de su naturaleza mis-

ma, sino de su significado económico. La venta suele ser citada como ejemplo típico de acto de disposición; sin embargo, la venta de la producción anual de una estancia es un acto típico de administración; lo mismo ocurre con la venta regular de las mercaderías de una casa de comercio. Por excepción, las enajenaciones gratuitas deben considerarse siempre como actos de disposición por naturaleza.

En materia de sociedades, nuestro Código distingue entre actos de administración ordinaria y extraordinaria. Los primeros son aquellos para los cuales no se exigen poderes especiales; los segundos aquellos que los requieren (véanse arts. 1694 y 1881).

A. — ENUMERACION DE LOS INCAPACES PARA CONTRATAR

80. El art. 1160. — Dice el art. 1160 que *no pueden contratar los incapaces por incapacidad absoluta, ni los incapaces por incapacidad relativa en los casos en que les es expresamente prohibido, ni los que están excluidos de poderlo hacer con personas determinadas o respecto de cosas especiales, ni aquellos a quienes les fuese prohibido en las disposiciones relativas a cada uno de los contratos, ni los religiosos profesos de uno y otro sexo, sino cuando comprasen bienes muebles a dinero de contado o contratasen por sus conventos; ni los comerciantes fallidos sobre bienes que correspondan a la masa del concurso.*

Para facilitar el estudio de esta disposición, distinguiremos entre los incapaces de hecho y los de derecho.

1. — Incapaces de hecho

81. Incapaces absolutos. — Según el art. 54, son incapaces de hecho absolutos las personas por nacer, los menores impúberes, los dementes y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito. El art. 54 enumeraba también a los ausentes declarados tales en juicio, pero en verdad, no se trata de un supuesto de incapacidad propiamente dicha, ya que ellos, en el lugar en que están presentes, pueden contratar válidamente. Por ello, la ley 17.711 derogó el inc. 5 del art. 54, en el que se hacía referencia a los ausentes. Hoy, pues, está claro que no son incapaces.

82. — En cuanto a los menores impúberes, hay que dejar a salvo su

capacidad para celebrar pequeños contratos (véase nº 89), y para otorgar contratos de trabajo desde los doce años, siempre que hubieran completado su instrucción obligatoria y su trabajo sea indispensable para la subsistencia de sus padres o hermanos (ley 11.317). La incapacidad absoluta de los impúberes cesa por el matrimonio (que puede tener lugar antes de los 14 años si la mujer está encinta).

83. — En cuanto a los dementes, hay que distinguir la situación de los que están declarados tales en juicio y los que no lo están. Los primeros adolecen de incapacidad absoluta; los segundos se reputan en principio capaces, pero los contratos por ellos celebrados pueden ser anulados en las siguientes circunstancias: a) *Si la acción de nulidad es intentada en vida del demente*, cuando la demencia *existía públicamente* a la época de la celebración o se demuestra que el que contrató con el demente conocía su estado mental o cuando el contrato es gratuito (art. 473); b) *Si la acción es intentada después de su fallecimiento* la nulidad sólo procede si la demencia surge del acto mismo o si el contrato ha sido celebrado después de iniciado el juicio de insania o se demuestra la mala fe del que contrató con el fallecido.

84. Menores púberes. — Los menores púberes o adultos son considerados por el art. 55 como incapaces *relativos de hecho*. Al igual que los impúberes, ellos están incapacitados para contratar, salvo que la ley les reconozca expresamente ese derecho.

El contrato más importante que pueden celebrar los menores adultos es el de trabajo, previa autorización de sus padres o tutores (art. 275, C. Civil), si tuvieran menos de 18 años y sin necesidad de esa autorización si ya hubieren cumplido aquella edad (art. 128). Si trabajan, pueden agremiarse y formar parte de asociaciones profesionales, sin necesidad de requerir autorización a su representante legal.

Pueden, además, recibir depósitos necesarios en caso de peligro o de fuerza mayor (art. 2928); y ejercer mandatos recibidos de un mayor de edad (art. 1897).

Los menores que hubieren cumplido 18 años pueden administrar y disponer libremente de los bienes adquiridos con el producto de su trabajo. Esta es una notable ampliación de su capacidad introducida por la ley 17.711 (art. 128).

en verdad no tiene derecho de disponer de la cosa o bien de que ha dispuesto; pero si *aparentemente* lo tenía la ley suele, en ciertas condiciones y respecto de ciertos bienes, conceder plenos efectos a su acto. Tal es el caso de la enajenación de una cosa mueble por quien no era su dueño cuando la adquiere un tercero de buena fe; o los actos de disposición hechos por el heredero aparente; o los actos realizados por el mandatario después de la cesación del mandato que son válidos respecto del tercero de buena fe que ignoraba la cesación del mandato.

C. — NULIDAD DE LOS CONTRATOS POR INCAPACIDAD

95. Carácter de la nulidad. — Los actos celebrados por incapaces, sea de hecho o de derecho, trátase de incapacidad absoluta o relativa, son *nulos* (art. 1041, 1042 y 1043); debe hacerse la excepción de los llevados a cabo por dementes no declarados tales en juicio, que son *anulables* (art. 1045). Sobre el concepto de actos nulos y anulables, véase *Tratado de Parte General*, t. II, nº 1241.

En cuanto a si la nulidad debe considerarse absoluta o relativa, es preciso distinguir entre los incapaces de hecho y los de derecho.

Los actos realizados por incapaces de hecho adolecen todos de nulidad simplemente *relativa*, porque esa nulidad se establece en el solo interés del incapaz. La doctrina es unánime a este respecto cuando se trata de incapaces relativos de hecho (menores adultos, emancipados, dementes no declarados); en cambio, tratándose de incapaces absolutos (menos impúberes, dementes declarados tales en juicio, sordomudos que no saben darse a entender por escrito), una fuerte corriente doctrinaria (Spota, Salvat, Lafaille, Busso, Moyano), sostiene que la nulidad es absoluta porque mediando en tales casos falta de discernimiento, hay un interés de orden público en que estos actos se anulen. No compartimos esa teoría, que a nuestro entender no resiste la crítica: a) No todos los incapaces absolutos carecen de discernimiento, pues los sordomudos que no saben darse a entender por escrito, lo poseen (art. 921), a punto tal de que pueden contraer matrimonio; b) Los dementes no declarados carecen de discernimiento (art. 921) y, sin embargo nadie sostiene que los actos por ellos realizados adolezcan de nulidad absoluta; c) La nulidad de los actos celebrados por los incapaces de hecho, sean absolutos o relativos, ha sido establecida en su protección, puesto que solamente ellos pueden invocarla (arts. 1049 y

1164), no obstante que la parte capaz puede ser de buena fe e ignorar la incapacidad de la contraria; por consiguiente, no se advierte cómo puede justificarse la facultad que se reconociera al Juez para anular de oficio un acto, cuando ya cesada la incapacidad, el ex incapaz tiene interés en mantenerlo. En favor de la tesis de la nulidad relativa se inclinan Machado, Llambías y la jurisprudencia predominante.

96. — El problema planteado por la incapacidad de derecho es distinto. Mientras las incapacidades de hecho se establecen en protección del incapaz, las de derecho lo son en protección de la otra parte o en interés de la moral o de la ley. Así, por ejemplo, cuando se prohíbe a los tutores comprar bienes de sus pupilos, la incapacidad del tutor se establece en interés del menor.

Algunos fallos habían declarado que toda nulidad fundada en una incapacidad de derecho es absoluta, porque tales incapacidades tienen siempre un fundamento de orden público. Pero no es así. Es verdad que frecuentemente lo tienen, pero algunas contemplan solamente intereses privados. Así, por ejemplo, la prohibición de que los jueces compren los bienes que están en litigio ante su juzgado (art. 1361, inc. 6) o que los ministros compren los bienes pertenecientes al Estado (art. 1361, inc. 7) tiene un evidente fundamento de orden público: la nulidad es absoluta. En cambio, la prohibición que pesa sobre los mandatarios de comprar bienes que están encargados de vender por cuenta de sus promitentes (art. 1361, inc. 4) sólo está inspirada en el deseo de proteger los intereses del mandante. Es evidente que si al mandante le conviene el acto, puede confirmarlo: la nulidad es simplemente relativa.

En suma: la incapacidad de derecho puede originar una nulidad absoluta o una relativa. En cada caso habrá que indagar cuál es el interés tutelado por la ley. Si la nulidad tiene un fundamento de orden público, la nulidad será absoluta; si sólo procura proteger intereses privados, será relativa.

97. Efectos de la nulidad. — Para juzgar los efectos de la nulidad originada en la incapacidad de una de las partes, habrá que distinguir si se trata de un acto nulo o anulable y si está en juego una nulidad absoluta o relativa. Con relación a las consecuencias de estas categorías

golosinas, etc.), se trasladan de un lugar a otro en los medios colectivos de transporte, pagando su pasaje (lo que implica un contrato de transporte), asisten a cinematógrafos y otros espectáculos, pagando su entrada. Lo mismo hacen muchos dementes y sordomudos. Sancionados por una costumbre que se nutre de una necesidad evidéntísima, estos pequeños contratos son perfectamente válidos y legítimos. No se trata, como suele creerse, de actos nulos pero *tolerados*, sino de actos lícitos, porque responden a una necesidad tan ineludible que aunque el legislador los prohibiera expresamente, continuarían cumpliéndose.

Cabe señalar que en el Anteproyecto de 1954 se incluye una norma según la cual los menores desde los siete años pueden concertar los negocios usuales correspondientes a su edad y condición.

2. — *Incapaces de derecho*

90. Incapacidades para ciertos contratos. — A veces la ley prohíbe a ciertas personas la realización de determinados contratos. Estas prohibiciones generalmente se fundan en el interés de la moral o de la ley y a veces en vista de proteger ciertos intereses particulares que merecen una tutela especial, a juicio del legislador. Importan una incapacidad de derecho: el acto no puede ser realizado por la persona a quien se prohíbe, ni por sí ni por mandatario. Como ejemplos podemos citar las prohibiciones para celebrar contratos de compraventa contenidas en los arts. 1358, 1359 y 1361, para ceder derechos, establecidas en los arts. 1441 y siguientes, para hacer o recibir donaciones enunciatas en los arts. 1807 y 1808, para otorgar fianzas (art. 2011), etc.

91. Religiosos profesos. — Los religiosos profesos no pueden contratar sino cuando comprasen bienes muebles por dinero de contado o contratasen para sus conventos (art. 1160).

Por religiosos profesos se entiende únicamente los que han hecho votos de obediencia, pobreza y castidad. La prohibición se funda en un doble motivo: por una parte, los contratos de índole patrimonial hechos en interés propio, son incompatibles con el voto de pobreza; por otra, se corre el riesgo de que quien ha hecho voto de obediencia sea constreñido por su superior a disponer de sus bienes de manera contraria a sus intereses. Esta incapacidad ha desaparecido de los Códigos modernos. Las consecuencias de los votos religiosos son una cuestión

de conciencia, que no tiene por qué trascender al orden civil. En todos los proyectos de reforma se ha propuesto, con razón, eliminar esta incapacidad.

92. Comerciantes fallidos. — Los comerciantes fallidos no pueden contratar respecto de los bienes que corresponden a la masa del concurso, si no estipulasen concordato con sus acreedores (art. 1160). Esta disposición es aplicable también a los concursados civiles.

La declaración del concurso o quiebra importa el *desapoderamiento* del deudor, quien desde ese momento queda separado de la administración de sus bienes.

93. Mujer casada. — La incapacidad de la mujer casada, que luego de la ley 11357 había quedado reducida a muy excepcionales supuestos, ha desaparecido totalmente con la ley 17.711, que ha colocado a ambos cónyuges en un pie de completa igualdad en lo que atañe a la capacidad.

B. — *LEGITIMACION PARA CONTRATAR*

94. Concepto. — La capacidad debe ser distinguida de la *legitimación*, que es el poder de disponer de un determinado derecho. Así, por ejemplo, los mayores de edad tienen capacidad para vender inmuebles; pero no tienen el poder de disponer (*legitimación*) de un inmueble ajeno.

Llámanse *legitimación normal u ordinaria* aquella que posee quien *tiene derecho a disponer de un interés*. Adviértase que no decimos "derecho de disponer de la cosa o de su dominio". Deberá ser titular de este derecho de dominio si se trata de enajenarla (por ejemplo, venderla, permutarla, donarla); pero bastará con su simple posesión o un derecho de goce para ser titular de la legitimación para depositarla o darla en locación o comodato.

Llámanse *legitimación extraordinaria* aquella que la ley reconoce a quien no es titular del derecho del que dispone, no obstante lo cual la ley, por distintos motivos, le permite contratar válidamente: a) El ejemplo típico es el del mandatario que obra a nombre y representación de su mandante, pudiendo disponer de los derechos de éste; b) Otra supuesto importante es el de quien actúa en virtud de un título aparente:

85. Emancipados. — La emancipación pone fin a la incapacidad; la regla es que los emancipados tienen aptitud jurídica para contratar libremente. Pero la ley ha querido protegerlos contra su inexperiencia y, por lo tanto, les prohíbe celebrar ciertos contratos o bien exige una autorización judicial previa.

En el régimen del Código Civil, las restricciones a la capacidad de los emancipados eran numerosas. El art. 135 enumeraba una serie de actos que no podían otorgar por sí solos; el concepto general —que surgía del análisis de la enumeración legal— era que necesitaban autorización judicial para los actos de disposición y en cambio podían obrar libremente en lo referente a la administración propiamente dicha de sus bienes.

La ley 17.711 amplió notablemente el campo de la capacidad de los emancipados, resolviendo el problema de acuerdo a criterios más acertados y modernos.

86. — Por lo pronto, hay actos que los emancipados no pueden otorgar de ningún modo, ni aún con autorización judicial: no pueden aprobar las cuentas de sus tutores, ni hacer donación de bienes que hubieran recibido a título gratuito, ni afianzar obligaciones (art. 134).

En cuanto a los restantes actos, los emancipados tienen amplio poder de administración y disposición de todos sus bienes con la sola excepción de los que hubieren recibido por título gratuito (herencia, legado o donación) antes o después del matrimonio, en cuyo caso tienen la administración, pero no pueden disponer de ellos a menos que el juez los autorice o que mediare acuerdo de ambos cónyuges y uno de ellos fuere mayor de edad (art. 135).

87. — El Juez sólo puede conceder la autorización en caso de absoluta necesidad o de ventaja evidente (art. 136).

88. Penados. — Los penados a más de tres años de prisión o reclusión quedan privados del derecho de administrar sus bienes y de disponer de ellos por actos entre vivos (art. 12, C. Penal). Esto significa incapacidad para celebrar contratos de contenido patrimonial.

Esta incapacidad no tiene carácter punitivo; es decir, no es una pena civil agregada a la criminal, sino una medida de protección del

penado cuya prisión lo pone en inferioridad de condiciones para tratar libremente. A ello se debe que la incapacidad cese cuando cesa la reclusión, sea por indulto, amnistía o libertad condicional. ¿La fuga hace recuperar la capacidad? El punto es discutible. En principio la respuesta debe ser negativa, pues no es posible que una conducta anti-jurídica, como es la fuga, venga a favorecer al penado. Pero muchas veces la solución contraria se impondrá en beneficio de los terceros de buena fe que han contratado con él. Puede ocurrir en efecto, que el fugado lleve una vida normal y entre en negocios con terceras personas que ignoran su condición. No es admisible que más tarde el propio penado o su curador (supuesto que haya sido apresado nuevamente) puedan impugnar el acto por falta de capacidad del penado.

88 bis. Inhabilitados. — Según el art. 152 bis, introducido por la ley 17.711, puede inhabilitarse: a) a quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio; b) a los disminuidos en sus facultades, cuando sin llegar a la demencia, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona; c) a quienes por prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes, expusieran a su familia a la pérdida de su patrimonio; la inhabilitación sólo procederá en este último caso si la persona tuviere cónyuge, ascendientes o descendientes y hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio.

Los inhabilitados pueden administrar por sí solos sus bienes, a menos que la sentencia expresamente limite sus facultades también en lo que atañe a la administración; en cambio, no pueden disponer de sus bienes sin la conformidad del curador que debe nombrárseles al inhabilitarlos.

89. Caso de los pequeños contratos. — Las incapacidades de hecho sean absolutas o relativas, no juegan para numerosos pequeños contratos, cuyo valor económico es insignificante si se los considera aisladamente, pero que en cambio, tomados en su conjunto, revisten fundamental importancia en la vida cotidiana. Desde muy corta edad (mucho antes de cumplir los 14 años que los convierte en adultos) los menores hacen compras de poco monto al contado (útiles de colegio,

de invalidez, véase *Tratado de Parte General*, t. II, n° 1245 y 1247 y siguientes.

98. Quiénes pueden pedirla. — El art. 1164 establece que el derecho de alegar la nulidad de los contratos sólo corresponde al incapaz y sus representantes y no a la parte que tenía capacidad para contratar. La norma alude sólo a los incapaces de hecho y es una innecesaria repetición del art. 1048. En cuanto a las nulidades derivadas de una incapacidad de derecho, pueden ser pedidas por la parte en cuyo interés fue establecida (art. 1048) por cualquier interesado, o bien por el Ministerio Público si se tratare de una nulidad absoluta, que inclusive puede ser declarada de oficio por el Juez cuando aparece manifiesta en el acto (art. 1047).

99. Privilegio de los incapaces de hecho. — El art. 1165 establece otra disposición importante en protección de los incapaces de hecho: declarada la nulidad de los contratos, *la parte capaz no tendrá derecho para exigir la restitución de lo que hubiere dado o el reembolso de lo que hubiere pagado o gastado, salvo que probare que existe lo que dio o que redundare en provecho manifiesto de la parte incapaz.*

Se trata de un verdadero privilegio establecido en favor de los incapaces de hecho, pues el efecto normal de la nulidad es que las partes contratantes deben restituirse todo lo que hubieran recibido como consecuencia del acto anulado (arts. 1050 y 1052).

Claro está que cuando todavía el incapaz tiene en su poder lo que recibió o lo hubiera transformado de tal modo que su provecho fuera manifiesto, no podría negarse acción a la parte capaz de reclamar la cosa o su valor, pues de lo contrario se vendría a convalidar un enriquecimiento sin causa, lo que es injusto, tanto más cuanto que muchas veces la parte capaz puede haber contratado de buena fe, ignorando la incapacidad que pesaba sobre la otra.

El privilegio reconocido a los incapaces no funciona cuando el acto se ha originado en dolo o violencia ejercida por el incapaz sobre la otra parte.

100. Supuesto del dolo del incapaz. — Si el incapaz hubiera procedido con dolo para inducir a la otra parte a contratar, ni él ni sus re-

presentantes o sucesores tendrán derecho a reclamar la nulidad a no ser que el incapaz fuere menor o el dolo consistiere en la ocultación de la incapacidad (art. 1166).

El principio general tiene un contenido moralizador evidente: si el incapaz ha obrado con dolo, no debe concedérsele acción de nulidad. Sin embargo, el dolo del incapaz no impedirá el ejercicio de la acción de nulidad:

a) Si el incapaz fuere menor *impúber*, el art. 1166 habla sólo de menor, pero la doctrina es unánime en el sentido de que alude a los menores *impúberes*, tal como lo decía la fuente (Freitas, art. 1879, en este sentido, Salvat, Segovia, Machado, Llerena). Sólo en tal caso se justifica la excepción, el legislador parte del supuesto de que la parte capaz no ha podido dejarse engañar por una criatura.

b) Si el incapaz fuere demente; la ley no hace esta excepción de modo expreso, pero en verdad era innecesario hacerla. Los dementes carecen de discernimiento y no puede hacérselos responsables de su dolo.

c) Si el dolo consiste solamente en la ocultación de la capacidad (art. 1166).

Lo que el art. 1166 dispone respecto del dolo es aplicable también a la violencia.

101. Confirmación del contrato claudicante. — En la doctrina moderna se ha difundido la denominación de contratos *claudicantes* aplicada a los que tienen un vicio de nulidad sólo invocable por una de las partes. Mientras la nulidad no se reclama, el contrato sigue vigente, pero está amenazado de muerte. De ahí esta denominación que expresa gráficamente la debilidad de que padece.

El contrato puede ser confirmado por la parte en cuya protección la ley ha establecido la nulidad. Para ello es preciso que haya cesado el vicio que lo invalidaba (art. 1060). En el supuesto de la incapacidad de una de las partes, es necesario que haya cesado la incapacidad o que el acto sea debidamente otorgado por el representante legal del incapaz.

La confirmación puede ser *expresa*, que consiste en una declaración formal de la intención de convalidar el acto, hecho en la forma esta-

blecida por el art. 1061; o *tácita*, que resulta de la ejecución parcial o total del acto después de haber cesado la incapacidad (art. 1063).

Para un desarrollo más prolijo de este tema, véase *Tratado de Parte General*, t. II, n.ºs. 1290 y siguientes.

102. Ley que rige la capacidad para contratar. — La capacidad de hecho es regida por la ley del domicilio; en cambio, la capacidad de derecho es *territorial*: se aplica la ley argentina (arts. 6, 9 y 949, Código Civil).

§ 2. — Causa

103. Diversos significados de la palabra causa. — La palabra *causa* tiene en el Derecho dos acepciones diferentes: ^(a) *designa*, a veces, la *fuerza* de las obligaciones, o sea, los presupuestos de hecho de los cuales derivan las obligaciones legales: contratos, hechos ilícitos, etc. (en este sentido, art. 499, C. Civil); ^(b) *otras veces, en cambio, es empleada en el sentido de causa final*, significa el *fin* que las partes se propusieron al contratar (en este sentido, los arts. 500, 501, 502, 792, 926, etc.).

Es este segundo significado el que ahora nos interesa. Y es precisamente respecto de él que se ha trabado un interesantísimo debate doctrinario. Se ha discutido si la causa debe o no ser considerada como un elemento esencial del acto jurídico; se ha cuestionado incluso, la propiedad de la palabra causa; y, lo que es más grave, existen profundas divergencias respecto del significado cabal de esta institución. ¿Qué es la causa? Es necesario confesar que los esfuerzos de los juristas por precisar con claridad el concepto, no han sido muy fructíferos. Subsisten aún hoy, después de una abundantísima literatura sobre el tema, profundas divergencias.

104. La doctrina clásica. — Se discute si la teoría de la causa tuvo o no su origen en Roma. Los textos son confusos y dan pie a todas las opiniones. De cualquier modo, es indudable que no fue desarrollada en su plenitud por los jurisconsultos romanos. Ese mérito corresponde a Domat. Su concepción de la causa es definitivamente objetiva: la causa es el fin del acto jurídico; cuando se habla del *fin*, no debe cre-

se que se trata de los móviles personales y psicológicos de cada contratante, sino de los elementos materiales que existen en todo contrato; por consiguiente, en los contratos sinalagmáticos, la causa de la obligación de cada una de las partes es la *contraprestación* de la otra. Así, por ejemplo, en la compraventa, la causa de la obligación contraída por el vendedor, es el precio que recibirá; mientras que para el comprador, la causa es la cosa que adquiere. En los actos a título gratuito es el *animus donandi*, o intención de beneficiar al que recibe la liberalidad. Faltaría la causa si no existe contraprestación o si no hay *animus donandi*.

105. La tesis anticausalista. — A partir de un célebre artículo publicado en Bélgica por Ernst, la teoría de la causa sufrió ruidos ataques de parte de los más ilustres juristas. Planiol la impugnó por falsa e inútil.

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

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

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

Entre nosotros, la tesis anticausalista ha sido sostenida por Bibiloni, Salvat, Galli, Llambías y Spota.

106. La doctrina moderna. — La tesis anticausalista está hoy en franca derrota; pero es necesario reconocer que sus ataques contra el concepto clásico de causa han sido fructíferos, porque han permitido ahondar el análisis del problema y lograr una concepción más flexible y útil. En esta faena, la labor de la jurisprudencia ha sido primordial. Mientras los juristas se sentían perplejos ante los vigorosos ataques contra la teoría de la causa, los jueces seguían haciendo una aplicación

constante y fecunda de ella. Eso estaba indicando que la noción de causa era una exigencia de la vida del Derecho.

Si la fuerza obligatoria de los actos jurídicos se hace residir exclusivamente en la *voluntad* de los otorgantes, es claro que la idea de causa resulta inútil: basta el acto volitivo para explicar la obligación. Pero esta concepción es estrecha, cuando no falsa. La tutela jurídica no se brinda a una voluntad cualquiera, vacía e incolora, sino a aquella que tiene un contenido socialmente valioso. La sola voluntad, escindida de un interés plausible que la determine, no es justificación suficiente de la validez del acto jurídico, puesto que no es un fin en sí misma. Quien promete, dispone, renuncia, acepta, no tiende pura y simplemente a despojarse de un bien, transmitirlo, sino que mira a alcanzar una de las finalidades prácticas típicas que rigen la circulación de los bienes y la prestación de los servicios en la vida de relación. El acto volitivo para ser fuente de derechos y obligaciones, debe estar orientado a una finalidad útil del punto de vista social; en otras palabras, debe tener una *causa* o razón de ser suficiente. La idea de justicia toma así el lugar que le corresponde en las relaciones contractuales. Y precisamente, donde más fecunda se ha mostrado la noción de causa, es sirviendo al ideal de justicia y moralidad en el Derecho.

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

107. Distinción con los motivos. — Es necesario no confundir la causa con los motivos que han impulsado a contratar. La primera es el fin inmediato, concreto y directo que ha determinado la celebración del acto; los motivos son los móviles indirectos o remotos, que no se

vinculan necesariamente con el acto. Así, por ejemplo, en un contrato de compraventa de un inmueble, la causa para el vendedor es el precio que ha de recibir; si ha realizado la operación con el ánimo de costearse un viaje a Europa, éste sería un simple motivo, que no afecta en nada el acto. Estos motivos, por ser subjetivos e internos, contingentes, variables y múltiples, son imponderables y, por lo tanto, resultan jurídicamente intrascendentes. Es claro que un motivo puede ser elevado a la categoría de causa, si expresamente se le da tal jerarquía en el acto o si la otra parte sabía que el acto no tenía otro fundamento que él. Un ejemplo, ya clásico, lo muestra claramente: la compra de un revólver se hace en vista de adquirir el arma. La causa es lícita, aunque el móvil sea matar a un tercero. Pero si el vendedor sabía que el revólver se compraba con el fin de cometer un crimen, debe estimarse que la causa misma del contrato es inmoral.

108. La cuestión en nuestro Derecho. — ¿Es la causa un elemento autónomo y esencial de los actos jurídicos en nuestro derecho positivo? La cuestión está controvertida; y es preciso decir que la ambigüedad de los textos del Código ha dado pie a esta divergencia. Para apreciar las dificultades, conviene transcribir los arts. 499 a 502, en los cuales se ha centrado principalmente la discusión.

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

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

La primera opinión ha sido sostenida, desde luego, por los autores anticausalistas; se hace notar que no es explicable que el Codificador

haya dado un significado diferente a la palabra causa en disposiciones ubicadas unas a continuación de otras; además, como según ellos, la causa no es un elemento esencial y autónomo de las obligaciones, se impone la conclusión de que todas las normas se refieren a la causa-fuente (Salvat, Galli, Risolia, Spota, Rezzónico).

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

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

109. — Sentado que el Código alude a la causa final en estos artículos, cabe preguntarse si, no obstante ello, es realmente éste un elemento autónomo de los actos jurídicos. El artículo 953 ha dado pie a que algunos autores sostengan en nuestro derecho la tesis anticausalista, con un significado novedoso. Según ellos, la noción de causa se resume en la de objeto. El artículo 953, de tan rico y valioso contenido, no aludiría tan sólo a la materia del acto considerada en sí misma, sino también al *fin individual* perseguido por las partes y al fin social del acto. La amplitud de este precepto tornaría inútil la noción de causa-fin. Como los primeros anticausalistas, estos autores identifican causa y objeto; pero mientras aquéllos reducían a la noción de causa la de obje-

to, éstos amplían el concepto de objeto hasta confundirlo con el de causa-final (Spota, Llambías, Barcia López).

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

110. Nuestra opinión. — Por nuestra parte, adherimos al concepto subjetivo de causa. Con ello queremos expresar nuestro repudio a la idea de causa como finalidad típica y constante de cada acto jurídico, con independencia de la voluntad de los sujetos que los celebran. Pero nos guardamos bien de caer en subjetivismos excesivos y estériles, que no hacen sino desprestigiar esta teoría. Entendemos que la causa está integrada por todo lo que ha sido *determinante* de la voluntad del testador, siempre que esa finalidad esté incorporada expresa o explícitamente al acto mismo. Por consiguiente, abarca: a) la contraprestación o sea el objeto del acto, que en los contratos bilaterales queda comprendido dentro de la idea de causa, como que es *el fin primero* por el cual se contrata; b) los fines o móviles mediatos o personales y, por tanto, eminentemente subjetivos, con tal que esos móviles integren expresa o implícitamente la declaración de voluntad o sean conocidos por la otra parte y, *atentas las circunstancias*, deban ser tenidos como fundamento de la volición; c) en los actos gratuitos, la causa será el *ánimo liberal* y, además, la razón inmediata por la cual esa liberalidad se hace (amistad, parentesco, deseo de ayudar al necesitado, de contribuir a una obra benéfica, etc.). Como en el caso anterior, ese *motivo* de la liberalidad no puede considerarse como causa si no interesa expresa o implícitamente la declaración de voluntad. Lo que no está expresado en el contrato, lo que no está implícito en la declaración de voluntad o en la naturaleza del acto, no puede considerarse como causa final determinante; cuanto más serán motivaciones íntimas, inaprehensibles e indiferentes en la vida del Derecho.

111. Presunción de la existencia de causa. — Establece el art. 500 que aunque la causa no esté expresada en la obligación, se presume que existe, mientras el deudor no pruebe lo contrario.

La solución de nuestra ley es perfectamente lógica; los hombres no se obligan ni actúan en el campo del Derecho porque sí, sin motivo o causa verdadera, porque ello sería irrazonable. Además, una razón de buena fe y de seguridad en los negocios obliga a reconocer efectos jurídicos a las declaraciones de voluntad, mientras no se pruebe que adolecen de algún defecto legal que las invalide. Por ello se presume la existencia y licitud de la causa. Pero queda a salvo el derecho del deudor de demostrar que no es así.

112. Falta de causa y falsa causa. — Importando la causa un requisito esencial de los actos jurídicos, la falta de ella implica la anulación del acto.

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

Sin embargo, puede ocurrir que en el título de la obligación se exprese una causa que no es la verdadera; si ésta existe y es lícita, la obligación es siempre válida (art. 501). Lo que interesa, en definitiva, es la causa real, no la aparente. Esta cuestión se vincula con el problema de la simulación, que se ha estudiado en el curso de la Parte General.

113. Actos abstractos. — En ciertos casos, por razones de seguridad jurídica, las partes tienen interés en que una declaración de voluntad tenga validez por sí, con independencia de la existencia de la causa. Tal es el caso de los títulos al portador. Para que éstos puedan desempeñar eficazmente su función económica, es necesario reconocerles validez por sí mismos; de ahí que el firmante de un cheque o un pagaré

no pueda oponer a los terceros que han venido a entrar en posesión del documento una excepción fundada en la falta de causa. Por voluntad de los otorgantes, esas obligaciones quedan desvinculadas de su causa; sólo así pueden servir como medio de pago, en cierta manera asimilable al dinero, que tienen en la práctica de los negocios.

Estos actos se llaman *abstractos*, desde que tienen un valor por sí mismos y con independencia de su causa; se los opone a los *causados* o *causales* que constituyen el supuesto normal de actos dependientes de su causa.

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

Por este motivo ha podido decirse que la abstracción es relativa o limitada, en el sentido de que no excluye del todo la relevancia de la causa.

La razón de ser del negocio abstracto es de orden práctico: se quiere hacer más fácil y segura la adquisición de ciertos derechos, sustrayéndolos a algunas excepciones que los deudores podrían oponer; y se quiere hacer posible la circulación de esos derechos poniendo a salvo a los terceros contra debilidades del título derivadas de su falta de causa.

La teoría del acto abstracto, cuyos antecedentes encuentran algunos autores en la *stipulatio* del derecho romano, ha sido desarrollada en su plenitud por la doctrina germana. En aquel derecho se reconoce este carácter no sólo a las promesas de pago hechas por medio de títulos de créditos y sus transferencias (cheques, pagarés, letras de cambio, etc.), sino también a la cesión de créditos, la asunción de deuda, la remisión de deuda, el pago, y los contratos en que se extinguen o traspasan derechos reales. Es muy dudoso que en nuestro Derecho, el

concepto de acto abstracto pueda extenderse más allá de los papeles de comercio suscriptos a la orden o al portador.

§ 3. — Objeto de los contratos

114. Concepto. — El objeto de los contratos es la prestación prometida por las partes, la cosa o el hecho sobre los que recae la obligación contractual.

115. Prestaciones que pueden ser objeto de los contratos. — El artículo 953 (que el art. 1167 declara aplicable a los contratos) dice que *el objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia o que perjudiquen los derechos de un tercero*. De esta disposición se deduce que el objeto debe llenar las siguientes condiciones:

a) *Debe ser determinado*; no sería posible constreñir al deudor al pago de una cosa o de un hecho si no se puede precisar cuál es la cosa o hecho debido. A veces el objeto no está determinado *ab initio*, es decir, en el contrato mismo, pero éste establece una forma para determinarlo: el objeto es *determinable*. Con esto basta para cumplir esta exigencia legal. Así ocurre, por ejemplo, cuando la cantidad se ha dejado librada al arbitrio de un tercero; en ese supuesto el contrato conservaría su validez aun en el caso de que el tercero no pudiere o no quisiera determinar la cantidad: el Juez deberá efectuarlo, haciéndose asesorar por peritos si fuere necesario (art. 1171). Igualmente puede dejarse librado a un tercero la fijación del precio, con las consecuencias que veremos en otro lugar (nº 269 y s.).

A veces, el objeto será determinado en su *individualidad*; la obligación será de cuerpo cierto. Pero cuando la cosa es fungible, basta la determinación de la cantidad y calidad (art. 1170). No se concebiría un contrato de compraventa que versase sobre "un inmueble" sin precisar de qué inmueble se trata. En cambio la venta de cereales, aceite, vinos, etc., se hace especificando género, calidad y cantidad.

b) *Debe ser posible*. En efecto, nadie puede ser obligado a pagar o hacer algo imposible. Pero la imposibilidad que anula el contrato debe ser *absoluta*. No basta que lo sea sólo para un deudor determinado, por falta de aptitudes o capacidad personales o por otras razones circunstanciales. Es necesario una total *imposibilidad*, sea física (por ejemplo, tocar el cielo con la mano) o *jurídica* (por ejemplo, hipotecar una cosa mueble). Si una persona que carece de condiciones artísticas se obliga a realizar un retrato o una escultura, no podrá alegar más tarde la ineficacia de la obligación por su imposibilidad de cumplir la tarea que ha prometido, porque en términos absolutos, hacer un retrato y una escultura es perfectamente posible; la obligación no será nula sino que se resolverá en el pago de daños y perjuicios.

Un supuesto de imposibilidad es el de inexistencia de la cosa prometida en el contrato; el contrato es nulo (art. 1172), pero el que ha prometido la cosa indemnizará los daños sufridos por la otra parte (artículo citado). Aunque la ley no lo dice expresamente, es obvio que esta sanción sólo se aplica al promitente de mala fe, es decir, al que prometió la cosa sabiendo que no existía.

c) *Debe ser lícito*. Todo objeto contrario a la ley anula la obligación. Tal sería el caso de un contrato que obligara a permanecer soltero, o a casarse con determinada persona o a no cambiar de domicilio, etc., cláusulas que son contrarias a lo dispuesto en el art. 531.

d) *Debe ser conforme a la moral y a las buenas costumbres*. En verdad, este requisito bien podría considerarse comprendido en el anterior, pues no cabe duda de que los contratos inmorales son ilícitos (art. 953). Sin embargo, la extraordinaria importancia de este supuesto de nulidad hace aconsejable tratarlo por separado.

116. Concepto de moral y buenas costumbres en su aplicación a la teoría general del acto jurídico. — Todo el orden jurídico está dominado por la idea moral, puesto que el derecho no es, en definitiva, otra cosa que un *orden justo*. Es natural, por lo tanto, que también los actos jurídicos deban ajustarse a principios éticos. No se concebiría, en efecto, que el Estado volcase el peso de su *imperium* en apoyo de una pretensión inmoral.

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

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

Según Ripert, este criterio, llamado sociológico, es elástico, impreciso y no conduce a ningún resultado positivo; para él la medida de la moralidad de un acto está dada por la moral cristiana.

Si se profundiza el análisis de esta divergencia, no es difícil advertir que ambos puntos de vista no difieren prácticamente, por lo menos en los pueblos de civilización occidental, cuyo espíritu ha sido moldeado bajo la influencia bimilenaria de la moral cristiana; si bien es preciso reconocer que el criterio sociológico tiene proclividad a un exceso de tolerancia y a que los jueces depongan su papel de guardianes de la conducta moral de los individuos en sociedad. Pero también el extremo contrario es malo. El juez no debe aplicar un criterio muy riguroso para juzgar la moralidad de un acto; sólo cuando éste chocha abiertamente contra la moral, debe declararse su invalidez. De lo contrario se entraría en un terreno resbaladizo y peligroso, pues desgraciadamente, la perfección moral no es patrimonio del ser humano. *El juez debe apreciar el caso con el criterio de un hombre honorable y prudente.*

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

118. Actos contrarios a la moral. — Puesto que la noción de moral es imprecisa, fluida, el legislador en muchos casos ha querido evitar dudas e, inspirado en razones morales, ha establecido la nulidad de ciertos actos. Sin pretender formular una enumeración completa, enunciaremos los principales casos: son nulos los pactos que versaren sobre una herencia futura (art. 1175, Cód. Civ.); los que se opongan a la libertad de acciones o de conciencia (art. 953), como la obligación de habitar un lugar determinado o sujetar la elección de domicilio a

la voluntad de un tercero, la de mudar o no mudar de religión, la de casarse con determinada persona, o con aprobación de un tercero, o en cierto tiempo, o en cierto lugar, o no casarse, la de vivir célibe, perpetua o temporalmente, o no casarse con determinada persona o divorciarse (art. 531, Cód. Civ.); los que tengan por objeto el uso deshonesto de la casa alquilada (art. 1503), de lo cual es caso típico la locación para establecer una casa de tolerancia; el préstamo de una cosa para un uso contrario a las buenas costumbres (art. 2261, Cód. Civ.).

119. — En todos estos casos coincide lo ilícito con lo inmoral; pero hay muchos otros en que la jurisprudencia ha anulado ciertos actos, sin que medie disposición legal referida específicamente a ellos, y sólo porque chocha contra la moral y buenas costumbres. Casi siempre se ha recurrido a la *teoría de la causa*, juzgando que si ésta es inmoral, la obligación es inválida.

Así, por ejemplo, se han declarado nulos los contratos de trabajo vinculados con casas de tolerancia, los convenios que implican el pago del comercio sexual, el pago de la influencia política (llamada *venta de humo*), el corretaje matrimonial, los intereses excesivos, por considerarlos usurarios, los contratos en virtud de los cuales una persona se obliga a entregar una parte de su cuerpo, etc.

120. ¿Sólo las prestaciones susceptibles de apreciación pecuniaria pueden ser objeto de los contratos? — El art. 1169 establece que la prestación objeto de un contrato puede consistir en la entrega de una cosa o en el cumplimiento de un hecho positivo o negativo *susceptible de una apreciación pecuniaria*. Vélez Sarsfield defendió esta idea, tomada del derecho romano, diciendo en la nota que "si la prestación objeto del contrato, aunque susceptible en sí de apreciación pecuniaria, no presentara para el acreedor ninguna ventaja apreciable en dinero, no estaría éste autorizado a pedir la ejecución de la promesa hecha. Un simple interés de afección no sería suficiente para darle acción, a menos que la estipulación del minado por tal móvil no hubiese tenido al mismo tiempo por fin el cumplimiento de un deber moral".

Es una tesis hoy inadmisibles; a partir de los ataques llevados por los pandectistas alemanes (Windscheid, Dernburg) la doctrina se ha

inclinado definitivamente en el sentido de que todo interés digno de protección jurídica, puede ser objeto de los contratos. Una solución distinta carece de sentido, puesto que el principio que domina los contratos es la libertad de las convenciones. "Donde un interés serio, respetable y no solamente determinado por el afecto, apoyado en un deber moral, sino por los más elevados estímulos de la mentalidad humana, por la caridad, el culto de las ciencias y las artes, impulse a celebrar contratos que tiendan a realizarlos, allí debe estar la ley para ampararlos y asegurar su cumplimiento" (Bibiloni).

La educación de los hijos, el sostenimiento de hospitales, escuelas, bibliotecas, etc., constituyen el fundamento de contratos frecuentísimos. No se exige pues, que el acreedor tenga un *interés* pecuniario. Pero ello no quiere decir que las obligaciones puedan ser ajenas al patrimonio. La cuestión se aclara distinguiendo entre la *prestación* u *objeto* de la obligación, que siempre debe tener contenido patrimonial, y el *interés protegido*, que puede ser humano, cultural, científico, moral; basta que sea digno de tutela. Pero la prestación en sí misma debe ser siempre susceptible de valoración económica porque de lo contrario no sería posible la ejecución del patrimonio del deudor.

La idea ha sido expresada con claridad en el Código italiano: "La prestación que forma el objeto de una obligación, debe ser susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés del acreedor, aunque no sea patrimonial" (art. 1174).

120 - I. La energía y las fuerzas naturales susceptibles de apropiación. — Durante largo tiempo se discutió en la doctrina si las energías (electricidad, energía atómica, etc.) eran o no cosas. Esta discusión quedó terminada cuando la ley 17.111 agregó al art. 2311 un párrafo que establece: *Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y las fuerzas naturales susceptibles de apreciación.*

No cabe duda por tanto, que tales energías pueden ser objeto de los contratos, lo que es natural, porque ellas tienen un contenido económico que las asimila a las cosas. Entre el gas (indiscutiblemente una cosa, porque es un cuerpo gaseoso) y la electricidad que se consumen en una casa, es difícil establecer diferencias conceptuales desde el punto de vista jurídico: ambos sirven de energía calórica o lumínica, ambos se consumen con el uso, pueden medirse, tienen un valor eco-

nómico, son susceptibles de apreciación. No es lógico, por tanto, aplicarles reglas jurídicas distintas.

121. Cosas futuras. — *Cuando las cosas futuras fueren objeto de los contratos, la promesa de entregarlas está subordinada al hecho "si llegare a existir", salvo si los contratos fueren aleatorios* (art. 1173).

Los supuestos contemplados en la ley son dos: a) Se contrata sobre una cosa que no existe, pero se espera que existirá (ejemplo, la compra de una cosecha antes de que esté en estado de recogerse). Si más tarde la cosa no llega a existir (en el ejemplo propuesto, porque la ha destruido un granizo) el contrato es nulo; b) Se contrata sobre una cosa que todavía no existe, asumiendo el comprador el riesgo de que no llegue a existir nunca: el contrato tiene carácter aleatorio y es por tanto válido aunque la cosa no llegue a existir. Muchas veces será dudoso si la intención de las partes ha sido o no la de suscribir un contrato aleatorio; éste es un problema de interpretación, al cual aludimos en otro lugar (nº 261 y s.).

122. — Se vincula con este tema la distinción entre locación de obra y compraventa de cosa futura de que nos ocupamos en el nº 220.

123. Cosas litigiosas o sujetas a gravámenes o embargos. — *Pueden ser objeto de los contratos las cosas litigiosas, las dadas en prenda o en anticresis, hipotecadas o embargadas, salvo el deber de satisfacer el perjuicio que del contrato resultase a terceros* (art. 1174). Claro está que si el contrato se realiza con ocultación del embargo o gravamen, la parte que prometió su entrega deberá pagar los daños y perjuicios y puede llegar a incurrir en delito de estelionato (art. 1179).

124. Cosas ajenas. — Como principio general, las cosas ajenas pueden ser objeto de los contratos (art. 117). La aplicación de esta regla es particularmente clara en el supuesto de que el contrato no significa que un compromiso de transferir el dominio; ningún inconveniente hay en que la cosa ajena pueda ser objeto de un contrato de locación, de depósito, de comodato, etc. Inclusive es concebible la validez del contrato de compraventa de una cosa ajena, en algunos supuestos de excepción; nos ocuparemos de este importante tema en los números 249 y siguientes.

Cuando el contrato sobre cosa ajena envuelve una promesa de *entregarla*, hay que distinguir varios supuestos:

a) El que ha prometido la cosa no ha garantizado el éxito de su promesa: sólo está obligado a emplear los medios necesarios para que la prestación se realice (art. 1177); y deberá satisfacer todos los daños y perjuicios consiguientes, si la cosa no se entrega por su culpa.

b) El que ha prometido la entrega de la cosa ajena ha garantizado la entrega; en tal caso, debe la reparación de los daños si la cosa no se entrega aunque no mediara culpa de su parte (art. 1177).

c) Hasta aquí hemos supuesto que ambas partes sabían que la cosa cuya entrega se prometió era ajena; pero puede ocurrir que el que prometió la entrega hubiera ocultado que la cosa no le pertenecía: en tal caso incurre en el delito de estelionato y es responsable de todas las pérdidas e intereses art. 1178). De más está agregar que no habrá delito si el autor de la promesa era de buena fe, es decir, si ignoraba también él que la cosa era ajena.

125. Pacto de herencia futura. — Está prohibido celebrar contratos que tengan por objeto una herencia futura, aunque se celebren con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trata; esta prohibición incluye la de contratar sobre objetos o derechos que se recibirán como consecuencia de una herencia futura (arts. 848, 1175, 1449, 3599, Cód. Civ.). Es una prohibición fundada en razones de moral; resulta chocante admitir la legitimidad de pactos en los cuales se especula sobre la muerte de una persona.

Cuando el contrato versa simultáneamente sobre bienes presentes y sobre bienes que dependen de una sucesión aún no deferida, son nulos en el todo cuando se han concluido por un solo y mismo precio (artículo 1176). En cambio, si el precio es separado, en realidad se trata de dos contratos distintos unidos sólo por el instrumento en que se celebró el acto; en ese caso, será válido el contrato relativo a los bienes presentes y nulo el que se refiere a la herencia futura. Sin embargo, aún en el supuesto de precio conjunto, la ley brinda una posibilidad de convalidación: si la parte que paga el precio consiente en pagarlo totalmente sólo por los bienes presentes, el contrato se mantiene válido respecto de ellos (art. 1176).

La prohibición de realizar contratos que tengan en mira una heren-

cia futura no es absoluta; el Código admite algunas excepciones: a) Son válidas las donaciones hechas con la condición de que las cosas donadas se restituirán al donante si éste sobrevive al donatario y sus herederos (arts. 1803 y 1841); b) Es legítima la partición hecha en vida por los ascendientes (arts. 3514 y sig.); c) Son válidos los contratos de seguro con cláusula de que a la muerte del asegurado se pagará la indemnización a la persona designada en el contrato. En esta última hipótesis no hay contrato sobre una herencia futura, ya que esa indemnización no integra el acervo hereditario; pero es un contrato vinculado muy estrechamente con la sucesión desde que, en definitiva, esa indemnización es uno de los bienes que el asegurado dejará a su muerte.

126. — En el derecho moderno se nota una tendencia a suavizar el rigor de esta regla que prohíbe los pactos sobre herencia futura; no todo pacto que tiene en mira bienes que se han de recibir por muerte de una persona es inmoral. Muchas veces las circunstancias los hacen razonables y prudentes. En el derecho germánico, si bien se mantiene el principio de que estos pactos son nulos, se admiten los contratos concluidos entre herederos futuros respecto a sus porciones hereditarias (art. 312). El Código suizo admite la validez sólo si cuentan con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trata (art. 636). También admiten aquellos Códigos los testamentos conjuntos o réciprocos, por los cuales dos personas se instituyen recíprocamente herederos; se trata de un verdadero contrato, irrevocable por la voluntad de una sola de las partes, salvo que exista una causal de desheredación (Cód. Civ. suizo, art. 512; austriaco, 583 y 1248; alemán, art. 2265, que sólo lo permite entre cónyuges).

No obstante la influencia de los Códigos alemán y suizo en la codificación posterior, la prohibición de los pactos sobre herencia futura se ha mantenido en el Código Civil italiano, art. 458; mexicano, artículo 1826; peruano, artículos 476 y 1336; venezolano, artículo 1156. Nuestros proyectos de reforma siguen en esa línea (Anteproyecto de Biliboni, art. 1316; Proyecto de 1936, art. 814).

§ 4. — Forma de los contratos

127. Concepto. — Según el art. 973 la forma es el conjunto de las

prescripciones de la ley respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico; tal, por ejemplo la escritura pública que se exige para ciertos contratos.

128. El principio de la libertad de las formas; formalismo antiguo y moderno. — Los pueblos primitivos se singularizaban por un formalismo estrecho y rígido. Esa fue también la característica del derecho romano. Los actos estaban inseparablemente ligados a sus formas; la menor desviación en el cumplimiento de las prescripciones legales traía aparejada la nulidad del acto, aun cuando el consentimiento de los otorgantes estuviera probado inequívocamente. La forma era un elemento esencial del acto. En los pueblos de cultura media poco desarrollada, el formalismo, además de su sentido simbólico, se proponía impresionar fuertemente el recuerdo de los testigos, que después habían de servir de prueba de la realización del acto.

Diversos factores fueron influyendo para que con el devenir de los siglos, el formalismo fuera perdiendo aquella rigidez sofocante. Por de pronto, la Iglesia Católica luchó tenazmente contra aquel sistema; la buena fe impone el cumplimiento de la palabra empeñada y no eludir las consecuencias de los propios actos so pretexto de la omisión de tal o cual detalle legal. Luego, cuando el tráfico comercial se hizo más activo, resultó indispensable aligerar las transacciones de los obstáculos formales que pesaban sobre ellas. Finalmente, el aumento de la cultura general trajo la difusión de la escritura como medio de prueba, lo que hizo innecesarias las formalidades que tendían a impresionar el ánimo de los testigos.

Actualmente impera como principio el de la libertad de las formas; basta el consentimiento para que el contrato tenga plena fuerza obligatoria. Es el triunfo del consensualismo. Sólo por excepción la ley exige en algunos casos el cumplimiento de requisitos formales.

Pero en el derecho moderno se ha advertido un renacimiento del formalismo. Las nuevas leyes exigen con frecuencia la observancia de determinadas formas. Este neoformalismo se funda en diversas razones: a) Las relaciones jurídicas se han hecho tan múltiples y complejas que se siente la necesidad de ponerles un orden y evitar los inconvenientes de la imprecisión y la ligereza; las exigencias formales tienden hoy a cuidar la *seguridad* jurídica; b) Las formas que tienden a

la publicidad (y, particularmente, los Registros) se han mostrado eficacísimas para proteger a los terceros contra las confabulaciones de quienes se ponen de acuerdo para perjudicarlos antidatando actos o simulándolos; c) Finalmente, el intervencionismo estatal exige que las convenciones particulares tengan una exteriorización sin la cual el con-
tralor oficial sería imposible; el cumplimiento de estas formalidades facilita, además, la percepción impositiva, porque los escribanos actúan como agentes de retención de los impuestos y tasas.

Este neoformalismo es distinto del antiguo; las formas se imponen sobre todo en miras a la prueba del acto y a su publicidad; pero la omisión no afecta, en principio, al acto en sí.

129. Formas solemnes y formas probatorias. — Se llama forma solemne (*ad solemnitatem*) o constitutiva aquella que es esencial a la validez del acto; su omisión lo priva de todos sus efectos, por más que el consentimiento se pruebe inequívocamente. La forma *ad probationem* sólo es exigida como medio de prueba y como protección de los derechos de terceros; de tal modo que si la celebración del acto puede acreditarse por otros medios, el interesado puede obligar a la contraparte a cumplir con las formalidades que la ley exige. Tal ocurre, por ejemplo, en la compraventa de inmuebles, que debe hacerse en escritura pública (art. 1184, inc. 1°); pero celebrado el contrato en instrumento privado, la parte interesada puede exigir de la otra el otorgamiento de la escritura, con lo que el contrato producirá todos sus efectos.

En nuestro Derecho, los únicos contratos solemnes son las convenciones matrimoniales, las donaciones de inmuebles o de prestaciones periódicas o vitalicias y la transacción de derechos litigiosos. En todos los demás contratos, la forma se exige sólo *ad probationem*.

129 . I. La forma como recaudo de publicidad. — Hemos dicho ya (nº 128) que una de las razones del renacimiento del formalismo en el derecho moderno es que algunas formas constituyen un eficaz medio de publicidad. En este sentido, tienen particular importancia los Registros en los que se asienta no sólo quien es el titular del dominio, sino también cuál es el estado de éste, si existen gravámenes, embargos, inhibiciones, etc. Los Registros son así el gran medio de pu-

bilidad moderno. Pero no son el único. También la tradición de la cosa es en nuestro Derecho un medio de publicidad, que la complejidad y carácter multitudinario de las sociedades contemporáneas ha vuelto bastante ineficaz, pero que todavía conserva algún valor, a punto tal que la ley 17.711 de reformas al Código Civil, no alteró el principio liminar del art. 537, según el cual antes de la tradición el adquirente de la cosa no adquiere sobre ésta ningún derecho real.

La inscripción en los Registros tiene el siguiente efecto: el acto es oponible a terceros; el contrato no registrado (cuando la ley exige ese registro, como ocurre por ejemplo con la compraventa de inmuebles) tiene plena validez entre las partes, pero no es oponible a terceros. Pero hay veces que la ley impone la forma como un requisito esencial de validez, no ya tan sólo respecto de terceros, sino respecto de las mismas partes: mientras el acto no se ha registrado se lo tiene por no existente. En este caso, la registración del acto tiene valor *constitutivo*.

130. Forma pactada. — La forma de los contratos puede resultar de la ley o de la voluntad de las partes. Nada se opone a que éstas acuerden en un contrato que otro posterior a celebrarse entre ellas, deberá observar ciertas formalidades. Inclusive pueden atribuir a tales formas carácter constitutivo o solemne (arts. 975 y 1186).

131. Contratos que deben celebrarse en escritura pública. — Según el art. 1184 deben celebrarse en escritura pública:

1) *Los contratos que tuviesen por objeto la transmisión de bienes inmuebles en propiedad o usufructo o de alguna obligación o gravámen sobre los mismos (por ej., hipoteca o anticresis) o traspaso de derechos reales sobre inmuebles de otro.*

Según el art. 1184, primera parte, esta exigencia no juega para las ventas hechas en subasta pública o judicial. En este caso, el contrato queda formalizado por el solo remate; la escritura no es necesaria ni siquiera para la transmisión del dominio, que es adquirido por el comprador por la aprobación del remate hecha por el juez y por la tradición del inmueble (después de la ley 17.711 hay que agregar la inscripción en el Registro). Esta solución tiene una explicación de carácter histórico. En el derecho romano y la antigua legislación española la venta

era realizada en presencia de la autoridad judicial (juez o secretario) quien recogía las ofertas. El acta misma del remate constituía un documento auténtico parangonable a la escritura pública. Actualmente la subasta es hecha por un delegado del juez, que es el martillero, cuya actuación no ofrece iguales garantías. Y la jurisprudencia ha terminado por reconocer al comprador, aun en este caso, el derecho de exigir el otorgamiento de la escritura, porque ésta es la vía que permite hacer un estudio de los títulos y una garantía de la bondad del derecho que se le transmite. Por ello es que, a pedido del comprador, el juez debe declarar indisponible el saldo de precio depositado en autos, mientras la escritura no se otorgue y mientras subsistan inconvenientes ajenos a la voluntad del comprador para la inscripción del dominio en el Registro de la Propiedad. Con lo que la escritura se ha hecho prácticamente indispensable aún el supuesto de pública subasta.

2) *Las particiones extrajudiciales de herencias salvo que mediere convenio por instrumento privado presentado al juez de la sucesión.*

3) *Los contratos de sociedad civil, sus prórrogas y modificaciones.*

4) *Las convenciones matrimoniales y la constitución de dote.*

5) *Toda constitución de renta vitalicia.* La ley alude a la constitución contractual de tales rentas; las constituidas por testamentos pueden serlo válidamente en la forma exigida por la ley para éstos, bastando por tanto con el testamento ológrafo o el cerrado.

En la renta vitalicia constituida a título gratuito, la escritura pública puede ser sustituida por un acto otorgado ante el juez del lugar y dos testigos, si no hubiere escribano (art. 1810).

6) *La cesión, repudiación o renuncia de derechos hereditarios.*

7) *Los poderes generales o especiales que deben presentarse en juicio y los poderes para administrar bienes y cualesquiera otros que tengan por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública.*

8) *Las transacciones sobre bienes inmuebles; pero tratándose de derechos litigiosos, es decir, sobre los cuales media un litigio pendiente, basta con un escrito firmado por los interesados y presentado al juez de la causa (art. 838).*

9) *La cesión de acciones o derechos procedentes de actos consi-*

nados en escritura pública; pero la cesión de acciones litigiosas puede hacerse también por acta judicial en el respectivo expediente(art. 1455).

10) Todos los actos que sean accesorios de contratos redactados en escritura pública.

11) Los pagos de obligaciones consignadas en escritura pública, con excepción de los pagos parciales de intereses, canon o alquileres.

Debe advertirse que con relación a los supuestos de los incisos 2, 3, 4 y 6, el Código Civil sólo exigía la escritura pública cuando el valor de los bienes excedía de mil pesos. La inflación convirtió en despreciable ese valor; no se concebía contratos referentes a estos actos cuyo objeto valiera menos que aquella cantidad. En la práctica, pues, todos los contratos debían hacerse por escritura pública. Es lo que finalmente decidió la ley 17.711 eliminando toda referencia al monto de los contratos.

132. Omisión de la escritura pública: efectos. — Las consecuencias de la omisión de la forma depende de que ella sea exigida *ad solennitatem* o *ad probationem*: en el primer caso, el acto carecerá de todo efecto; en el segundo, la parte interesada, tendrá derecho a exigir el otorgamiento de la escritura. Con relación a este último caso dice el art. 1185 que los contratos que debiendo ser hechos en escritura pública fuesen hechos por instrumento particular, firmado por las partes, no quedan concluidos como contratos definitivos sino como contratos en que las partes se han obligado a hacer la escritura pública. En otras palabras: mientras la escritura pública no esté suscripta, las partes no pueden exigirse el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato definitivo, pero pueden exigir el otorgamiento de la escrituración, cumplido lo cual el contrato producirá todos sus efectos.

132 - I. Demanda por escrituración; facultades del Juez — Supongamos que demandada la escrituración por quien es titular de un boleto de compraventa, la sentencia condene a escriturar.

¿Qué ocurre si la parte condenada a escriturar se negase a hacerlo? ¿Puede firmar el juez la escritura en su lugar o, por el contrario, la potestad judicial se limita en ese supuesto a condenar al remiso al pago de los daños y perjuicios? Esta cuestión dio lugar en nuestro país a una larga controversia, que recién hoy puede considerarse definitivamente decidida. Algunos fallos y autores (Salvat, Lafaille, Rezzónico,

Machado), sostenían que el juez carece de poder para escriturar a nombre del obligado; ante la negativa del condenado a escriturar, le sería al juez imposible vencer esa negativa, limitándose sus potestades a fijar los daños y perjuicios; su principal argumento es el art. 1187, según el cual la parte que resistiere la escritura podrá ser demandada por la otra para que la otorgue, *bajo pena de resolverse la obligación en el pago de daños y perjuicios*. Pero a partir de un fallo plenario de la Cámara Civil de la Capital de 1951, se ha reconocido que el juez puede otorgar la escritura por el obligado. Según este punto de vista, el art. 1187 no tiene otro sentido que reconocer el derecho de cobrar daños y perjuicios, pero no niega al juez la posibilidad de firmar la escritura. Las obligaciones de hacer deben resolverse en el pago de daños, solamente si el cumplimiento forzoso implicara la necesidad de hacer violencia sobre la persona; pero cuando no hay tal violencia el deudor debe ser forzado a cumplir en especie: *pacta sunt servanda*; el actor no ha contratado daños e intereses sino una prestación distinta y no puede ser condenado a recibir una indemnización en lugar del cumplimiento de la obligación. Por esta interpretación, a nuestro juicio preferible (que cuenta con la aprobación de Colmo, Llerena, Acuña Anzorrena, Alsina), se han inclinado también los tribunales de provincia y finalmente, ha sido consagrada por el Código procesal para la Justicia Nacional (art. 512) y por varios Códigos procesales provinciales.

133. Ley que rige la forma de los contratos. — La forma de los contratos entre presentes será juzgada por las leyes y usos del lugar en que se han concluido (art. 1180). Es la aplicación de la regla tradicional *locus regit actum*.

La forma de los contratos entre ausentes, si fueren hechos en instrumento particular firmado por una de las partes, será juzgada por las leyes del lugar indicado en la fecha del instrumento. Si fuesen hechos por instrumentos particulares firmados en varios lugares o por medio de agentes o por correspondencia epistolar, su forma será juzgada por las leyes que sean más favorables a la validez del acto (art. 1181). Igual solución se aplica a los contratos concluidos por teléfono.

§ 5. — Prueba de los contratos

134. Concepto. — La prueba no constituye un elemento de los

contratos y en este sentido sería objetable la inclusión de su estudio en este capítulo. Sin embargo, se encuentra tan estrechamente vinculada con la forma, que se ha hecho clásico tratar una continuación de la otra. Se trata, claro está, de conceptos distintos. La forma hace a la manifestación de voluntad, es un requisito de la formación del contrato. La prueba, en cambio, se vincula con los medios de demostrar la existencia del contrato, cualquiera haya sido su forma. La vinculación tan estrecha entre ambas deriva sobre todo de la circunstancia de que las formas en el derecho moderno están principalmente instituidas con el objeto de facilitar la prueba, sea a las partes, sea a terceros.

Hay dos sistemas probatorios: el de la prueba legal y el de la libre convicción. Según el primero, sólo puede admitirse como prueba suficiente la que indica la ley; de acuerdo al segundo, el juez puede admitir todo género de pruebas y tendrá como suficientes aquellas que según su ciencia y conciencia, sean suficientes para tener por acreditados los hechos. En el derecho moderno, el sistema imperante es el de la libre convicción; las limitaciones al libre arbitrio judicial para la apreciación de la prueba tienen carácter excepcional. Sin embargo, debe decirse que las excepciones son importantes y numerosas. Tales son, por ejemplo, las formalidades exigidas por el artículo 1184 (véase nº 131); la ley no admite otra prueba que la escritura pública. Hay también una importante restricción al sistema de la libre convicción en el art. 1193, que prohíbe la prueba por testigos para los contratos cuyo valor exceda de diez mil pesos.

134 - I. Método del Código Civil. — El Código Civil trata de la prueba en un Capítulo titulado "De la prueba de los contratos" (arts. 1190 a 1194); independientemente de ello, legisla sobre instrumentos públicos y privados —que también son medios probatorios— a continuación de los actos jurídicos.

El método es objetable. La prueba no sólo tiene relación con los contratos, sino también con los hechos y actos jurídicos en general. Por ello, tanto Bibilioni como el Proyecto de 1936 ubicaron lo relativo a esta materia en la Parte General, dentro de la sección dedicada al "ejercicio y prueba de los derechos". También el Anteproyecto de 1954, ubicó este tema en la Parte General en una sección destinada a la "tutela y ejercicio de los derechos".

135. La prueba en el Código Civil y los Códigos procesales: la cuestión constitucional. — Conforme con el art. 67, inc. II de la Constitución Nacional, corresponde al Congreso Nacional dictar los Códigos de fondo; en cambio, los Códigos procesales son atribución de las Provincias. Cabe preguntarse, por tanto, si al legislar sobre prueba, no ha invadido el Código Civil un campo que es propio de los Códigos locales.

Lo cierto es que ésta es una materia en que ambas jurisdicciones —la nacional y la provincial— se tocan. La cuestión se aclara haciendo la siguiente distinción: todo lo relativo a la *admisibilidad* de un medio de prueba y a su *eficacia probatoria* es materia propia del Código Civil, porque se vincula con el reconocimiento de los derechos sustantivos; en cambio, la *forma de producción* de la prueba es materia propia de los Códigos locales.

En sentido coincidente, la Corte Suprema ha declarado que el Congreso tiene facultad para dictar normas procesales en tanto ello sea necesario para asegurar la eficacia de las instituciones reguladas por los Códigos de fondo.

136. Carga de la prueba. — La carga de la prueba (*onus probandi*) incumbe a quien alega el hecho en el cual funda su acción o su excepción. Así, por ejemplo, quien alega un derecho en base a un contrato, debe probar la existencia de éste; a su vez, el demandado que alega como defensa un hecho modificativo o extintivo (un contrato ulterior, una renuncia, etc.), debe también probarlo. Estas no son reglas absolutas; en el derecho moderno priva el concepto de que los litigantes tienen un deber de lealtad que los obliga a colaborar en la medida de sus posibilidades al esclarecimiento de la verdad y, por consiguiente, a aportar las pruebas encaminadas a tal fin, que obren en su poder. Y a veces los jueces han declarado que la indiferencia o inercia de la parte puede constituir una presunción en su contra. Así, por ejemplo, quien invoca una simulación debe probarla; pero si el demandado guarda una actitud de sospechosa inercia, sin aportar pruebas que de existir demostrarían su inocencia, su conducta importa una presunción de la verdad de los hechos alegados por el actor.

137. Enumeración legal de los medios de prueba. — Según el artículo 1190, los contratos pueden probarse:

a) *Por instrumentos públicos*, es decir, por aquellos instrumentos que gozan de autenticidad, ya sea porque han sido otorgados ante un oficial público o porque se han llenado ciertas exigencias formales establecidas en la ley. Para un desarrollo de este concepto, véase nuestro *Tratado de Parte General*, 3ª ed., t. II, nº 964 y siguientes.

138. b) *Por instrumentos particulares firmados o no firmados*; en principio, el instrumento privado debe llevar la firma de las partes; pero por excepción puede admitirse la validez probatoria de algunos no firmados, tal como ocurre con las cartas misivas, con los asientos de los libros de comercio y con el llamado principio de prueba por escrito.

139. c) *Por confesión de partes, judicial o extrajudicial*. — La confesión *judicial* es la forma típica; por lo general se la provoca, llamando a la parte contraria a absolver posiciones bajo juramento de decir verdad; pero puede también ser espontánea.

La *confesión extrajudicial* tiene el mismo valor que la *judicial* siempre que se la acredite fehacientemente; pero no se admitirá la prueba testimonial de ella, salvo que hubiere principio de prueba por escrito (art. 138, Cód. Proc.).

La confesión es la prueba decisiva y plena; de ahí el adagio a confesión de parte, relevo de prueba.

140. d) *Por juramento judicial*. — No se trata ya de la prueba de confesión que cuando es provocada (absolución de posiciones), debe prestarse bajo juramento, sino del juramento al cual se defiere la solución de un pleito. En la doctrina clásica se lo divide en *decisorio y estimatorio o supletorio*. En el primero, una de las partes solicita el llamamiento de la otra a una audiencia para que jure decir verdad sobre lo que se preguntará y sometiéndose la *ponente de las preguntas a lo que resulte de ese juramento*. Es un juramento desaparecido de las prácticas judiciales modernas. El supletorio tiende a completar una prueba deficiente; así, el art. 220 del antiguo Código de Procedimientos de la Capital disponía que cuando estuviere probada la existencia de daños pero no su importe, el juez deferirá la fijación del monto al juramento estimatorio del deudor, dentro de los límites que el mismo juez determine. En los hechos, el demandado juraba siempre la cantidad menor, por lo que el nuevo Código Procesal ha suprimido el

arbitrio del juez, reconociendo al juez la potestad de fijar directamente el monto de los daños.

141. e) *Por presunciones legales o judiciales*. — Las presunciones son indicios que permiten inferir con un cierto grado de certeza, la verdad de un hecho o un contrato.

Las presunciones pueden ser *legales o judiciales*. Las primeras consisten en que la ley, dados ciertos hechos, infiere consecuencias también determinadas. Así, por ejemplo, se presumen legítimos los hijos nacidos durante el matrimonio (art. 240); el máximo del embarazo se presume en trescientos días y el mínimo en ciento ochenta (art. 77). Estas presunciones pueden admitir prueba en contrario (presunciones *juris tantum*), como ocurre en el primer ejemplo; o no admitirla (presunciones *juris de jure*), como ocurre en el segundo.

Las presunciones *judiciales* constituyen indicios que, apreciados libremente por el juez, forman su convencimiento de la verdad de un hecho o acto jurídico. Por lo general, no basta un solo indicio (a menos que concorra con otras pruebas); deben ser varios y coincidentes. Una vieja regla, tendiente a asegurar la seriedad del pronunciamiento, quiere que las presunciones sean *graves, precisas y concordantes*. Pero en definitiva, el valor probatorio de las presunciones es cuestión que queda librada a la apreciación judicial.

Estrictamente sólo las presunciones judiciales merecen ser calificadas como medios de prueba; las llamadas presunciones legales no son sino reglas que invierten el cargo de la prueba (presunciones *juris tantum*) o que imputan a ciertos hechos determinadas consecuencias legales (presunciones *juris et de jure*), sin admitir la prueba de que la realidad es distinta de como la supone la ley.

142. f) *Por testigos*. — De este medio probatorio, tan importante y a la vez, tan inseguro, nos ocuparemos en el nº 146.

143. — La enumeración del art. 1190 no es taxativa; existen también otros medios de prueba no enunciados en esa disposición, tales como la *inspección ocular*, es decir, el examen directo hecho por el juez de ciertos hechos o del lugar en que se desarrollaron; la prueba *pericial*, consistente en el dictamen de peritos o expertos; la prueba de *informes*, fotografías, grabaciones, etc.

144. Prueba de los contratos formales. — En principio, los con-

tratos formales sólo pueden probarse con el instrumento que acredite el cumplimiento de la formalidad legal (art. 1191). Este principio tiene, sin embargo, algunas importantes excepciones:

a) No será necesaria la prueba por la forma legal cuando hubiese imposibilidad de obtenerla (art. citado). Se juzgará que hay imposibilidad en los casos de depósito necesario o cuando la obligación hubiese sido contraída por incidentes imprevistos en que hubiese sido imposible formarla por escrito (art. 1192); o cuando el instrumento originario se hubiere perdido, robado o destruido.

b) Tampoco lo será cuando mediare principio de prueba por escrito (art. 1191). Sobre este concepto véase nº 145.

c) Ni cuando la cuestión versare sobre los vicios de error, dolo, violencia, fraude, simulación o falsedad de los instrumentos en que consisten (art. 1191). Era innecesario decirlo, porque aquí no se trata de la prueba de un contrato sino de hechos que, por su misma naturaleza, casi nunca están documentados.

d) Finalmente, tampoco será necesaria la prueba ordenada por la ley cuando una de las partes haya recibido alguna prestación y se negase a cumplir el contrato (art. 1191), es decir, cuando ha habido principio de ejecución del contrato.

En estos casos se admite cualquier género de prueba (art. 1191).

145 Principio de prueba por escrito. — Se considera principio de prueba por escrito cualquier documento público o privado que emane del adversario, de su causante o de parte interesada en el asunto o que tendría interés si viviera, que haga verosímil el hecho litigioso (art. 1192).

Para que haya principio de prueba por escrito, es por tanto necesario: a) que el documento emane del adversario, su causante, etc.; no es necesario que esté firmado por él; b) que *haga verosímil* el hecho litigioso. Basta con que confluayan estos requisitos para hacer viable cualquier clase de prueba, inclusive testigos.

146 Prueba testimonial. — En las sociedades de cultura popular poco desarrollada, la prueba testimonial ha tenido siempre una importancia de primera línea. La extensión del analfabetismo hacía inaplicable la prueba escrita para los negocios ordinarios de la vida. De ahí el cumplimiento de formalidades rigurosas, como las que exigía el derecho romano, destinadas a impresionar el recuerdo de los testigos.

Hoy, en cambio, se nota una marcada desconfianza por esta prueba. Los testigos suelen recordar mal los hechos, o pueden ser complacientes o falsos. Las personas que quieren vincularse entre sí por un contrato, tienen a su disposición un medio de prueba cómodo y excelente que es el instrumento privado. Allí quedan asentados con claridad y sin posibilidad de confusión, los términos del contrato. Es lógico, pues, que por una razón de seguridad jurídica, la ley exija que los contratos mayores de diez mil pesos deban otorgarse por escrito y no puedan ser probados por testigos (art. 1193). Es ésta una de las expresiones del neoformalismo, tendiente a clarificar y dar seguridad a los derechos de las partes y de terceros. Es de advertir que originariamente el art. 1193 hablaba de contratos mayores de doscientos pesos; que era una cantidad apreciable en 1869, pero insignificante un siglo después. Por eso la ley 17.711 elevó el límite a diez mil pesos que por efecto de la inflación, ha quedado ya desactualizada.

Debemos agregar que el sentido preciso del art. 1193 no es exigir la prueba escrita para los contratos mayores de aquella cantidad, sino proscribir la prueba por testigos; de tal modo que si mediara confesión de las partes, el contrato debe reputarse probado aunque no se hubiera otorgado por escrito.

Pero se admitirá todo género de pruebas, inclusive la de testigos en las hipótesis del art. 1191, es decir, si mediara imposibilidad de presentar el documento escrito o de otorgarlo, si hubiera principio de prueba por escrito o si una de las partes hubiera recibido la prestación y se negase a cumplir la suya. Dejamos de lado el supuesto de los vicios de los actos jurídicos, por las razones que diéramos *ut supra* (nº 144).

147. Instrumento privado que altera el contenido de un instrumento público. — Las cláusulas de un contrato celebrado por instrumento público, pueden ser alteradas por un instrumento privado, pero esa alteración sólo tendrá efecto entre las partes y no podrá oponerse a terceros (art. 1194). Es natural que así sea porque de lo contrario podría sorprenderse la buena fe del tercero que contratase sobre la base del instrumento público que se le exhibe y que ignora la alteración hecha privadamente.

En verdad, esta regla se aplica también a los instrumentos públicos posteriores que modifican uno anterior: no tienen efectos contra terceros a menos que el contenido de la contra escritura esté anotado marginalmente en la primera (art. 996).

148. Prueba contra el instrumento privado o público. — ¿Puede hacerse valer contra un instrumento privado o público, prueba testimonial o de presunciones? En principio, la respuesta debe ser negativa (art. 1017) pues de lo contrario se crearía una intolerable incertidumbre en las relaciones jurídicas. Por ello es que —como regla general—, la simulación debe probarse por contradocumento. Pero si existe una prueba clara, inequívoca, incuestionable, de la simulación, el juez debe reconocerla aunque falte el contradocumento (sobre esta delicada cuestión remitimos a *Tratado de Parte General*, t. II n° 1185 y siguientes).

149. Prueba del pago. — Según la jurisprudencia predominante, el pago puede probarse por cualquier medio (salvo lo dispuesto en el art. 1184, inc. 11; véase n° 131); no rige para él la limitación del art. 1193 desde que no es un contrato. Se admite, empero, que no existiendo recibo, la prueba debe ser apreciada con criterio riguroso.

Tratándose de un pago consistente en una suma de dinero, esta jurisprudencia se presta a reparos, porque como lo hace notar Spota, no es congruente exigir la prueba escrita para el acto constitutivo de la obligación y por otro lado admitir todo género de prueba para acreditar la extinción de las obligaciones emergentes de dicho acto; con ello la regla del art. 1193 queda sin mayor alcance práctico.

Sin embargo, fuerza es reconocer que los tribunales han aplicado con suma prudencia el principio de la libertad probatoria y que sólo han prescindido del recibo cuando la prueba producida era inequívoca; realizando así una justicia sustancial, alejada de preocupaciones estrechamente formalistas. En cuanto al pago consistente en una obligación de hacer, no hacer o dar cantidades de cosas que no sean dinero, no cabe duda que la prueba puede hacerse por cualquier medio; con la salvedad de que si en determinados supuestos particulares se acostumbra el otorgamiento de recibo, la prueba no escrita debe ser apreciada con criterio riguroso.

150. Prueba de los cuasi contratos. — Las limitaciones del artículo 1193 no son aplicables a los llamados cuasicontratos; éstos no constituyen acuerdos de voluntades sino actos unilaterales a los que la ley les imputa determinados efectos. Esos actos o hechos unilaterales pueden probarse por cualquier género de prueba; así lo dispone expresamente el artículo 2296.

CAPÍTULO IV

EFFECTOS DE LOS CONTRATOS

§ 1. — Principios de efecto relativo

151. El principio y sus limitaciones. — Según un viejo principio jurídico, conocido ya en el derecho romano y consagrado en los artículos 503 y 1195, los contratos no obligan sino a las partes y no tienen efectos contra terceros: *res inter alios alios neque nocere neque prodesse potest*. El principio parece obvio, puesto que no se ve por qué razón una declaración de voluntad, emanada de una o varias personas, puede crearle obligaciones a un tercero extraño al acto; ello implicaría hacer pesar sobre éste una dependencia incompatible con la libertad del hombre. Pero en la práctica, y por razones diversas, esta regla sufre numerosas excepciones, a tal punto que no ha faltado quien se pregunte si realmente puede hablarse de la existencia de este principio. Ya volveremos más adelante sobre este punto.

152. Concepto de parte. — Las partes de un contrato son aquellas personas que, ya sea por sí o por intermedio de un representante, se han obligado a cumplir ciertas prestaciones y han adquirido ciertos derechos; se las llama también *otorgantes* del acto. Es preciso no confundirlas con los *signatarios*. En efecto, el signatario puede ser el otorgante (y ello ocurre siempre que éste actúe directamente y en ejercicio de su propio derecho) pero puede ser también un representante suyo, que suscribe el acto sin ser tocado por sus efectos jurídicos.

153. Sucesores universales. — También se consideran como si fueran parte los sucesores universales de los otorgantes, que a la muerte de

éstos, vienen a ocupar su lugar. Los efectos de los contratos se extienden activa y pasivamente a ellos (art. 1195).

Pero esta regla tiene algunas excepciones:

- a) Los derechos y obligaciones no se extienden a los sucesores universales cuando así lo dispone la ley o cuando esa transmisión no sea compatible con la naturaleza de la obligación (art. 1195). Caso típico del último supuesto son los contratos celebrados *intuitae personae* en los que las cualidades del causante han sido decisivas; tal, por ejemplo, la obligación de un pintor de hacer un retrato no pasa a sus herederos.
- b) Tampoco se extienden los efectos de los contratos a los sucesores universales, si así lo hubieran dispuesto las partes (art. 1195).
- c) Finalmente si la aceptación de la herencia goza del beneficio de inventario, la responsabilidad de los herederos por las deudas del causante se limita al monto de los bienes dejados por éste; de tal modo que no responde ilimitadamente como debe hacerlo la parte.

154. — Los sucesores universales ocupan el lugar del causante (otorgante del contrato) desde el mismo momento del fallecimiento. Sin embargo, a los efectos de la actuación judicial tiene importancia decisiva la llamada *posesión hereditaria*. Esta posesión hereditaria la tienen los herederos forzosos *ipso jure*, desde el mismo momento del fallecimiento; en cambio los otros herederos la tienen: si son *legítimos*, por la declaratoria de herederos que les reconoce el carácter de tales; si son designados por *testamento*, por el auto judicial que lo aprueba en cuanto a sus formas. Mientras no ostentan la posesión hereditaria, los herederos no pueden demandar a terceros ni ser demandados por éstos (art. 3414); no obstante esta regla, la jurisprudencia ha admitido que los terceros pueden demandar a los sucesores aún antes de que éstos tengan la posesión hereditaria, porque de lo contrario a éstos les bastaría con dilatar el trámite del sucesorio y el auto de declaratoria o de aprobación del testamento, para burlar los derechos de los acreedores. Estos son problemas cuyo estudio corresponde al derecho sucesorio.

155. Terceros; concepto. — Dentro de un concepto amplio, puede decirse que tercero es toda persona que no es parte en el acto. Esta

definición por exclusión permite comprender los distintos casos que a continuación se tratará: sucesores a título singular, acreedores quirografarios y terceros propiamente dichos o *penitus extranei*.

156. a) *Sucesores a título particular*. — No se trata aquí de la sucesión universal (producida por causa de muerte), sino de la sucesión en un derecho o cosas singulares. Por ejemplo, si A compra a B su casa, lo sucede en el derecho de propiedad a título singular. Ahora bien: los actos celebrados por el transmitente del derecho (en nuestro caso el vendedor respecto de la cosa misma), no obligan al sucesor. Así en el ejemplo propuesto, si A ha firmado dos boletos de venta uno en favor de B y otro en favor de C y luego escritura el primero, B no tiene obligación de vender la cosa a C.

Pero ocurre a veces que la cosa transmitida está íntimamente ligada a un derecho u obligación de un tercero; el sucesor quedará ligado a los efectos de ese contrato (art. 3266). Veamos los principales casos:

a) Así ocurre en las llamadas obligaciones reales o *propter rem*, que son aquellas que pesan sobre el titular de la posesión o el dominio de una cosa, de tal modo que el deudor cambia en cada transmisión de la cosa, por lo cual se les ha llamado también obligaciones ambulatorias. Tal es la de pagar la medianería, o la obligación de pagar los gastos comunes que pesan sobre los dueños de una propiedad horizontal.

b) El comprador de un inmueble debe respetar el contrato de locación convenido por su antecesor con un tercero; a su vez el inquilino estará obligado a pagar los alquileres al nuevo propietario, a pesar de que nunca se obligó con él.

c) Los derechos reales constituidos sobre la cosa por contrato celebrado por el anterior propietario, producen efectos respecto del sucesor en el dominio.

Finalmente, hay otros casos en que la obligación o el derecho no están ligados ni son accesorios de la cosa transmitida y, sin embargo el contrato produce efecto respecto de los sucesores. Así ocurre: a) En la cesión de derechos, que obliga al deudor a pagar una obligación al cesionario a pesar de que no contrató con él; b) En el pago con subrogación, en el cual quien hace el pago pasa a ocupar el lugar del acreedor y puede accionar contra quien no ha contratado con él

(art. 767); c) En el supuesto de legado de una cosa particular, que obliga al legatario a responder frente a terceros por las obligaciones del causante hasta el límite del legado.

157. b) *Acreedores*. — Los acreedores, sean quirografarios o privilegiados, son en principio ajenos a los actos celebrados por su deudor. Pero todos ellos (y muy particularmente los quirografarios) se ven afectados por los actos del deudor que importen un ingreso o un egreso de bienes de su patrimonio: en el primer caso, su garantía se ve aumentada; en el segundo, disminuida. Y como la existencia de una deuda no priva al deudor de la libre administración de sus bienes, el acreedor deberá respetar todos los actos celebrados por él; en otras palabras, esos actos son oponibles a los acreedores.

Este principio admite dos excepciones:

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

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

Finalmente los acreedores tienen a su disposición la acción subrogatoria, que les permite accionar contra quienes nunca se han vinculado jurídicamente con ellos.

158. c) *Los terceros propiamente dichos*. — Finalmente, los llamados *penitus extranei* son aquellos que no tienen con las personas que han celebrado el contrato ninguna relación obligatoria. Con mayor razón que en los supuestos anteriores, ellos permanecen intocados por los efectos del acto. Pero también aquí hay que señalar algunas excepciones:

a) Los contratos constitutivos de derechos reales producen efecto con relación a todos en el sentido de que toda la comunidad debe respetar los derechos adquiridos por el nuevo titular.

b) Los contratos colectivos de trabajo crean derechos y obligaciones a personas ajenas al acto (véase nº 11).

c) A veces, los efectos de un contrato recaen sobre quien no lo celebró en virtud del principio de la apariencia jurídica.

d) Finalmente, el contrato puede crear derechos en favor de terceros (véase nº 163 y s.).

f 2. — Fuerza obligatoria de los contratos entre las partes

159. El art. 1197; antecedentes y crítica. — Según el art. 1197 las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma.

El artículo 1197 tiene su fuente en el artículo 1134 del Código Napoleón según el cual las convenciones legalmente formadas equivalen a la ley entre las partes. Vélez modificó ligeramente la redacción original; no dice que el contrato sea la ley de las partes, sino que las partes deben someterse a sus estipulaciones *como si fuera la ley*. También modificó el artículo 1135 pues al hablarse de las consecuencias virtuales, no alude expresamente a la "equidad, el uso o la ley", como lo hace el modelo. Es particularmente lamentable que haya omitido la referencia a la *equidad*; esta palabra expresa bien la idea de que los contratos deben ser interpretados y cumplidos de buena fe. Con todo, es evidente que Vélez no intentó modificar la idea del texto que le sirvió de fuente, como lo prueba no sólo su cita, sino también la de los comentaristas Toullier, Aubry y Rau y Marcadé, todos los cuales ponen el acento sobre aquella idea. De cualquier modo toda posible duda ha quedado disipada con la nueva redacción dada por la ley 17.711 al art. 1198.

160. Fundamento. — La fuerza obligatoria de los contratos, tan enfáticamente afirmada en el artículo 1197, se funda no sólo en el respeto de la voluntad de los contratantes, sino también en las necesidades del tráfico. Los contratos constituyen el principal medio del que se valen los hombres para tejer entre ellos la urdimbre de sus relaciones jurídicas. Son, por consiguiente, un instrumento esencial para la vida económica y para la promoción de la riqueza; por todo ello es indispensable reconocerles fuerza jurídica. Media en la cuestión un interés de orden público.

161. Límites al principio de la fuerza obligatoria de los contratos. — Hemos dicho que la fuerza obligatoria de los contratos no se

funda sólo en el respeto de la libertad y voluntad individual sino también en las exigencias del tráfico social. El interés social vitaliza los contratos, fecunda las manifestaciones de voluntad; y, al propio tiempo, señala límites a la autonomía de la voluntad. Por consiguiente, los contratos carecerán de fuerza obligatoria:

- a) Si son contrarios a las leyes de carácter imperativo.
- b) Si son contrarios a la moral (art. 953). De esta misma idea moral han surgido las siguientes limitaciones: 1) Carecen de fuerza obligatoria las cláusulas penales excesivas o aquellas que imponen a una de las partes contraprestaciones groseramente contrarias a la equidad (lesión); 2) Pueden modificarse las prestaciones contractuales cuando una alteración imprevisible y extraordinaria ha alterado sustancialmente los presupuestos económicos del contrato (teoría de la imprevisión). Y de una manera general, no podrán hacerse valer cláusulas que importen un abuso. Según lo dice el art. 1071, la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

La influencia del interés público en el régimen de los contratos se advierte cada vez más claramente en el fenómeno moderno del intervencionismo estatal, que a veces se traduce en una reglamentación con fuerza imperativa que deja poco juego a la libertad contractual (contratos normados) y otras en contratos impuestos o forzados. De ello nos hemos ocupado en otro lugar.

161. I. Obligaciones contraídas en estado de necesidad. — Con frecuencia los contratos se celebran bajo la presión de apremiantes necesidades; las enfermedades, las penurias económicas, la necesidad apremiante de salvarse de un quebranto económico, impulsan muchas veces a los hombres a realizar actos gravosos o inconvenientes para su patrimonio. Este llamado *estado de necesidad* no es suficiente, por sí solo, para invalidar un acto jurídico. Pero si la contraparte, en conocimiento de ese estado de necesidad, lo explota inmoralmemente, extrayendo del contrato beneficios excesivos, el derecho interviene en favor de la víctima.

Esta cuestión se vincula estrechamente con la idea de la lesión. Una razón de moral y buena fe hace necesario restablecer el equilibrio

entre las prestaciones recíprocas, cuando es evidente que la desigualdad se funda en la situación de debilidad en que se encontraba una de las partes en el momento de la celebración del acto. Por lo general, la consecuencia será la reducción de las prestaciones excesivas, aunque puede llegarse a la anulación del acto.

La jurisprudencia francesa registra un interesante caso de un capitán de navío que en el momento del naufragio prometió una recompensa exagerada al autor del salvamento; el Tribunal resolvió reducirla a lo que era equitativo.

162. La buena fe en los contratos. — El principio cardinal en materia de contratos, es que ellos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosimilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión (art. 1198, ref. por ley 17.711).

La igualdad y la buena fe influyen en los efectos de los contratos modificando muchas veces las cláusulas contractuales (supuestos de reducción de cláusulas penales excesivas, de lesión y de imprevisión) y aun privándolas de todos sus efectos (lesión). Conviene pues detenerse en el concepto de buena fe.

Siguiendo la terminología de Spota, debe distinguirse entre la buena fe-creencia y la buena fe-lealtad. La primera consiste en un estado de ánimo que confía en la apariencia de un título. Así, por ejemplo, se reputa obligatorio para el mandante, el contrato que su mandatario ha celebrado con un tercero *después* de la cesación del mandato, cuando el tercero *ignoraba* la cesación. Este ha contratado de buena fe, *creyendo* que el mandato subsistía. Basta con esta buena fe, apoyada en una apariencia que la ley estima razonable, para que el contrato tenga validez. Es una solución fundada en las exigencias de la seguridad. Cosa análoga ocurre con el heredero aparente, cuyos actos de administración y enajenación a título oneroso son válidas respecto de los terceros a quienes ha transmitido el derecho.

La buena fe-lealtad es el deber de obrar en las relaciones contractuales con probidad, como lo *haría una persona honorable y correcta* obrando con cuidado y previsión. Esta buena fe obliga: a ser claro en las ofertas y tratativas contractuales, de modo de no inducir en error a la otra parte; a interpretar el contrato honorablemente; a abstenerse de todo acto que dificulte el cumplimiento por la otra parte o

que impique terminar intempestivamente las relaciones contractuales; a no reclamar el cumplimiento de la otra parte si previamente no se han cumplido u ofrecido cumplir las propias obligaciones (éste es el fundamento de la *exceptio non adimpleti contractus*).

§ 3. — Estipulaciones a favor de terceros

163. Conceptos. — Ocurre en algunos contratos que la obligación asumida por una de las partes, no se establece en favor de la otra, sino de un tercero. Así, por ejemplo, la indemnización pactada en caso de seguro de vida no es debida por la compañía al contratante que paga las primas (asegurado) ni a sus herederos, sino a la persona indicada por el asegurado; lo mismo ocurre en la renta vitalicia pactada en favor de un tercero, o en la donación con cargo en favor de una persona que no es el donante.

164. Relaciones que surgen de estos contratos. — En todo contrato que contiene una estipulación en favor de un tercero, surgen las siguientes relaciones:

a) Una relación establecida entre los dos otorgantes del contrato (relación de *cobertura*). Se llama *estipulante* a la parte que ha contratado teniendo en mira favorecer a un tercero (por ejemplo, el asegurado, el donante); se denomina *promitente* u *obligado* a la parte que debe cumplir la prestación en favor del tercero. Esta relación de cobertura está sujeta a los principios generales de los contratos; de tal modo que el estipulante tiene acción de cumplimiento del contrato (sin que obste a ello la circunstancia de que el beneficiario de la prestación prometida por la otra parte sea un tercero) o puede oponer la excepción de incumplimiento o puede pedir, finalmente, la resolución del contrato. Iguaes derechos tiene el promitente para el caso de incumplimiento del estipulante.

b) Una relación establecida entre el estipulante y el beneficiario (relación de *valuta*). Esta relación puede tener distintas causas jurídicas. Ordinariamente se origina en el deseo del estipulante de favorecer al tercero con una liberalidad; pero puede también tener una causa distinta (por ejemplo, el pago del deber de alimentos que

lante a dejar sin efecto el beneficio al tercero; pero, claro está, el promitente es ajeno a dicha relación y no puede fundar su negativa a cumplir su obligación, en la falta de causa de la relación de valuta. Un ejemplo aclara estas ideas. Supongamos que se ha pactado una renta vitalicia en favor de un tercero en razón de que el estipulante (que entregó el capital al promitente para que éste pague la renta) se propone cumplir con la obligación alimentaria que tiene respecto del beneficiario. Luego resulta que el estipulante no tiene tal obligación alimentaria (sea porque no existía el parentesco o porque el alimentado tenía fortuna oculta); el estipulante tiene derecho a hacer cesar el beneficio y exigir que la renta se le pague a él y no al tercero; pero el promitente no tiene derecho a negarse a pagar la renta al beneficiario (mientras el estipulante no se lo exige) so color de que en la relación de valuta la obligación carecía de causa.

c) Una relación directa entre el promitente u obligado y el tercero beneficiario. El tercero tiene acción directa contra el promitente para obtener el cumplimiento de su obligación. De la circunstancia de que la relación entre ellos sea directa surgen importantes consecuencias:

1) la quiebra del estipulante no afecta al beneficiario y los acreedores de aquél no podrían pretender derecho sobre la prestación adecuada por el promitente; 2) en caso de muerte del estipulante, el beneficio es adquirido por el tercero por derecho propio y no a título de herencia o legado, con la consecuencia de que no se paga impuesto a la transmisión gratuita de bienes y de que el beneficiario de la estipulación que al propio tiempo es heredero del estipulante, puede renunciar a la herencia sin perder su derecho al beneficio de esta estipulación.

165. Naturaleza jurídica de la estipulación en favor de terceros. — Muchas explicaciones se han intentado para justificar la obligatoriedad de las estipulaciones hechas en favor de terceros, que parece contrariar el principio de que los contratos sólo tienen efectos entre las partes. Se ha hablado así de que hay una oferta de contrato hecha al tercero beneficiario, pero no es así porque las partes contratan por sí mismas sin entender hacer parte al tercero en el negocio; por lo demás, aun rechazado el beneficio por el tercero, la relación de cobertura sigue en pie, sólo que el promitente no estará obligado a pagar