

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

Director: Académico Jorge Horacio Alterini

Subdirector: Académico José W. Tobías

Aporte a las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil Año 2017

BUERES - COBAS - COMPAGNUCCI DE CASO - COSSARI -
GAGLIARDO - HARIRI - HERNÁNDEZ - LEIVA FERNÁNDEZ -
NICOLAU - ORELLE - PEPE - SÁNCHEZ HERRERO -
SANTARELLI - TOBIÁS - WILDE

septiembre 2017

THOMSON REUTERS
LA LEY

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES



24. *Vida y testimonio de Félix Frías*, por Ambrosio Romero Carranza y Juan Isidro Quezada.
25. *Victorino de la Plaza (1840-1919). Un eje institucional*, por Jorge M. Mayer.
26. *Los posibles antidotos de la crisis*, por Jorge M. Mayer.
27. *La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho*, XII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
28. *La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional*, por Alberto Luis Zuppi.
29. *Condición jurídico-política de la Ciudad de Buenos Aires*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
30. *El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
31. *El derecho de la salud*, XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
32. *Atribuciones de los Superiores Tribunales de Provincia*, por Aída R. Kemelmajer de Carlucci.
33. *¿Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una cuarta instancia?*, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
34. *Protección jurídica del consumidor*, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
35. *La desconstitucionalización del presupuesto nacional. ¿Es conveniente la sustitución del Código Civil?*, XX Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

SERIE III - COMUNICACIONES

Comunicaciones - N° 1.

SERIE IV - INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

1. *Estudios sobre derecho civil.*
2. *Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación.*
3. *La reforma constitucional de 1994 y su incidencia en el derecho civil.*
4. *Estudios sobre derecho ambiental.*
5. *Estudios sobre daño moral.*
6. *Estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1999.*
7. *Nuevos estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1998.*
8. *Estudios sobre las posibles implicancias de la ley de convertibilidad 23.928.*
9. *Estudios sobre la "pesificación" y la emergencia económica.*
10. *Los vicios de la voluntad.*
11. *Los vicios de la voluntad. Parte II.*
12. *Capacidad civil de las personas.*
13. *Estudios sobre derecho sucesorio hereditario.*
14. *Sociedad conyugal.*
15. *Teoría y práctica de los contratos.*
16. *Código Civil y Comercial.*

INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

SECCIÓN DERECHO DE FAMILIA Y BIODERECHO

1. *Estudios de derecho civil.*

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA NAVEGACIÓN

- *Quebrantamiento de la limitación de responsabilidad. El derecho marítimo alemán.*
- *Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones.*
- *La protesta previa en el transporte de mercaderías por vía aérea.*
- *El Tribunal Internacional del Derecho del Mar.*
- *Derecho internacional.*
- *La Corte Penal Internacional y su competencia (genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión).*
- *El derecho internacional privado en la Ley de la Navegación argentina.*

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

- *Cooperación en la Explotación de Petróleo y Gas en el Mar.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

- *Sociedad de garantía recíproca.*
- *Sociedades anónimas deportivas.*
- *Apuntes sobre el Proyecto de Código Civil de la República Argentina (Comisión Decreto 685/95). Su influencia en los contratos.*
- *Evolución del derecho de los grupos de sociedades y algunas reflexiones sobre el alcance de la protección de las inversiones en el marco de los tratados firmados por la Argentina.*
- *La empresa a la búsqueda de un necesario equilibrio.*
- *Cuestiones de derecho empresarial.*
- *Contratos y sociedades en el Proyecto de Código Civil y Comercial.*
- *Contratos comerciales.*
- *Sociedades y asociaciones en el Código Civil y Comercial.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

SECCIÓN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Descentralización productiva.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

SECCIÓN DERECHO DE LA NAVEGACIÓN

- *Las Reglas de Rotterdam.*

Dr. Wolfgang Schöne	Alemania	23 julio 1998
Dr. Giorgio Berti	Italia	10 julio 2003
Dr. Rudolf Dolzer	Alemania	22 abril 2004
Dr. Franck Moderne	Francia	27 mayo 2004
Dr. Carlo Angelici	Italia	22 julio 2004
Dr. Tomás Ramón Fernández	España	12 agosto 2004
Dr. Federico Carpi	Italia	12 mayo 2005
Dr. Gaspar Ariño Ortiz	España	11 agosto 2005
Dr. Marcelo G. Kohen	Suiza	25 agosto 2005
Dra Giovanna Visintini	Italia	25 agosto 2005
Dr. Asdrúbal Aguiar	Venezuela	27 abril 2006
Dr. Angel Rojo Fernández-Río	España	10 agosto 2006
Dr. Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Brasil	26 abril 2007
Dr. Francisco Orrego Vicuña	Chile	11 diciembre 2008
Dr. Daniel Hugo Martins	Uruguay	24 junio 2010
Dr. Måns Jacobsson	Suecia	9 septiembre 2010
Dr. Francesco Berlingieri	Italia	9 septiembre 2010
Dr. Santiago Muñoz Machado	España	9 junio de 2011
Dr. Andrei Gennadievich Lisitsyn-Svetlanov	Rusia	13 octubre 2011
Dr. Francisco Miró Quesada Rada	Perú	10 abril 2014
Dr. Augusto Ferrero Costa	Perú	25 septiembre 2014
Dr. Domingo García Belaunde	Perú	25 septiembre 2014
Dr. Horacio Rosatti	Santa Fe	26 noviembre 2015
Dr. Ricardo Olivera García	Uruguay	26 noviembre 2015
Dr. Marcelo López Mesa	Buenos Aires	14 abril 2016
Dr. Diego Valadés	México	11 agosto 2016
Dr. Miguel Herrero de Miñón	España	8 junio 2017

ACADÉMICOS PRESIDENTES

Dr. Wenceslao Escalante	Presidente provisorio, decano de la Facultad de Derecho. Acta n° 1 del 7/10/1908.
Dr. Manuel Obarrio	1910/1916
Dr. José Nicolás Matienzo	1916/1936
Dr. Ernesto Bosch	1936/1937
Dr. Leopoldo Melo	1937/1951
Dr. Carlos Saavedra Lamas	1951/1958
Dr. Clodomiro Zaválfa	1959/1959
Dr. Atilio Dell'Oro Maini	1959/1967
Dr. Agustín N. Matienzo	1967/1971
Dr. Eduardo B. Busso	1971/1974
Dr. Alberto G. Padilla	1974/1977
Dr. Marco Aurelio Risolía	1977/1980
Dr. Isidoro Ruiz Moreno	1980/1983
Dr. Segundo Linares Quintana	1983/1986
Dr. Marco Aurelio Risolía	1986/1989

Dr. Federico Videla Escalada	1989/1992
Dr. Enrique Ramos Mejía	1992/1995
Dr. José Domingo Ray	1995/1998
Dr. Roberto Martínez Ruiz	1998/2001
Dr. Horacio A. García Belsunce	2001/2004
Dr. Alberto Rodríguez Galán	2004/2007
Dr. Julio César Otaegui	2007/2009
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	2009/2010
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	2010/2011
Dr. Gregorio Badeni	2011/2013
Dr. Gregorio Badeni	2013/2016
Dr. Jorge R. Vanossi	2016/2019

ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo	Dr. Antonio Dellepiane
Dr. Carlos A. Adrogué	Dr. Atilio Dell'Oro Maini
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	Dr. Mariano de Vedia y Mitre
Dr. Jorge A. Aja Espil	Dr. Juan José Díaz Arana
Dr. Juan Álvarez	Dr. Manuel María Diez
Dr. Octavio R. Amadeo	Dr. Luis M. Drago
Dra. Margarita Argúas	Dr. Mariano J. Drago
Dr. Marco R. Avellaneda	Dr. Wenceslao Escalante
Dr. Fernando N. Barrancos y Vedia	Dr. Felipe A. Espil
Dr. Antonio Bermejo	Dr. Rómulo Etcheverry Boneo
Dr. Juan A. Bibiloni	Dr. José Figueroa Alcorta
Dr. Germán J. Bidart Campos	Dr. Horacio P. Fargosi
Dr. Eduardo L. Bidau	Dr. Salvador Fornieles
Dr. Eduardo Bidau	Dr. Vicente C. Gallo
Dr. Carlos María Bidegain	Dr. Guillermo Garbarini Islas
Dr. Rafael Bielsa	Dr. Juan Agustín García
Dr. Bernardino Bilbao	Dr. Juan M. Garro
Dr. Adolfo Bioy	Dr. Juan A. González Calderón
Dr. Guillermo A. Borda	Dr. Dimas González Gowland
Dr. Ernesto Bosch	Dr. Aquiles H. Guaglianone
Dr. Rodolfo Bullrich	Dr. Elías P. S. Guastavino
Dr. Carlos O. Bunge	Dr. Carlos Güiraldes (h)
Dr. Eduardo B. Busso	Dr. Roberto Guyer
Dr. Jorge Bustamante Alsina	Dr. Alberto Hueyo
Dr. Pablo Calatayud	Dr. Carlos Ibarguren
Dr. Francisco Canale	Dr. Eduardo Labougle
Dr. Ramón S. Castillo	Dr. Héctor Lafaille
Dr. Santos Cifuentes	Dr. Héctor P. Lanfranco
Dr. Alfredo Colmo	Dr. Hilario Larguía
Dr. Jorge E. Coll	Dr. Tomás Le Bretón
Dr. Julio César Cueto Rúa	Dr. Ricardo Levene
Dr. Tomás R. Cullen	Dr. Juan Francisco Linares
Dr. Mauricio P. Daract	Dr. Segundo V. Linares Quintana
Dr. Calixto S. de la Torre	Dr. Mario Justo López

Dr. José María López Olaciregui
 Dr. Baldomero Llerena
 Dr. Osvaldo Magnasco
 Dr. Carlos C. Malagarriga
 Dr. Miguel S. Marienhoff
 Dr. Félix Martín y Herrera
 Dr. Roberto Martínez Ruiz
 Dr. Agustín N. Matienzo
 Dr. José N. Matienzo
 Dr. Jorge M. Mayer
 Dr. Carlos L. Melo
 Dr. Leopoldo Melo
 Dr. Manuel A. Montes de Oca
 Dr. Augusto Mario Morello
 Dr. Rodolfo Moreno (h)
 Dr. Carlos M. Muñiz
 Dr. José Luis Murature
 Dr. Rómulo S. Naón
 Dr. Benito A. Nazar Anchorena
 Dr. Luis Esteban Negri Pisano
 Dr. Manuel Obarrio
 Dr. Pedro Olaechea y Alcorta
 Dr. Francisco J. Oliver
 Dr. Julio H. G. Olivera
 Dr. Manuel V. Ordóñez
 Dr. Alfredo Orgaz
 Dr. Adolfo Orma
 Dr. Julio César Otaegui
 Dr. Alberto G. Padilla
 Dr. Lino E. Palacio
 Dr. Jesús H. Paz
 Dr. José M. Paz Anchorena
 Dr. Federico Pinedo
 Dr. Norberto Piñero
 Dr. Ángel S. Pizarro
 Dr. Luis Podestá Costa
 Dr. Ernesto Quesada
 Dr. Juan P. Ramos
 Dr. Enrique Ramos Mejía

Dr. Francisco Ramos Mejía
 Dr. Juan Carlos Rébora
 Dr. Roberto Repetto
 Dr. Manuel Río
 Dr. Marco Aurelio Risolía
 Dr. Horacio C. Rivarola
 Dr. Rodolfo Rivarola
 Dr. Alberto Rodríguez Galán
 Dr. Ambrosio Romero Carranza
 Dr. José M. Rosa
 Dr. José María Ruda
 Dr. Enrique Ruiz Guinazú
 Dr. Isidoro Ruiz Moreno
 Dr. Isidoro Ruiz Moreno (h)
 Dr. Alejandro Ruzo
 Dr. Diego L. Saavedra
 Dr. Carlos Saavedra Lamas
 Dr. Antonio Sagarna
 Dr. Raymundo M. Salvat
 Dr. Matías G. Sánchez Sorondo
 Dr. José Manuel Saravia
 Dr. Juan Silva Riestra
 Dr. Sebastián Soler
 Dr. Juan B. Terán
 Dr. José A. Terry
 Dr. David de Tezanos Pinto
 Dr. Gastón Federico Tobal
 Dr. Félix A. Trigo Represas
 Dr. Ernesto J. Ure
 Dr. Enrique Uriburu
 Dr. Antonio Vázquez Vialard
 Dr. Benjamín Victorica
 Dr. Federico N. Videla Escalada
 Dr. Ernesto Weigel Muñoz
 Dr. Raymundo Wilmart de Glymes
 Dr. Mauricio Yadarola
 Dr. Carlos J. Zavala Rodríguez
 Dr. Clodomiro Zavallía
 Dr. Estanislao S. Zeballos

SUMARIO

DOCTRINA

La tutela preventiva en el Código Civil y Comercial. Método y relaciones con la tutela compensatoria Por ALBERTO J. BUERES	13
La sociedad anónima unipersonal Por MANUEL O. COBAS	57
Obligación de saneamiento Por RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO	65
Conjuntos inmobiliarios propiamente dichos (propiedad horizontal especial): imperiosa necesidad de una reforma integral Por NELSON G. A. COSSARI	95
Personas jurídicas privadas y otras categorías jurídicas Por MARIANO GAGLIARDO	123
Función preventiva y sancionatoria de la responsabilidad Por MARIANO GAGLIARDO	133
Innovaciones en materia de instrumentos públicos y privados Por JUAN CARLOS HARIRI	163
Las donaciones y la partición. La interpretación de las nuevas normas Por LIDIA BEATRIZ HERNÁNDEZ	183
Acciones que habilita el saneamiento por vicios ocultos Por LUIS F. P. LEIVA FERNÁNDEZ	221
La necesaria complementariedad del Código Civil y Comercial y el Derecho procesal (con especial referencia a los derechos de incidencia colectiva) Por NOEMÍ LIDIA NICOLAU	247

Estudio analítico de las innovaciones respecto de instrumentos Por JOSÉ MARÍA ORELLE	261
Los conjuntos inmobiliarios como derecho real de propiedad horizontal especial Por MARCELO A. PEPE.....	325
Efectos de la responsabilidad por saneamiento Por ANDRÉS SÁNCHEZ HERRERO	357
El anatocismo en el régimen del Código Civil y Comercial Por FULVIO G. A. SANTARELLI.....	383
Las simples asociaciones y el incumplimiento de la forma impuesta Por JOSÉ W. TOBÍAS	389
La compensación económica Por ZULEMA WILDE.....	399

LA TUTELA PREVENTIVA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. MÉTODO Y RELACIONES CON LA TUTELA COMPENSATORIA

POR ALBERTO J. BUERES

1. En el ámbito de los códigos decimonónicos, el contrato tenía importancia como medio de transmitir la propiedad (del mismo modo que la sucesión *mortis causa*). Asimismo, la responsabilidad civil constituía una herramienta para proteger la propiedad sobre la base del resarcimiento. Por tanto, todo el sistema estaba centrado en la figura del propietario, imaginado como sujeto portador de un interés merecedor de tutela dimanante de un derecho absoluto e inviolable.

La teoría de la voluntad que cimentó la estructura del negocio jurídico por esos tiempos ha sido un elemento unificador de los tres institutos mencionados (propiedad, contrato y responsabilidad civil). La reconducción del nacimiento de las obligaciones hacia un acto de voluntad generó un punto de equilibrio entre los intereses de los propietarios y los intereses de quienes no poseían ese carácter (una mera igualdad formal). Cuando el cambio de una situación jurídica reconocía como causa un acto de voluntad (legítimamente declarada), el propietario podía considerarse garantizado, pues nada, fuera de la susodicha voluntad, podía despojarlo del derecho (o del poder) para gozar de un bien. A su vez, los que no eran propietarios podían confiar en la eficacia vinculante de la voluntad plasmada en el negocio jurídico y, por lo mismo, contar con la seguridad proporcionada por el ordenamiento en supuesto de incumplimiento. Esto se desenvolvía dentro de una lógica netamente individualista que concebía la idea de intercambio como un hecho aislado⁽¹⁾.

La omnipotencia de la voluntad signó la función de la culpa dentro del campo de la responsabilidad civil: *el pas de responsabilité sans faute* (o *nessuna responsabilità senza colpa*) recogido en los códigos del siglo XIX y que ha sido estandarte del iusnaturalismo racionalista. He ahí la culpa castigo o *pecado* o, en fin, el juicio de vituperabilidad, que se sanciona con una

(1) FRANZONI, M., *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Cedam, Padova, 1988, ps. 12 a 14.

pena. La voluntad era el único vehículo para dar génesis a un resarcimiento, razón por la cual, de modo análogo a lo que acontecía con el contrato, dicha voluntad se hacía imprescindible para generar mutaciones jurídicas. La responsabilidad civil servía para disciplinar conflictos que implicaban propiedades y la culpa era el instrumento para seleccionar intereses mercedores de tutela, que, por lógica implicancia, quedaban circunscriptos a los derechos absolutos y, entre los patrimoniales, al derecho real de propiedad. La autonomía privada y la culpa venían a ser los momentos fisiológico y patológico del acto de voluntad del agente⁽²⁾. Por lo demás, la presunta superioridad de la culpa, sin defecto de punir, portaba una importante función disuasoria —como ocurre según algunas opiniones en el derecho penal, aunque esto último es fuertemente objetado por otras doctrinas—.

Con el avance del curso del pasado siglo XX se produjo una trascendental transformación en las ideas filosóficas mencionadas, pues la doctrina dejó de lado la concepción punitiva de la responsabilidad y puso el acento en el daño y la compensación. Es la superación de la concepción de Ihering, para quien “no es el daño sino la culpa la que obliga a reparar”, por la de Ripert cuando auspiciaba el paso “de la responsabilidad (anexada a la culpa, claro está) a la reparación”. En estos postulados se trasunta, más que una actitud cultural destinada a afinar los conceptos, un cambio radical en el modo de entender la función de la responsabilidad civil⁽³⁾. De tal suerte, la economía agrícola y artesanal es sustituida por otra de tipo industrial. La riqueza inmobiliaria ya no es el elemento axial del sistema y el contrato dejó de ser el único modo de transmitir la propiedad. La autonomía privada, aunque sin duda está en la base del negocio jurídico, hoy día es aprehendida bajo la óptica del bien común (la voluntad es relevante siempre que ponga en marcha fines sociales y económicos valiosos para el derecho). Además, la culpa no es la regla general ni es norma de clausura y coexiste con los factores objetivos de atribución. Por último, el daño resarcible es la clave de bóveda para el jurista y posee atipicidad (o tipicidad en blanco), pues los intereses jurídicos que lo conforman han de ser esculcados en las entrañas del ordenamiento (*todo*), que no proporciona indicaciones rígidas sino tan sólo síntomas que deben ser captados por los jueces para sacar a la luz las fecundas figuras que originan daños injustos, las cuales cambian incesantemente con el correr del tiempo⁽⁴⁾.

(2) ALPA, G. - BESSONE, M., *Atipicità dell'illecito*, Giuffrè, Milano, 1980, t. I, p. 271; FRANZONI, M., *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, cit., ps. 14 y 15.

(3) SALVI, C., *La responsabilità civile. Trattato di diritto privato*, a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Giuffrè, Milano, 1998, p.11.

(4) DI MAJO, A., *Delle obbligazioni in generale*, Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, Libro quarto, Obbligazioni, arts. 1173-1176, Zanichelli - Soc. II Foro Italiano, Bologna - Roma, 1988, ps. 171 y ss., a propósito de las fuentes de las obligaciones.

2. El contrato, la propiedad y la responsabilidad civil experimentaron un proceso de socialización connatural al fenómeno de la gran producción en masa. Esto hizo pensar a algunos autores, en los últimos treinta o cuarenta años, que existe una crisis, declinación o muerte de la responsabilidad civil. En un primer momento, la decadencia fue adjudicada al auge del seguro y de los sistemas de previsión social (socialización de la responsabilidad). Luego, se supuso que ella obedece a otros motivos, tales como la indebida utilización de la responsabilidad para cumplir funciones ajenas a su naturaleza.

A propósito de esto, se dice que se trata de una crisis paradójica por exceso de “*imput*” (vale decir, por sobreabundancia)⁽⁵⁾. El exceso de “*imput*” exterioriza la pernicioso tendencia de un buen número de juristas de globalizar y entremezclar los conceptos, los cuales de tal suerte se difuminan y pierden todo rigor científico. También se atribuye la declinación de la responsabilidad civil a la falta de una adecuada comprensión del proceso evolutivo de sus presupuestos (ilicitud, relación causal y criterio de imputación), a las divergencias sobre la unidad o pluralidad sistemática de fenómeno resarcitorio, a la impugnación que cierta doctrina francesa hace en torno a la responsabilidad contractual y, en fin, a los desacuerdos sobre el fundamento de ésta⁽⁶⁾. Además, cabe añadir que hasta hace no muchos años el problema preciso de la función de la responsabilidad no había sido abordado con profundidad por las leyes y la doctrina, más allá de algunas insinuaciones superficiales⁽⁷⁾.

Cesare Salvi advierte con tino que “punir, prevenir, restaurar, hacer justicia, vengar, diluir el cálculo de los daños, repartir las pérdidas y los riesgos, colocar los recursos de un modo más eficiente, garantizar un óptimo funcionamiento del mercado y enaltecer el valor de la persona humana, son deberes demasiado numerosos y contradictorios, no sólo para el derecho italiano sino para cualquier otro. De tal modo, la idea de reparación permanece sumergida en una esquizofrenia por sobreabundancia de fines y objetivos, que impiden reconducir la responsabilidad hacia un fundamento unitario y tener en cuenta principios operativos unitarios”⁽⁸⁾.

(5) CASTRONOVO, C., *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 164; SALVI, C., “Il paradosso della responsabilità civile”, *Revista Critica di Diritto Privato*, 1983, p. 128; FRANZONI, M., *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, cit., ps. 25 y 26.

(6) PREVOT, J. M., “La prevención del daño en la Codificación del siglo XXI y en el Código Civil argentino”, *Revista de Derecho de Daños*, Santa Fe, 2008-2, ps. 177 y 178.

(7) CARRASCO PERERA, A., “Comentario a la sentencia del STS (Sala 1ª) de 14 de diciembre de 1993 (Propiedad intelectual: derecho moral del autor. Indemnización del daño moral)”, *CCJC*, nro. 33, p. 1111.

(8) SALVI, C., “Il paradosso...”, cit., p. 128; FRANZONI, M., *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, cit., ps. 1 y ss.; BUERES, A. J., “Culpa y riesgo”, en *Creación de riesgo I, Revista de Derecho de Daños*, Santa Fe, 2006-3, ps. 40 y 41. La cuestión se conceptualizó tanto que

No son pocos los autores que han graficado con metáforas este fenómeno, como fue advertido⁽⁹⁾, pues se habló de “la paradoja”, “la comedia” y “la parábola” de la responsabilidad civil⁽¹⁰⁾. Comoquiera que sea, la llamada crisis de la responsabilidad civil ha sido paradójica pues hay en todo el mundo una verdadera “explosión” del instituto, que se expresa en la cantidad de procesos judiciales, el ensanchamiento hacia nuevos espacios, el creciente interés doctrinal manifestado en una ingente cantidad de obras y en las numerosas reformas legislativas (y proyectos de reformas)⁽¹¹⁾. Por otro lado, se habla del éxito de la responsabilidad civil y se dice que nunca una categoría jurídica ha sido tan estudiada y explorada en los últimos años⁽¹²⁾. Y, asimismo, que la responsabilidad civil permanece con vida, goza de óptima salud, y que, junto con el Estado Social a través de los mecanismos provisionales y asegurativos, ha ganado una mayor extensión⁽¹³⁾.

Con acierto, Pantaleón Prieto señala que la responsabilidad civil, nacida para hacer justicia conmutativa entre dañadores y dañantes, tiende a transformarse en un polivalente instrumento de ingeniería social. La presencia de seguros no puede disminuir un ápice la fuerza de lo anterior y la llamada responsabilidad por “asegurabilidad” es una “bobada iuris”⁽¹⁴⁾, como la responsabilidad por la causalidad o una imaginaria responsabilidad por “sorteo” entre dañador y dañado⁽¹⁵⁾. Agrega el autor, que la justicia conmutativa, la simple decencia entre los semejantes, no aparecen en las abscisas ni en las coordenadas de los complicados gráficos —“demasiados tan inútiles”— con los que nos abruman los analistas económicos del derecho. Por eso, a la par que explican tan mal la protección característica de los derechos subjetivos, no pueden dar razón de la disciplina de la responsabilidad civil en la generalidad de los ordenamientos civilizados⁽¹⁶⁾.

hasta llego a hablarse de dos tipos de crisis: una de *crecimiento*, a consecuencia de la multiplicidad de regímenes particulares, y otra de *identidad* en razón del desarrollo del seguro y la seguridad social.

(9) PREVOT, J. M., “La prevención del daño...”, cit., ps. 177 y ss.

(10) SALVI, C., “Il paradosso...”, cit., ps. 123 y ss.; GALGANO, F., “La commedia della responsabilità civile”, *Rivista Critica di Diritto Privato*, 1987, ps. 191 y ss.; BUSNELLI, F. D., *La parabola della responsabilità civile*, *Rivista Critica di Diritto Privato*, 1988, ps. 643 y ss.

(11) SALVI, C., “Il paradosso...”, cit., ps. 4 a 6; GALGANO, F., “La commedia...”, cit., p. 191.

(12) PONZANELLI, G., *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Società Editrice “Il Mulino”, Bologna, 1992, ps. 39 y ss.

(13) PONZANELLI, G., *La responsabilità civile...*, cit., p. 23.

(14) El seguro no es criterio de imputación de la responsabilidad. Ver, en este sentido, la referencia que PANTALEÓN PRIETO realiza en torno a una sentencia de la Audiencia (“Cómo repensar la responsabilidad civil extrcontractual (también de las administraciones públicas)”, en MARTÍNEZ MORENO, Juan A. (coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, 2000, p. 449).

(15) PANTALEÓN PRIETO, F., “Cómo repensar...”, cit., ps. 448 y ss.

(16) PANTALEÓN PRIETO, F., “Cómo repensar...”, cit., p. 447.

El seguro contra la responsabilidad civil de ninguna manera afecta a ésta. Si se ocasionan daños a terceros (v.gr., en accidentes de la circulación), el damnificado no puede dirigir su acción judicial contra la empresa de seguros del dañador (*omisso medio*) para efectuar el reclamo, pues de conformidad con lo dispuesto por el art. 118 de la ley 17.418 (de Seguros), el susodicho damnificado debe demandar al asegurado y, recién, en tal caso, podrá convocar al proceso al asegurador como litisconsorte pasivo (*citación en garantía*). La doctrina discurre sobre si la citación en garantía del asegurador es una acción indirecta o una acción directa “no autónoma”; pero lo cierto es que en el proceso deben invocarse y demostrarse los presupuestos de la responsabilidad civil. Por otra parte, si la víctima reclama los daños incluidos en los riesgos cubiertos por el seguro y la empresa hace un pago directo, luego podrá actuar por subrogación contra el agente del daño (art. 80, ley 17.418).

Muchos autores argentinos agotan al lector con una frase de Ivonne Lambert-Faivre, acerca de que la responsabilidad civil ya no es una *deuda de responsabilidad* sino un *crédito a la indemnización*. Dicha frase, utilizada con tono solemne y magistral, en la mayor parte de los casos es infértil por falta de comprensión adecuada del sentido que a las referidas expresiones adjudica la autora francesa. En rigor, el dañador debe pagar una indemnización, cuando procede, sin distinción de que su responsabilidad sea subjetiva u objetiva. Por ende, la objetivación del deber de reparar no da génesis a un *crédito* a la indemnización, sino que el responsable tiene la obligación (*deuda*) de afrontar los daños. En realidad, el sentido de las afirmaciones de Lambert-Faivre (al margen de que algunas expresiones suyas puedan suscitar cierta equivocidad), más que apuntar a la responsabilidad objetiva que circula junto con la subjetiva, hace hincapié en los sistemas de seguridad social —o seguridad colectiva—, como el instaurado en Francia para las víctimas del terrorismo por la ley de 9 de setiembre de 1986, en cuya esfera la figura del responsable queda apartada por completo⁽¹⁷⁾.

En definitiva, no hay tal crisis de la responsabilidad civil si se la mantiene en su lugar y no se la mezcla con otras instituciones, que hasta pueden estar vinculadas con ella pero no se superponen; instituciones que en ocasiones son útiles (en su radio de incumbencias) y que en otras son desechables. En todo caso, la responsabilidad civil, con sustantividad propia, sólo es una fase del derecho de daños⁽¹⁸⁾.

(17) LAMBERT-FAIVRE, I., “La evolution de la responsabilité civile. D’un dette de responsabilité á une créance d’indemnisation”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 86 année, 1, janvier-mars, Paris, ps. 1 y ss.

(18) BUERES, A. J., “Culpa y riesgo”, cit., p. 41.

3. Por otro lado, los juristas frente a los procesos evolutivos no supieron comprender que ellos no alteraban la función de la responsabilidad civil y comenzaron a ensayar distintas argumentaciones sofisticadas (o erróneas).

No me parece que el paso de un criterio de tipicidad a otro de atipicidad —con la consiguiente aplicación de la cláusula de injusticia—, ni el reemplazo de la superada concepción patrimonialista del daño por otra que, sin resignar esta idea, ha revalorizado de manera notable la dimensión espiritual y humanista de los dañados, ni la irrupción de los criterios de imputación objetivos situados en igual rango *cualitativo* que la culpa, fueran idóneos para cambiar el rumbo.

Tampoco puede alterar esta conclusión la falsa dicotomía entre el acto ilícito culposo y el mal llamado *acto lícito dañoso* que se apone al dañador o al responsable civil en función del riesgo creado. Estimo que no es exacto afirmar que si el ilícito es unitario, sea que se impute a la culpa del agente o al riesgo creado, la responsabilidad pueda reconducirse al simple plano de la causalidad⁽¹⁹⁾. El acto ilícito es único, no cambia por qué se ponga a la cuenta del responsable a título de culpa o riesgo; en ambos casos existe *ilicitud objetiva*, pues ésta reclama un acto positivo o negativo que cause un daño no justificado. Esta descaminada postura, conceptúa que la bipolaridad determina que en los casos de conductas culposas, la responsabilidad cumple una función *preventiva* y *represiva*, mientras que cuando hay riesgo se produce una *compensación*. Nada más inexacto. En la actualidad, la culpa no es un castigo, una pena o un pecado, sino que es una razón de justicia más, como otras, para atribuir el daño al autor o a quien es responsable civil (criterios de imputación)⁽²⁰⁾. En sentido similar se pronuncia Cesare Salvi⁽²¹⁾, quien se inclina por la concepción unitaria del ilícito y resalta que lo trascendente es que la culpa opera como presupuesto de la imputación —en la responsabilidad subjetiva—, en tanto que el contenido y la existencia misma de la obligación resarcitoria dependen de la presencia de un fenómeno: el daño “patrimonial” e injusto. El autor agrega que sería posible pensar en un concepto de sanción que no tenga como requisito esencial la proporcionalidad del mal ocasionado con la

(19) TRIMARCHI, P., *Causalità e danno*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 53.

(20) MEDINA ALCOZ, M., *La función de la responsabilidad civil extracontractual*, trabajo original, que obtuvo el Premio José Castán Tobeñas, otorgado por la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación en 2002, cuya versión resumida se encuentra publicada en el “Anuario” de dicha Academia, 2002-2004, p. 16 (quiero expresar mi gratitud a la distinguida autora, por haberme facilitado gentilmente un ejemplar completo que, con esta dimensión, aún no fue editado). Ver también: BUERES, A. J., *El acto ilícito*, Hammurabi, Buenos Aires, 1986, ps. 71 y ss.; FRANZONI, M., *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, cit., ps. 26 y ss.; PONZANELLI, G., *La responsabilità civile...*, cit., ps. 80 a 87 —quien analiza el asunto en el sistema norteamericano y en el derecho continental—.

(21) SALVI, C., “Il paradosso...”, cit., ps. 130 y 131.

gravedad de la violación. Pero, en tal caso, la cuestión sería terminológica (o un poco más), puesto que ese concepto residual de sanción difícilmente pueda encargarse de la ambiciosa tarea de desmigajar la razón de ser del instituto (la función)⁽²²⁾.

El sistema es compensatorio y esto no se ve empalmeado debido a que en los Códigos, fundamentalmente del siglo XIX, queden resabios insignificantes de antiguas ideas represivas. Por ejemplo, en el derecho argentino anterior a 2014, el art. 520 amplía la indemnización del daño contractual e incluye las consecuencias mediatas si promedia dolo; el art. 1099 impide a los herederos promover la acción para solicitar el daño moral sufrido por el causante antes de morir, si éste no la inició en vida —solución que en la actualidad no tiene razón de ser y constituye un vestigio de la *vindicta spirantes*—⁽²³⁾ (comp. la solución matizada pero insuficiente del art. 1741, Cód. Civ. y Com. 2014).

Una minoría de la doctrina quiere obtener provecho fincando su atención en estas ínsulas inservibles (residuos o desechos) para defender la función *punitiva* de la responsabilidad civil, sin observar el universo de principios de signo contrario.

Tocante a esto, puede suscitar alguna perplejidad la presencia de la cláusula penal y de ciertas penas civiles de origen legal (p. ej., los intereses punitivos)⁽²⁴⁾. María Medina Alcoz dice que estas figuras no pueden conmover las ideas que rechazan la admisión de los daños punitivos. Los intereses punitivos del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguros —de España— configuran una pena privada reservada al ámbito contractual y, por lo mismo, quedan fuera del estricto derecho de la responsabilidad civil. Por lo demás, dichas penas privadas están ligadas al momento en que la obligación fue incumplida y no al tiempo de su constitución. En consecuencia, mientras el derecho español vigente permanezca ajeno a la imposición de penas privadas unidas a la generación de la obligación, cabe afirmar que la responsabilidad civil no está al servicio preventivo de la represión, ni tampoco que existan penas privadas ligadas al incumplimiento de la obligación resarcitoria por parte del causante responsable⁽²⁵⁾.

(22) SALVI, C., “Il paradosso...”, cit., ps. 131 y 132 —advierto que el autor habla de daño “patrimonial” e injusto y, por ende, no alude al daño moral (o más extensamente al daño no patrimonial)—.

(23) BUERES, A. J., *Código Civil y leyes complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, dirigido por A. J. Bueres y coordinado por Elena I. Highton, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, t. 3-A, comentario al art. 1079, ps. 189 y ss.

(24) MEDINA ALCOZ, M., *La función de la responsabilidad...*, cit., ps. 49 y 50 —quien menciona como una especie de cláusula penal legal, los intereses punitivos que establece el art. 20 de la Ley de Contrato de Seguros—.

(25) MEDINA ALCOZ, M., *La función de la responsabilidad...*, cit., ps. 49 y 50.

Por lo que concierne a la cláusula penal, se sostuvo que ella posee una doble finalidad: compulsiva e indemnizatoria. Una parte de la doctrina resaltó la función compulsoria por encima de la compensatoria, posición esta que se remonta a la tradición romana⁽²⁶⁾. Sin embargo, otra fuerte corriente de pensamiento, en Francia y en otros países, niega la pretendida función compulsoria de la cláusula penal y, por lo mismo, jerarquiza la función indemnizatoria (las convenciones son obligatorias por sí mismas y su ejecución está asegurada por la ley)⁽²⁷⁾. Por lo demás, éste es el sentido que dimana, al menos, de la dicción textual del art. 1229, 1ª parte, del Código Civil francés, que dice: “La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l’inexécution de l’obligation principale” (comp. arts. 790 y ss., Cód. Civ. y Com. 2014, en dirección opuesta —cuando menos en el análisis primario y literal—).

4. Por otra parte, si la indemnización fuese una sanción represiva el *quantum* de ella debería fijarse en vista de la gravedad de la culpa —como sucede en el caso de la imposición de penas en el derecho criminal—, cosa que no sucede en la responsabilidad civil, pues se tiene en cuenta la gravedad objetiva del daño. Asimismo, en el derecho continental el rechazo de los daños punitivos es generalizado⁽²⁸⁾. La desorientación que trajo aparejada el exceso de *input* hizo pensar en la existencia de una nueva función (*absurda*, digo yo) de la responsabilidad: la de indicar al legislador la necesidad de intervenir con medidas apropiadas. Por tanto, del mismo modo que el instituto es adaptable con facilidad a situaciones múltiples por la presencia de la cláusula general, también es idóneo para señalar al legislador la necesidad de intervenir cuando resulte necesario, a efectos de disciplinar un complejo y homogéneo grupo de conflictos que no hallan respuestas adecuadas en las normas vigentes. De ahí que la responsabilidad tendría una *función provisoria*. El proceso de “*giuridificazione*” impregna la dinámica de las relaciones privadas y antes que colocarse como un

(26) SAVIGNY, M. (F. C.), *Le droit des obligations*, Ernest Thorin, trad. C. Gérardin - Paul Jozon, Paris, 1873, t. II, ps. 439 y ss.; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1959, t. I, vol. II, p. 472.

(27) PLANIOL, M., *Traité élémentaire de droit civil*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1928, t. II, nro. 254; LAURENT, F., *Principes de droit civil français*, Bruylant, Bruxelles, 1893, t. 17, nro. 424; BUSTAMANTE ALSINA, J., *Teoría general de la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, nros. 386 y 387, ps. 187 y 188. También se insinuó que la función compulsoria únicamente puede aparecer cuando la cláusula penal es notoriamente superior al valor de la prestación principal. Pero aun en tal supuesto, la función compulsoria queda relegada al exceso mencionado, razón por la cual dicha función (compulsoria) no es esencial ni necesaria. La compulsión no surge de la cláusula penal por sí misma —que carece de tal virtualidad—, sino que deriva de la excésiva cuantía; vale decir de un *quid* extrínseco a la cláusula penal (BUSSO, E. B., *Código Civil anotado*, Ediar, Buenos Aires, 1958, t. IV, nro. 70, p. 461).

(28) FRANZONI, M., *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, cit., ps. 27 y 28.

sistema ideal para la sociedad “mixta”, la responsabilidad parece constituir un sistema en el cual, en primer lugar se encuentran, luego se desencuentran y más adelante convergen, intereses antiguos e intereses nuevos, no obstante que todos esperan una tipificación legislativa. Esta nueva función de la responsabilidad civil (*imaginaria*) ha sido concebida para describir el rol que puede asumir el instituto y que ya ha tenido alguna aplicación en el pasado, aunque resulta prematuro afirmar que éste ha de ser el futuro de la responsabilidad civil⁽²⁹⁾.

5. El abandono del concepto de función punitiva de la responsabilidad civil, se ha replanteado al analizar la reparación del daño moral, pues se ha dicho que éste configura una sanción civil (*punitiva*) —que se ubica en el sistema de tipicidad—. Se trata de una regla especial que todavía no ha podido guiar al intérprete para que éste pueda construir una regla general. Antes bien, dado que es una excepción confirma el principio de que la responsabilidad civil tiende a resarcir y no a punir comportamientos⁽³⁰⁾.

En el derecho argentino, el daño moral fue admitido con amplitud en la responsabilidad contractual y extracontractual (arts. 522 y 1078, Cód. Civil, respectivamente —textos introducidos por la ley 17.711 de 1968—). Antes de 1968 existían controversias doctrinales y jurisprudenciales sobre el ámbito de admisibilidad del daño moral. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en un fallo plenario dictado el 15 de marzo de 1943 (“Iribarren v. Sáenz Briones”), decidió que la indemnización de dicho perjuicio sólo está autorizada cuando el acto ilícito civil (delito o cuasidelito) constituye un delito del derecho criminal (de donde, bajo esta óptica restrictiva, no resultaba admisible la reparación del daño moral contractual).

(29) FRANZONI, M., *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, cit., ps. 28 a 38. En el texto se habla de la sociedad “mixta” y con esto se alude a una sociedad que no es ideológicamente afín a las exigencias del Estado excesivamente regulador ni tampoco a los deseos del mercado libre —CALABRESI, P., “The Law of a mixed society”, 56 *Texas Law Review*, 1978, p. 519—.

(30) FRANZONI, M., *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, cit., ps. 45 a 51. El autor distingue entre la pena privada y la sanción civil y refiere que ambas tienen elementos comunes, pues se prescinde de la intervención directa e inmediata del Estado y la aplicación de ellas tiene lugar entre particulares. Pero la pena privada reconoce como fuente un contrato o un “*status*” (el correctivo disciplinario impartido por los padres a los hijos). En cambio, la sanción civil tiende a satisfacer un interés privado aunque realiza a la vez un interés público (esto la distingue de la pena privada y, por supuesto, de la pena del derecho criminal). La sanción civil es una medida “*afittiva*” que, aun siendo establecida por la ley e impuesta por el órgano judicial, procede por iniciativa del sujeto interesado en recibir “la ventaja”. En consecuencia, la sanción civil toma distancia de la pena criminal en la medida en que ésta no reporta un beneficio al particular quien, en ciertas ocasiones, ni siquiera debe solicitarla. Y, además, se distingue de las penas civiles, puesto que la sanción tiene fuente legal e implica la realización de un doble interés (el público y el privado) —FRANZONI, M., *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, cit., ps. 46 a 48—.

Desde hace años, ha quedado soterrada la tesis que avizora el daño moral como sanción ejemplar (o represiva). Probablemente, el último autor importante que defendió esta teoría con obsesiva devoción ha sido Llambías, quien, aún tras la reforma de 1968 (*inexplicablemente*) sostuvo que el daño moral únicamente procede cuando promedia dolo del agente (otros partidarios del carácter represivo se han conformado con que exista culpa —o dolo, se entiende—). Llambías afirmaba que era inmoral lucrar con el dolor y que la concesión del importe reparatorio a la víctima importaba un resabio de la antigua composición⁽³¹⁾.

Creo que esta posición importa una actitud voluntarista al pretender que solamente se reparen los daños provenientes de falta (inclusive, dolosa) y, además, que es arcaica al desdeñar el dato de que el montante del resarcimiento lo percibe el dañado y pretender que ello constituye un residuo (o vestigio) de la ley de *wergeld*⁽³²⁾. Asimismo, está connotada de un crudo materialismo, al pasar por alto que el derecho, desde las últimas décadas del siglo XX, protege por igual los intereses patrimoniales y los extrapatrimoniales. Hoy día la *communis opinio* apoya la naturaleza puramente resarcitoria del daño moral y expresa que se trata de una compensación satisfactoria (fijada con base en parámetros cuasi analógicos) —a veces se emplea la expresión “satisfactiva”, acaso un neologismo—⁽³³⁾.

6. En el derecho estadounidense cualquier *casebook* o tratado sobre el sistema de *torts*, pone de relieve que las funciones de la responsabilidad civil son tres: *compensation*, *deterrence* y *punishment* —las dos primeras son las más trascendentes, pero cuando un sujeto despliega una conducta particularmente grave funciona la *punición*, la cual amén de castigar cumple una *función disuasoria*—. En el derecho continental la cuestión se localiza en las funciones de compensación y prevención (con diversidades), pero sin duda destaca la sustantividad de la primera, habida cuenta de que la responsabilidad civil tiene sus únicas y genuinas raíces justificativas en los principios aristotélicos de justicia conmutativa⁽³⁴⁾.

(31) LLAMBIÁS, J. J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, Perrot, Buenos Aires, 1973, t. I, nros. 262 y 263, ps. 338 y 339, quien sin razón —y siguiendo a alguna doctrina francesa— hablaba de *agravio moral* para calificar este perjuicio y concluía que el agravio era una especie del género daño.

(32) De todos modos Llambías pensaba que ese pago a la víctima, connotado de anacronismo, está llamado a desaparecer a poco que se afirme una conciencia social más afinada, en cuyo momento el importe será destinado a un fondo público —con lo cual, en los hechos se diluiría la reparación daño moral—.

(33) Luego de la reforma de 1968, algunos fallos judiciales han proclamado que el daño moral era una pena; pero ha seguido y de manera por demás contradictoria (y errada), impusieron el pago de las indemnizaciones, sin distinguir de que el agente del acto dañoso hubiese obrado con dolo o culpa o, en fin, que a él se atribuyera el perjuicio por medio de un criterio de imputación objetivo.

(34) PONZANELLI, G., *La responsabilità civile...*, cit., p. 201.

Ponzanelli, analiza los problemas de la *undercompensation* y de la *overcompensation*. La primera genera una reducción del resarcimiento (p. ej. no se pagan los daños no patrimoniales que se evaden de toda posibilidad de cuantificación objetiva de tipo patrimonial); la segunda es más objetable que la primera, pues se concede al dañado una suma de dinero más alta que la correspondiente al daño sufrido.

El sistema procesal de jurados tiende a redimensionar las indemnizaciones y es muchas veces la causa del colapso de la industria de seguros, pues carece de toda pauta objetiva para establecer la cuantía de los daños. Es más; cuando se ha considerado que en el caso de los daños punitivos éstos podían contradecir principios constitucionales (p. ej., el *due process clause*), la Corte Suprema rechazó esa posibilidad, pues una solución en contrario podría descalificar la posición del jurado.

La *overcompensation* se ha puesto de manifiesto en las últimas décadas en los daños causados por productos farmacéuticos y en los que se originan en la *medical malpractice*. Esto último condujo a los profesionales a adoptar criterios de medicina defensiva o hacer abandono de las especialidades que *a priori* se suponen más riesgosas⁽³⁵⁾.

7. Cierta sector de la opinión afirma que la responsabilidad civil es muy costosa en comparación con la seguridad social⁽³⁶⁾. En primer lugar, este aserto no está demostrado, pues una de las críticas que merece la seguridad social es que, para recibir indemnizaciones justas (al menos a veces), es menester recurrir de manera complementaria a la responsabilidad civil. En cualquier caso, *responsabilidad civil y seguridad social son dos institutos absolutamente diferentes*.

Por lo que respecta a la función preventiva, no todos los autores son contestes en torno a sus alcances. Hay aspectos claros en su formulación, *sin defecto del valor que posean*, y otros que son un tanto difusos.

Comúnmente, se habla de una prevención *ex ante* y de otra *ex post facto*. En el primer sentido, la prevención tiende a evitar que se produzcan daños, mientras que en el segundo tal prevención supone que hay una condena a pagar y que ésta ha de producir un efecto disuasorio o, por lo menos, que ha de ser un incentivo importante a efectos de que el daño no se vuelva a producir, para lo cual se han de adoptar las precauciones correspondientes (el *alterum non laedere* actúa en la etapa anterior y posterior a la ocurrencia de los perjuicios)⁽³⁷⁾.

(35) PONZANELLI, G., *La responsabilità civile...*, cit., ps. 25 a 36.

(36) LÓPEZ HERRERA, E., “La función preventiva de la responsabilidad civil y su relación con otras funciones”, *Revista de Derecho de Daños*, 2008-2, ps. 193 a 195.

(37) LÓPEZ HERRERA, E., “La función preventiva...”, cit., p. 201.

Acerca de la función disuasoria *ex post facto* se cree que una sentencia que impone la obligación de indemnizar actúa sobre la sociedad para desincentivar de causar daños a sus integrantes y también percute sobre el sujeto que está obligado a soportar la condena. Por tanto, se alude a una prevención general —como en el derecho penal—⁽³⁸⁾.

Los defensores de la prevención refieren que hay que tender al pago de indemnizaciones íntegras (o plenas) en su más genuina y precisa acepción, de forma tal, que al dañado le resulte indiferente no sufrir los daños o sufrirlos y obtener una completa reparación. Pienso que si esto se propone a pies juntillas no resulta exacto, dado que nadie quiere ser dañado (los que sufren daños corporales o lesiones a bienes personalísimos nunca se conforman con el dinero, ni tampoco son deseables las molestias e inconvenientes que acarrea una reclamación de daños patrimoniales —además de la privación de los bienes económicos—).

También se expone que no hay problemas en que el derecho civil pueda contener principios preventivos, sin perjuicio de que existan principios de la misma naturaleza en los derechos penal y administrativo. Ni el primero excluye a los segundos, ni éstos desplazan a aquél. Tampoco se pretende (sostienen algunos) que la función preventiva sea la única que posee la responsabilidad civil, pues tal función puede coexistir con otra (la compensatoria) u otras (la compensatoria, la punitiva, la demarcatoria, etc.). Es más, a veces se sostiene que alguna de esas funciones se correlaciona (o se penetra) con (o en) otra u otras.

Sobre el particular se ha dicho que “la función preventiva, además de la compensatoria, precisa y enriquece el concepto de compensación, lo integra pero no lo sustituye”. Y se agrega que prevenir y sancionar son conceptos distintos: las medidas sancionatorias siempre tienen efecto preventivo, general y especial, pero por contraste las medidas preventivas no siempre son adoptadas para sancionar⁽³⁹⁾.

Desde otra contemplación, la prevención, enfocada desde el punto de vista económico, choca con el obstáculo de que la responsabilidad civil constituye un sistema muy costoso para llegar a la indemnización de la víctima. El anhelado ideal de la reparación íntegra (o plena) casi nunca es alcanzado, dado que siempre se produce una *externalidad* que permanece *impune*.

(38) BUERES, A. J., “El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique y a la vida de relación”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 1992, nro. 1, p. 39.

(39) SALVADOR CODERCH, P. - CASTIÑEIRA PALOU, M. T., *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela al honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997, ps. 113 a 115.

Por ende, el ser humano, que es por naturaleza egoísta, intentará adoptar las medidas de precaución necesarias para evitar los daños (y no tener que pagar indemnizaciones). De tal manera, la solución resultará menos costosa y permitirá el ahorro de dinero. Por ello, tiene gran importancia que las indemnizaciones sean lo más aproximadas en integridad al daño causado⁽⁴⁰⁾. En esta inteligencia, las condenas civiles por daños actúan de manera análoga a las condenas penales (prevención general para la sociedad y prevención específica para el responsable civil).

8. Todo esto se encuentra íntimamente relacionado con el análisis económico del derecho. Esta teoría, como es notorio, comienza a tener auge en el derecho angloamericano a comienzos de 1960, fundamentalmente, con los aportes de diferentes contenidos de Posner y Calabresi. Dicha teoría propuso, a grandes trazos, que la responsabilidad no tenía por objetivo esencial la reparación sino el evitar la producción de los daños antieconómicos debido a que la sociedad no tiene entre sus fines el de tutelar a cualquier costo la vida de los ciudadanos. El perjuicio derivado de un acto ilícito, que es un costo “externo”, sólo podría ser materia de resarcimiento si existe una violación al principio de “justicia eficiente”, a cuyo efecto el dañado debe probar que el dañador tuvo a su alcance la posibilidad de desplegar una acción preventiva (costo interno) más económico que el costo externo del accidente —análisis de la relación costo-beneficio que descansa sobre la figura del *cheapest cost avoider*—.

Por tanto, la responsabilidad no vendría a asumir la mencionada función de reparar al dañado sino la función economicista de garantizar la colocación de los recursos de una manera más eficiente, imponiendo sobre las espaldas de la víctima cargas de prevención de los hechos dañosos en la medida en que éstos tengan un costo marginal inferior a las conductas de prevención que puede poner en acción el dañado. De suerte tal que, por este conducto, la responsabilidad, que tiende a reducir el costo de los accidentes y de las medidas necesarias para evitarlos gravaría sobre el sujeto que pudo impedir el daño a un costo menor —y esto serviría de incentivo para adoptar medidas de precaución que no fuesen antieconómicas—⁽⁴¹⁾. Asimismo, se ha elaborado un concepto particular de culpa, que se aparta de la relación interindividual que existe entre el dañador y el dañado (como sucede en el mundo del derecho continental) y que ha asumido un carácter colectivista. En resumidas cuentas, el daño debe recaer sobre una *best decision maker*, vale decir, sobre quien esté en mejor grado de efectuar *ex ante* un *cost-benefit analysis*, en relación con las utilidades derivadas del

(40) LÓPEZ HERRERA, E., “La función preventiva...”, cit., p. 205.

(41) FAVA, P. (dir.), *La responsabilità civile. Trattato teorico-pratico*, Guiffre, Milano, 2009, ps. 205 y ss.

En definitiva, la relación entre dañador y dañado es asunto de justicia conmutativa e importa, simplemente, como dice Pantaleón Prieto, *dar al rico su riqueza y al pobre su pobreza*⁽⁴²⁾. La idea de que sólo es socialmente útil lo que mejora la asignación de recursos (o los redistribuye) de una manera más solidaria con los desfavorecidos por la fortuna es errónea. En verdad, indemnizar no borra el daño del mundo sino que lo cambia de bolsillo y por tal motivo hay que tener una buena razón para no dejar el daño donde se produjo. Esa razón será la culpa o un criterio de imputación suficiente. En caso contrario, el inocente obligado a indemnizar ("indemnizador") se preguntará de inmediato con razón: ¿y ahora quién me indemnizará a mí?⁽⁴³⁾.

La distribución de la renta es extraña a la responsabilidad civil, pues aquélla requiere medidas legales diversas y múltiples. Pese a ello, muchas veces se dice que la responsabilidad civil tiene una función de distribuir la renta, la riqueza, los recursos de manera eficiente o de hacer circular dicha riqueza⁽⁴⁴⁾.

Esta extravagante teoría puede partir de unos datos para el análisis cuya síntesis efectúo en lo que sigue. a) La carga de soportar los daños recae sobre los ricos, que están en mejores condiciones de pagarlos (una suerte de justicia a lo Robin Hood). De esta manera se hará menos ricos a los ricos y menos pobres a los pobres (asunto de justicia distributiva). b) Los daños deben ser afrontados por las personas que introducen riesgos en el medio social (*teoría del riesgo*). Y c) Es menester diluir el peso económico de los daños intersubjetivamente (e intemporalmente) y distribuirlos para que sean afrontados por la comunidad toda (*seguridad social*)⁽⁴⁵⁾.

Las opciones de la propuesta me merecen estas reflexiones críticas: a) Sostener que el daño debe cargarse a los ricos (con lo cual la riqueza vendría a constituirse en un factor de atribución) es francamente ridículo. El daño se coloca a la cuenta del dañador sin tener en mira la posición económica de las partes (ya examinaré algunas situaciones residuales que, no obstante, no empalidecen en absoluto la directiva mencionada). b) La segunda opción no genera problemas, pues se trata de introducir el riesgo como criterio de imputación de naturaleza objetiva. Y c) la seguridad social (o colectiva) ansiada por los proponentes de ella, es un instituto que no posee ninguna relación con la responsabilidad civil.

(42) PANTALEÓN PRIETO, F., "Cómo repensar...", cit., p. 451. La utilización de esta metáfora es muy atinada, pues, como señalé, éste es un caso de justicia conmutativa. Aunque, tal vez en la canción de Serrat, la vuelta del rico a su riqueza y del pobre a su pobreza, tras la fiesta, apunta a una realidad determinada por la justicia (o injusticia) distributiva.

(43) PANTALEÓN PRIETO, F., "Cómo repensar...", cit., ps. 446 a 448.

(44) FRANZONI, M., *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, cit., ps. 5 y ss.

(45) DE TREZAGNIES, F., *La responsabilidad extracontractual*, cit., ps. 52 y ss, y 65 y ss.

Sin perjuicio de ello (y sin llegar a los extremos enunciados en el punto a), se ha observado con agudeza que el Código Civil de la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas de 1922 incorporó el art. 406, según el cual si una persona que ocasionó un daño no es responsable de él por culpa o por una razón objetiva (arts. 403 a 405), el Tribunal, pese a la inocencia del agente, podrá obligarlo a resarcir el perjuicio a cuyo efecto tendrá en cuenta la situación económica del dañador y del dañado. En tal caso, la riqueza constituye un factor de atribución objetivo de responsabilidad⁽⁴⁶⁾.

Desde otra perspectiva, el Código de Perú de 1936 (derogado) establecía en el art. 1138 que la obligación de resarcir el daño cesa si el deudor queda privado de los recursos necesarios para su subsistencia y para cumplir con su obligación alimentaria. En este caso, no se trata de hacer responder al rico por serlo (al menos si el beneficiario es pobre o menos rico), sino que se persigue liberar al pobre (o al muy pobre). Esta norma de excepción quedó sin efecto al derogarse el Código de 1936 y no ser reproducida en el Código de 1984⁽⁴⁷⁾.

Hay legislaciones que disciplinan la responsabilidad por los daños que causan los incapaces de discernimiento. En tal sentido, el art. 907, párr. 2º, del Código Civil argentino de 1869, consagró la reparación del daño involuntario con fundamento en la equidad. El juez establece, si cabe, el *quantum* de la indemnización teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del obligado y la situación personal de la víctima (la norma, desde su introducción en 1969 hasta ahora, tuvo muy poca aplicación práctica). Si el dañador es rico o posee una buena situación económica, indemnizará a un pobre, pero, a la inversa, si este último es quien daña, la equidad no tolerará la concesión de un resarcimiento en favor de aquél. También dependerá de las circunstancias del caso la relación de alteridad entre dos ricos o dos pobres (el Cód. Civ. y Com. de 2014 ha previsto la hipótesis en los arts. 1742 y 1750).

Por otro lado, el art. 1069, párr. 2º, del Código Civil de 1869, autorizó a los jueces a atenuar la indemnización por razones de equidad en los cuasidelitos (y en la responsabilidad objetiva, cuadra entender), en vista de la situación patrimonial del deudor.

En principio, se pensó que la norma no resultaba aplicable a las infracciones contractuales⁽⁴⁸⁾. Pero luego, la doctrina y la jurisprudencia exten-

(46) DE TREZAGNIES, F., *La responsabilidad extracontractual*, cit., ps. 66 y 67; MEDINA ALCOZ, M., *La función de la responsabilidad...*, cit., ps. 64 y 65.

(47) DE TREZAGNIES, F., *La responsabilidad extracontractual*, cit., p. 67.

(48) BUSTAMANTE ALSINA, J., *Teoría general de la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, nro. 144.

dieron la solución equitativa por analogía *a pari* a los daños producidos en la órbita del contrato (el Cód. Civ. y Com. de 2014 prevé la atenuación en el art. 1742).

En el derecho español, el art. 1103, en relación con la responsabilidad que proceda de negligencia, dice que "...podrá moderarse por los Tribunales según los casos". La facultad moderadora está referida en forma explícita a las obligaciones contractuales. No obstante y luego de generar algunas cavilaciones tiempo atrás, se estima que dicha facultad también puede ejercerse en el ámbito aquiliano, pues el susodicho art. 1103, al igual que el art. 1102, habla de "toda clase de obligaciones..."⁽⁴⁹⁾. En torno a esta posibilidad de moderar la cuantía de los daños, María Medina Alcoz refiere que se trata de un supuesto de hecho muy indeterminado, pues los jueces no cuentan con pautas legales para determinar el daño, actividad esta que han de concretar echando mano a la equidad⁽⁵⁰⁾ (el art. 1069, párr. 2º, del Código Civil de 1869, incluyó como pauta de auxilio judicial la situación patrimonial del deudor —ver art. 1742, Cód. Civ. y Com. de 2014—).

Comoquiera que sea, estas minúsculas excepciones a la directiva genérica de imposición del daño no pueden hacer suponer a nadie —en actitud reduccionista inexplicable— que, por tal conducto, se hace una distribución de la renta o la riqueza o, en fin, que son un medio de circulación de la riqueza. Cualquier manual elementalísimo de economía da cuenta de la complejidad de este asunto⁽⁵¹⁾.

Por otro lado, se ha expresado que la responsabilidad civil se manifiesta como una especie de sortilegio ("es el reino de la buena o mala suerte").

(49) DE COSSIO Y CORRAL, A., "El dolo en el derecho civil", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1955, ps. 137 a 139.

(50) MEDINA ALCOZ, M., *La función de la responsabilidad...*, cit., ps. 67 y 68.

(51) La distribución de la riqueza es el reparto de los productos obtenidos en la industria entre los elementos que concurren a su formación. Sin embargo, lo que se distribuye no es generalmente el producto mismo sino su *precio*, sea porque aquél no admite la descomposición en partes, bien porque, dada la división del trabajo, cada cual consume cosas distintas de las que produce. Por eso la distribución suele verificarse por medio de la moneda y no es, en realidad, un fenómeno que pueda separarse del cambio sino uno de los fines que éste cumple. La riqueza se divide entre los dos elementos verdaderamente activos que la crean: el *trabajo* y el *capital*. La parte que toma cada uno constituye y se llama *retribución*. Es indiferente para el hecho de la distribución y las leyes que rigen a ésta, que una sola persona reúna los caracteres del trabajador y capitalista o que sean muchos los que contribuyen a la producción por cualquiera de esos títulos, aunque, en este último caso, las retribuciones asumirán formas diversas, según que la industria se establezca con intervención de un empresario o por medio de la sociedad. Adoptado como base de la distribución el principio de que ella tiene lugar únicamente entre los que producen la riqueza, dedúcese que las retribuciones habrán de ser proporcionadas a la participación que se tome en la industria y resultarán, por tanto, *desiguales* para trabajadores y capitalistas, para cada uno, en suma, de los individuos de la sociedad.

Si alguien que conduce su automóvil a elevada velocidad, atropella a un peatón y éste pierde una pierna, el agente del daño puede tener "buena suerte" si la víctima es un jugador de ajedrez o "mala suerte" si se trata de un bailarín profesional. Como fácilmente se puede observar, los daños patrimoniales por la incapacidad sobrevenida (al margen de otros) son de muy diversa cuantía. De ahí que se siga que la responsabilidad civil no fue diseñada para realizar la justicia por medio de la distribución de la renta y, por tal motivo, la redistribuye a menudo muy injustamente⁽⁵²⁾.

10. Hay quien considera que la responsabilidad civil tiene una función demarcatoria (o de demarcación). Por medio de ella, se trata de establecer un deslinde de fronteras entre el ámbito de libertad de las personas y los sectores dentro de los cuales se concede una protección a determinados bienes e intereses que, por esta misma razón, ponen límites o autolimitaciones a la libertad, razón por la cual ciertos actos pueden ocasionar responsabilidad⁽⁵³⁾.

La función demarcatoria (o normativa) y la prevención están intercomunicadas —refieren los economicistas—. La función normativa marca el camino, pues las personas pueden saber que una determinada prerrogativa (supuesta) tiene protección jurídica y que su violación da lugar a un resarcimiento. Al hilo de estas digresiones, se apunta que el acoso laboral en un primer momento fue considerado como una derivación de la libertad sexual y hasta de la buena fe. Pero desde que las empresas comenzaron a pagar indemnizaciones, ante el cambio de concepciones jurídicas sobre el punto, la prevención, de consuno, se puso en marcha. Por tanto, cuando fue dictada la primera condena se revalorizó *la norma* en la cual los magistrados fundaron el otorgamiento de la reparación; y luego fueron confeccionados —a veces— Códigos de Ética en las empresas, destinados a regular los comportamientos de sus integrantes. Al margen, en los hospitales y a raíz de que los jueces comenzaron a imponer indemnizaciones a causa de la caída de los pacientes, accidentes que suceden con frecuencia, sobre la base del incumplimiento de la obligación de seguridad de preservar la integridad física de tales pacientes que pesa sobre las instituciones, se ha decidido colocar barandas retráctiles en ambos lados de las camas⁽⁵⁴⁾.

No parece que sea del caso hablar de una función propia de la responsabilidad civil en este caso, pues la llamada demarcación de límites para

(52) PANTALEÓN PRIETO, F., "Cómo repensar..." cit., ps. 439 y 440, nota nro. 3 y p. 465; MEDINA ALCOZ, M., *La función de la responsabilidad...*, cit., p. 67.

(53) SALVADOR CODERCH, P. - CASTIÑEIRA PALOU, M. T., *Prevenir y castigar...*, cit.; Díez-PICAZO - PONCE DE LEÓN, *Derecho de daños*, cit., ps. 43 y 44, quienes aluden a unas afirmaciones de Claus Wilhelm Canaris, puestas en el capítulo sobre derecho de daños de la obra de Karl Larenz, *Shuldrecht*.

(54) LÓPEZ HERRERA, E., "La función preventiva..." cit., p. 214.

observar conductas es una función general de todo el derecho (otra cosa distinta es la utilidad que pueda tener la reflexión sobre la libertad de la persona en enlace con los deberes que comporta su uso, para afirmar las consecuencias de la infracción a dichos deberes)⁽⁵⁵⁾. Por cierto, la susodicha demarcación se concreta a la hora de tener por configurado el presupuesto de ilicitud objetiva (o antijuridicidad) en la estructura propia del acto ilícito que trae aparejada la obligación de resarcir.

11. La función preventiva y la función compensatoria también tienen una evidente conexión. El punto neurálgico está dado por la *optimal deterrence* (una de las conquistas más significativas del análisis económico del derecho, se afirma por los panegiristas de estas ideas).

Para que el deudor adopte precauciones tendentes a evitar el daño la compensación debe ser íntegra (o plena) —lo más aproximada al daño—. En este orden de ideas, los incentivos de precaución tienen que marchar a la par de la incorrecta valuación del daño. Si el dañador sabe que el juez cuantificará el daño en una cantidad menor a su real entidad o, en todo caso, que a la víctima resultará muy difícil obtener una sentencia favorable en el proceso, lo más probable es que el aludido dañador asuma más riesgos que los aconsejables (*underdeterrence*). En sentido opuesto, si el dañador tiene el temor de que los tribunales sean muy severos (*overdeterrence*), la asunción de medidas puede llegar a ser excesiva e, inclusive, puede ser determinante del cese de la actividad⁽⁵⁶⁾.

Aunque los daños pueden cuantificarse con la mayor exactitud, la teoría económica de la disuasión óptima estima que siempre hay que tener en mira quien (o quienes) tienen sobre sus espaldas la obligación de cuidado. Consecuentemente, puede existir precaución unilateral (a cargo del dañador) o bilateral (que recae sobre dañador y dañado).

En la línea del análisis económico del derecho se ensayaron unas directivas para dilucidar estas cuestiones. En caso de que existan causas concurrentes en la producción del daño no es suficiente la aplicación de la fórmula *Learnerd Hand*, sea la responsabilidad subjetiva u objetiva. En virtud de ello, se seguirá este rumbo: a) Es preciso practicar un listado que contenga los posibles modos de comportamiento de los afectados en forma combinada. b) Con arreglo a este listado hay que determinar las magnitudes del daño que implica a los interesados, tal como se forman en el caso de combinaciones diferentes de actuaciones dañosas. c) Debe realizarse dicha combinación de actuaciones dañosas y de actuaciones dirigidas a reducir el daño que maximice la suma de todos los valores pa-

(55) MEDINA ALCOZ, M., *La función de la responsabilidad...*, cit., ps. 7 y 8.

(56) LÓPEZ HERRERA, E., "La función preventiva...", cit., p. 215.

trimoniales o que minimice la suma de daños y el gasto de prevención. d) Las reglas de responsabilidad para la indemnización tienen que fijarse de un modo tal que exista un estímulo generador de la deseada combinación de actuaciones que causan daños y que los previenen; y que coloquen patrimonialmente a los interesados en la misma situación en que estarían en caso de conseguirse una combinación razonable de actividades productivas⁽⁵⁷⁾. Para la teoría económica de la disuasión, la reparación íntegra (o plena) —función compensatoria— es fundamental para que quepa hablar de prevención. Por consiguiente, no deben formularse distinciones entre responsabilidad subjetiva u objetiva. En ambos casos, la condena debe ser igual al daño que sufre la víctima⁽⁵⁸⁾. La responsabilidad objetiva también previene el daño⁽⁵⁹⁾.

Ciertamente, la amenaza de pagar la indemnización puede en ciertos casos prevenir. Sin embargo, esa actitud psicológica es fáctica y no jurídica. Si un sujeto que conduce su automóvil a elevada velocidad no es persuadido por la amenaza de matar o quedar lisiado o de matar o lisiar a las personas que viajan con él, ni tampoco lo contiene la posibilidad de ser encarcelado o de verse privado de manera definitiva de su licencia para conducir, resulta muy difícil concebir que adoptará una conducta de prevención para evitar el pago de una indemnización o de perder el *bonus* con el que lo puede premiar su asegurador⁽⁶⁰⁾.

La prevención no es función normativa de la responsabilidad civil, pues ninguna de las notas características de ésta se compadecen con aquélla, a saber: el juez no está autorizado para graduar la indemnización de acuerdo con la mayor o menor necesidad de prevenir la conducta dañosa, ni la mayor o menor peligrosidad de dicha conducta, ni la situación económica del autor. Tampoco la mayor o menor probabilidad de evitar la sanción indemnizatoria se ha contado entre los criterios de imputación objetiva del daño. Y lo único que puede tener algún parecido es el juicio de probabilidad *ex ante* del criterio de adecuación, que, según alguna opinión, se predica del evento y no de las consecuencias dañosas. Tampoco el juez está autorizado para imponer un resarcimiento si no existe daño, por más peligrosa que haya sido la conducta (que no lo causó), por "cifra negra que ese tipo de conducta tenga o por más potentado que sea el dañador"⁽⁶¹⁾.

(57) SCHÄFER, H. B. - OTT, C., *Manual de análisis económico del derecho*, trad. de Macarena Von Carstenn - Lichterfelde, Tecnos, Madrid, 1991, p. 131.

(58) En la Argentina, contrariamente y siguiendo algunas ideas economicistas, un grupo de autores defendió la responsabilidad limitada (o tarifada) en supuestos de responsabilidad por riesgo.

(59) LÓPEZ HERRERA y sus referencias al *cheapest cost avoider* (el que evita el daño al menor costo).

(60) PANTALEÓN PRIETO, F., "Cómo repensar...", cit., p. 443.

(61) PANTALEÓN PRIETO, F., "Cómo repensar...", cit., ps. 444 y 445.

A la vista de lo expuesto, la compensación es la única función de la responsabilidad civil. Y la prevención, con el alcance examinado, sólo resulta un deseable aunque poco frecuente en la realidad, *subproducto fáctico* de la compensación⁽⁶²⁾.

12. Hay quien conceptúa que el que obra con dolo no lo hace con culpa —es obvio— (y que ambas conductas no pueden ser equiparadas). Esto queda precisado por la función demarcatoria de la responsabilidad civil, que permite agravar la extensión del resarcimiento en supuesto de comportamientos dolosos. Ciertamente, se expone que si la función de la responsabilidad civil es reparatoria, a la víctima sólo le interesa que le paguen la indemnización, cualquiera que sea la nota subjetiva que impregne la conducta del dañador. Sin embargo, si hay un plus en la medida del resarcimiento por razón del dolo, la indemnización no mira en este aspecto a la víctima sino que también apunta al dañador; y, de tal suerte, al margen de la compensación hay una finalidad preventiva y sancionatoria. Se paga más no sólo porque se previó más, sino para que se incurra menos en esa conducta agravada⁽⁶³⁾.

Disiento en absoluto de estas conclusiones. En el derecho argentino, el dañador (o responsable civil) en la responsabilidad extracontractual responde de las consecuencias inmediatas y mediatas —que son previsibles—, haya obrado con culpa o dolo (arts. 901 a 904 del Código de 1869, que aún se tiene en mira para aplicar a determinadas relaciones y situaciones jurídicas —art. 7º, Cód. Civ. y Com. 2014—). Este es el módulo de equidad o metro del deber de reparar que gobierna la responsabilidad aquiliana subjetiva y objetiva. No obstante, si una consecuencia que normalmente es casual (o fortuita), fue prevista en un caso concreto por el agente, en la medida en que éste tuviera conocimientos especiales o estuviera asistido de un poder de captación supercausal —como se dijo— la reparación también comprende dicha consecuencia, pues se trata de una consecuencia mediata no ya *previsible* sino *prevista* (art. 905 —del viejo Código—). Pero esa actitud del agente entra en el cálculo de la *adecuación*⁽⁶⁴⁾.

A su vez, el art. 521 del Código Civil de 1869 estableció que el deudor que obra con dolo obligacional (o *dolo in solvendo*) ha de reparar las consecuencias inmediatas y las mediatas (en la responsabilidad contractual culposa u objetiva, el deudor responde de las consecuencias inmediatas y

(62) PANTALEÓN PRIETO, F., "Cómo repensar...", cit., ps. 445 y 446.

(63) LÓPEZ HERRERA, E., "La función preventiva...", cit., ps. 220 y ss. A propósito de la ineficiencia de los actos dolosos, según los analistas económicos del derecho, cfr. POSNER, R., *Economic analysis of law*, 3ª ed., Addison Wesley Longman, New York, 2000, p. 227.

(64) BREBBIA, R., *Hechos y actos jurídicos*, t. I, 1979, p. 12; BUERES, A. J., *Derecho de daños*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, ps. 445 447.

necesarias —art. 520, que constituye una reproducción literal del art. 1016 del Proyecto de Florencio García Goyena—. En cualquier caso, no se nos oculta que algunos autores opinaron que el art. 521 tiene una connotación represiva, en cuyo caso hay un residuo o vestigio (inane, como he señalado) de la responsabilidad castigo, en estos momentos superada. Pero esto no puede obstaculizar la función compensatoria de la responsabilidad civil, ni erigirse en paradigma de la sanción punitiva.

De todos modos, esta última interpretación no es de recibo, en tanto se siga que el deudor contractual que actúa con culpa o dolo (*in solvendo*) responde de las consecuencias inmediatas y necesarias (art. 520, Cód. Civil de 1869). Y la asunción de las consecuencias mediatas ex art. 521, únicamente procede cuando existe dolo calificado (intención de provocar daño)⁽⁶⁵⁾, que equipara, como es lógico, las consecuencias del art. 521 a las del art. 904. En este último caso, se verifica un auténtico delito civil que autoriza la opción aquiliana del art. 1107, Código Civil de 1869⁽⁶⁶⁾.

El Código Civil y Comercial de 2014 ha mantenido la clasificación de las consecuencias inmediatas, mediatas y casuales, que Vélez Sarsfield recogió del Landrech Prusiano del 1794. En cambio suprimió la categoría de las consecuencias necesarias, provenientes del Proyecto de García Goyena, con acierto, habida cuenta de que, más allá de la tradición y del linaje que posee la susodicha categoría, lo cierto es que ella en el derecho argentino sólo introdujo anfibia y perplejidad doctrinal.

Por otro lado, el Cód. Civ. y Com. 2014 conserva el criterio de la causalidad adecuada (art. 1726) y, consecuentemente, podrán ser de provecho los aportes de doctrina que se hicieron para determinar, por ejemplo, si la adecuación es objetiva, subjetiva o matizada.

No obstante, el nuevo Código introdujo una excepción a la causalidad adecuada del art. 1726, en la medida en que estatuye en el art. 1728 que el deudor que no cumple la prestación responde por las consecuencias que las partes (y no el hombre medio) previeron o pudieron haber previsto al momento de la celebración del contrato (y no ya en el momento de producirse el hecho —art. 1726—). Se trata de un sistema de individualización causal subjetivo, en este aspecto puntual, que atiende a los riesgos y beneficios que los contratantes imaginaron *in primis* en ejercicio de la autonomía privada. Esta directiva excepcional no funciona si promedia dolo —intención de dañar o manifiesto desinterés por los intereses ajenos (art. 1724, *in fine*)— o si se trata de contratos de consumo, supuestos en

(65) BORDA, G. A., "La reforma del Código Civil. Responsabilidad contractual", ED 29-763.

(66) Ver la interpretación que realiza, en sentido concordante, una calificada doctrina española (MEDINA ALCOZ, M., *La función de la responsabilidad...*, cit., ps. 13 y 14).

que la ley retorna al marco de la adecuación⁽⁶⁷⁾. Es la vieja idea de Pothier y sus antecesores⁽⁶⁸⁾.

13. La tutela inhibitoria puede estar contemplada en normas penales, administrativas y también en el Código Civil. Pero está muy claro, insisto, que ella no comporta función normativa alguna de la responsabilidad civil. Nadie hizo este planteo jamás, no obstante que los Códigos decimonónicos incluían remedios para evitar daños, cuyas fuentes provenían del derecho romano y aun desde tiempos más antiguos. En definitiva, la tutela inhibitoria integra el derecho de daños sin que sus normas se superpongan con las de la responsabilidad civil.

En tal sentido, la referida tutela puede rastrearse en el Código Civil argentino en diversos textos. Se ha dicho que, *ab origine*, en el Código Civil de Vélez Sarsfield se atisba una inconexa gama de “remedios inhibitorios”, entre los que destacan los relativos a la protección de la propiedad y de la posesión, pero esto no obsta a que se hayan acoplado, desde siempre, una serie abierta de principios y normas preventivas⁽⁶⁹⁾.

El art. 911 permite “obligar” a una persona a abstenerse de realizar un hecho cuando obre en contra de las leyes y no puede tener lugar la intervención oportuna de las autoridades públicas”.

El art. 1067, que suministra el perfil del acto ilícito clásico, dice que “No habrá acto ilícito punible a los efectos de este Código, si no hubiere daño causado u otro acto exterior que lo pueda causar y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia”⁽⁷⁰⁾.

A su vez, el art. 1132, inspirado en el art. 3695 del *Esboço* de Freitas, niega al propietario de una finca contigua a otra que amenace ruina la posibilidad de pedir al dueño de esta última una garantía por el perjuicio eventual que pueda sufrir; o la posibilidad de exigir a dicho dueño que demuela o repare el edificio ruinoso. El codificador de 1869 optó por desterrar la *cautio damni infecti* (garantía) y, sin perjuicio de ello, en la nota al mencionado art. 1132 afirma que la actitud que adopta obedece a que una solución en contrario podría dar lugar a una proliferación de pleitos. No obstante, entendió que la prevención quedaba asegurada con la posibilidad que tiene

(67) PICASSO, S., “Unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *La Ley*, suplemento especial, dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti, Buenos Aires, 2014, ps. 155 y 161 y 162.

(68) BUERES, A. J., *Derecho de daños*, cit., ps. 447 y 448, y la comparación sumamente ardua del sistema argentino con el art. 1107, Cód. Civil español, en las que se inmiscuyen otros vocablos técnicos y otras fuentes, como el Proyecto Laurent.

(69) PREVOT, J. M., “La prevención del daño...”, cit., ps. 184 y 185.

(70) BUERES, A. J., *El acto ilícito*, cit., ps. 21 y 22.

todo el que se sienta amenazado de acudir a las autoridades policiales o municipales para que reparen o demuelan los edificios.

Además de estas medidas, la Ley de Enjuiciamiento Civil española, base del Código Procesal vigente hasta 1968, y la ley 50 de Procedimiento Federal, consagraban el interdicto de obra vieja (acción de daño temido). Y el nuevo Código Procesal de la Nación de 1869 no contempla esta figura, pero se piensa que puede aplicarse al caso por analogía el interdicto de obra nueva.

Al margen, la ley 17.711 de 1968 introdujo al art. 2499 un párrafo 2° que dice: “Quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes, podrá denunciar el hecho y solicitar al juez las oportunas medidas cautelares”.

También la ley 21.173 incluyó en el Código Civil de 1869 el art. 1071 bis, que expresa: “El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar; si esta medida fuese procedente para la adecuada reparación”. Por último, la reforma de 1968 introdujo un nuevo art. 2618, en el cual contempla las *inmissio* —que se remontan en sus orígenes a las fuentes romanas (Ulpiano)— o inmisiones que exceden la normal tolerancia entre vecinos y que permite a los jueces disponer una indemnización de daños o la cesación de las molestias ocasionadas.

14. Finalmente, la evidencia más importante del criterio de la prevención-punición en la responsabilidad civil, está determinada por la presencia de los llamados daños punitivos (he de volver sobre este tema en lo que sigue para desarrollarlo *in extenso*).

Es inatacable que la responsabilidad civil no tiene una función preventiva-punitiva. Para demostrar la verdad de este aserto resulta suficiente señalar, como inteligentemente lo hace Pantaleón Prieto, que la responsabilidad civil está sujeta al principio dispositivo o rogatorio, sin que su determinación pueda establecerse de oficio, que para graduar el monto de la indemnización no se apunta a la gravedad de la falta sino a la entidad del daño causado, que es asegurable y transmisible *iure hereditatis*⁽⁷¹⁾.

(71) PANTALEÓN PRIETO, E., *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1999, t. II, p. 1971.

15. El art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 (texto introducido por la ley 26.361 —en 2008—), introdujo un sistema de multas que, para la mayoría de los comentaristas, importa la implantación de una suerte de “daños punitivos”, instituto este de gran arraigo en los regímenes del *common law* (*exemplary damages* o *smart damages*)⁽⁷²⁾.

Los daños punitivos son multas o penas privadas que carecen de toda naturaleza compensatoria (o reparadora). Es más, son sumas de dinero que se adicionan al monto del daño (que es compensatorio, claro está). Se conceden, según se ha dicho, contra un sujeto culpable de una conducta particularmente agravada inconducta, unida a un malicioso o temerario estado mental. O bien “que tienen el propósito de castigar al demandado, de enseñarle que no haga de nuevo lo que está mal hecho y también de disuadir de hacerlo a terceros”⁽⁷³⁾.

En definitiva, las características de los imprecisos estados subjetivos enunciados podrían reconducirse al dolo y a la culpa grave. Estas penas se imparten (o deberían impartirse) frente a una infracción típica —aunque la tipicidad fuera en cierto modo atenuada—: la culpa lucrativa, la introducción o mantenimiento de productos o elementos contaminantes que se sabe son nocivos para la vida o la salud de las personas, etc. La finalidad de los daños punitivos, entonces, es el castigo (*punishment*) y la disuasión (*deterrence*). Al respecto, se enfatizó en que quien paga se mortifica, razón por la cual se habla de *smart money*, en contraste con la situación de la víctima para la cual el beneficio recibido es *sweet money* (plata dulce).

En los Estados Unidos, donde los daños punitivos han tenido su formulación más acabada, en cuanto a perfil conceptual y estructural, no obstante y en contra de la creencia de muchos opinantes poco avisados, dicha institución no está autorizada en todos los Estados, más allá de los detalles que existen.

De tal forma, cuadra observar que los daños punitivos han sido descalificados en Lousiana y Massachussets, excepto para casos muy concretos en los cuales una ley los autorice. Asimismo, la prohibición es mucho más categórica en Nebraska, New Hampshire y Connecticut.

(72) STIGLITZ, R. S. - PIZARRO, R. D., “Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor”, LL del 16/3/2009, donde refieren que la terminología “daños punitivos” es criticable, dado que se castiga una conducta específica y no el daño. Por tanto, hablan de “indemnización punitiva”. Estoy de acuerdo con la primera proposición de los distinguidos autores mencionados, pero disiento de la segunda, puesto que si se habla de “indemnización” punitiva se enlaza el asunto con el resarcimiento o con la sanción resarcitoria en el acto ilícito y no con la sanción retributiva —que es de lo que se trata—.

(73) PROSER, W. L. - KEETON, P., *Prosser and Keeton on torts*, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1984, ps. 9 y ss.

Por otro lado, hay Estados que prohíben los daños punitivos en ciertos supuestos puntuales (Alabama, Colorado, Illinois —no se aceptan en casos de mala praxis médica—, Kansas, Kentucky, Oregon y Texas —que los veda para la responsabilidad de los laboratorios—).

En general, cuando se permiten los daños punitivos no se aplican topes en relación con el monto de la multa, a diferencia de lo que ocurre en el art. 52, LDC argentina, y de lo que prescriben las normas de algunos Estados de los Estados Unidos de América, tales como Florida, Kansas, Nevada, Texas y Minnesota⁽⁷⁴⁾.

El reciente Código Civil de Québec, en un intento por armonizar el instituto con la tradición continental europea, lo reguló en su art. 1621. Esa norma dispone que, en los casos en que la ley prevé la asignación de daños punitivos, ellos no pueden exceder el valor suficiente para garantizar su función preventiva. Añade que los daños punitivos se aprecian teniendo en cuenta todas las circunstancias apropiadas y, en particular, la gravedad de la culpa del deudor, su situación patrimonial y la extensión de la reparación a la que ya está obligado frente al acreedor, así como, en su caso, que el pago de la indemnización haya sido asumido por un tercero, en todo o en parte. De ese modo, se requiere una expresa previsión legal para la procedencia de la sanción. La ley canadiense la habilita para proteger ciertas categorías de bienes (como los árboles), prevenir ciertos comportamientos dañinos (en las relaciones de consumo), y para sancionar daños “lucrativos” (en especial, en materia de derechos de la personalidad)⁽⁷⁵⁾.

En Europa, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea sobre Responsabilidad Extracontractual, particularmente con respecto a los daños por productos y servicios, al ambiente, al honor y a la propiedad intelectual, establece que la condenación por daños es compensatoria. Luego, los daños punitivos son contrarios al orden público comunitario (art. 24). En la versión final del reglamento 864/2007, plasmada en el Convenio de Roma, fue eliminado el referido art. 24. Pero en la exposición de motivos se expresa (considerando 32) que la aplicación de una disposición que condujera a la asignación de daños punitivos de naturaleza excesiva puede ser considerada contraria al orden público del foro.

(74) Para una completa visión comparatista, puede consultarse con provecho la obra de LÓPEZ HERRERA, E., *Los daños punitivos. Naturaleza. Tipos. Jurisprudencia comparada. Aplicación al derecho del consumidor* (art. 52, ley 24.240), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, ps. 40 y ss.

(75) Ver sobre el punto LE TOURNEAU, P., *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, París, 2008, p. 27.

El Proyecto de Reformas al Código Civil francés, confeccionado por una comisión designada por el presidente Chiriac en 2004 —con motivo de cumplir dicho Código doscientos años de vigencia—, dirigida por el jurista Pierre Catala, admitió la culpa lucrativa (art. 1391) como algo distinto de los daños compensatorios, con facultad del juez para destinar una parte al Tesoro Público. En cualquier caso, el texto aún se encuentra en plena discusión y, al contradecir el espíritu del Tratado de Roma (es de 2007), no parece que tuviera muchas probabilidades de subsistir.

En Alemania no fue concedido el *exequatur* para ejecutar sentencias de tribunales americanos que establecían daños punitivos (Tribunal de Berlín —1989— y Dusseldorf —1991—). Éste fue el criterio del Tribunal Superior Alemán: la responsabilidad civil es compensatoria y no castigo, pues si se acepta esto último se viola el orden público. La función punitiva está reservada monóticamente al derecho penal (1992)⁽⁷⁶⁾.

La misma solución adoptaron en Suiza los Tribunales de Sargans (1982) y Basilea (1989). Además, la Suprema Corte Federal Suiza revisó una sentencia de los tribunales inferiores locales, que en un caso planteado acordaron multas de la categoría de los daños punitivos (1996).

Por idénticas razones, la Corte Suprema de Japón rechazó el reconocimiento de una sentencia dictada en California por daños punitivos que pretendía ejecutarse en dicho país (1999).

En Italia, Francia y España, la doctrina absolutamente mayoritaria se muestra adversaria de este tipo de multas penales.

En la Argentina, *de lege lata*, no se admiten los daños punitivos —fuera de lo que pueda pensarse del art. 52 de la Ley de Defensa del Consumidor—.

Y *de lege ferenda*, en general se sostiene (mayoritariamente) que la responsabilidad es compensatoria y no punitiva⁽⁷⁷⁾. De ahí que se rechace la posibilidad de imponer multas en beneficio del dañado (el actor en el proceso), pues éste debe recibir todo el daño pero nada más que el daño —principio de reparación íntegra o plena— (*le dommage, tout le dommage, mais rien que le dommage* —como se dice en Francia—). Conceder a la víctima ingentes sumas de dinero sin título configura un enriquecimiento sin

(76) Por su parte, el Tribunal Constitucional alemán aceptó la notificación de una demanda extranjera por daños punitivos, fundándose en la Convención de La Haya, aunque por lógica no adelantó criterio sobre el fondo del asunto. Comoquiera que sea, el criterio mereció agudas críticas, puesto que no se debe dar curso a una demanda cuando el objeto de la pretensión se opone al orden público (1994).

(77) BUERES, A. J., "Culpa y riesgo. Sus ámbitos", en *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006-3, Creación de riesgo-I, ps. 40 a 42.

justificación y constituye una verdadera lotería forense. Además, beneficia a los abogados que celebran importantes pactos de cuota litis (*contingent fees*) fomentando la "industria del pleito"⁽⁷⁸⁾.

Es cierto que la doctrina argentina no es insensible a reconocer que hay ciertos casos que merecen sanciones retributivas (o penales) —la culpa lucrativa, por caso—. Pero para solucionar estas situaciones aisladas debe actuar el *derecho penal* o, en todo caso, el derecho administrativo sancionatorio, y destinarse el importe de la multa al tesoro público, que es lo mismo que decir que ha de beneficiarse a la sociedad, auténtica víctima⁽⁷⁹⁾.

Hay autores que proponen que una parte de las multas aventajen a la víctima y otra al Tesoro. Y con ello no hacen más que demostrar sus dudas sobre la justicia del instituto jurídico y, subconscientemente, tratan de difuminar la auténtica realidad de que los dañados no pueden percibir un dinero superior al representativo del daño experimentado. Tampoco es de recibo que se argumente con la necesidad de establecer los daños punitivos en favor de las víctimas, puesto que ello constituye el incentivo para que los reclamen en un proceso, dado que para cumplir esa función basta con el Ministerio Público Fiscal —al cual los tribunales podrán conferir una vista cuando hay procesos en los que se describen conductas sancionables—.

En el derecho europeo continental europeo también el rechazo a los daños punitivos es generalizado.

Por de pronto, los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (PELT) —redactados por notables juristas—, en el art. 1:100, que es la norma fundamental, establecen que el daño debe ser "compensado". Por ende, se estima que la responsabilidad civil no puede servir de fundamento a los daños punitivos ni a otro tipo de indemnizaciones que no se correspondan con el perjuicio sufrido por la víctima. La indemnización

(78) Hay algunos autores que aceptan de buen grado el criterio angloamericano puro (destino del monto de la pena a la víctima), tal vez seducidos por el atractivo que a veces producen las novedades, sin advertir que semejante solución desquiciaría todo el sistema de responsabilidad por daños consagrado en nuestro ordenamiento (en sentido favorable al sistema angloamericano puro, LÓPEZ HERRERA, E., *Los daños punitivos...*, cit., ps. 301 y ss.).

(79) En contra de los daños punitivos: BUSTAMANTE ALSINA, J., "Los llamados daños punitivos son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil", LL 1994-B-860; BUSTAMANTE ALSINA, J., "Algo más sobre los llamados daños punitivos", LL 1994-D-863; MAYO, J., "La inconsistencia de los daños punitivos", LL del 4/3/2009; TRIGO REPRESAS, F. A., "La prevención y el daño punitivo", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2008-2-46; PICASSO, S., "Sobre los denominados 'daños punitivos'", LL del 13/12/2007, p. 1; PICASSO, S., "Nuevas categorías de daños en la Ley de Defensa del Consumidor", en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto (dir.), *Reforma a la ley de defensa del consumidor*, suplemento especial La Ley, Buenos Aires, 2008, ps. 123 y ss.; TRIGO REPRESAS, F. A. - LÓPEZ MESA, M., *Tratado de la responsabilidad civil*, La Ley, Buenos Aires, 2004, t. I, p. 567.

cumple el rol de “compensación” (al ser un pago para restablecer a la víctima) —aunque contribuya a la prevención—⁽⁸⁰⁾.

Asimismo, se expresó que la figura de los daños punitivos es ajena a los ordenamientos de corte europeo-continental, y que hay poderosas razones para ello. Si se quiere castigar no parece justo ni equitativo proporcionar a la víctima sumas superiores al perjuicio, pues de esta manera se la estaría enriqueciendo. Si es justo obtener del autor del hecho sanciones, multas o algo parecido, más allá del importe del daño causado de forma efectiva, también es justo que esos importes vayan a parar a manos del común, o lo que es igual del Tesoro⁽⁸¹⁾.

Por su lado, Pantaleón Prieto dice que cada cierto tiempo renace de sus cenizas el debate sobre la importación de los *punitive damages*. Y sus nuevos defensores se debaten, siempre sin éxito, por eludir el *Escila* de enriquecer injustificadamente a las víctimas de las conductas a las que pretenden conectar las “indemnizaciones punitivas”, sin perecer en el *Caribdis* de no aplicarles el régimen sustantivo y procesal de la responsabilidad penal o administrativa, si dicha pena pecuniaria hubiera de atribuirse al Estado. Y los más sinceros de tales defensores prefieren naufragar en *Escila*: confesar paladinamente que no creen en el derecho sancionador público; que prefieren uno privado, en que las víctimas (o sus abogados) sean sus propios “fiscales”, incentivados (como sus abogados con suculentos pactos de cuota litis) por la posibilidad de obtener “indemnizaciones” multimillonarias. “Una idea en la que, con toda probabilidad, coinciden con aquellos delincuentes de blanquísimos cuellos que sólo temen las penas no monetizables: las penas privativas de la libertad”⁽⁸²⁾. El autor agrega un ejemplo de actualidad: “supóngase —refiere— que se demostrase que algunas compañías de fabricantes de cigarrillos añadieron ciertas sustancias que incrementaron el poder adictivo, y ocultaron dolosamente dicho proceder a los fumadores. Yo siempre he pensado que la respuesta jurídica más lógica sería encarcelar durante algunos años a los administradores de tales compañías y decomisarles hasta el último dólar con que personalmente hubieran lucrado a consecuencia de su delictiva actuación. Pero, a lo que parece, la respuesta que se impone es hacer a los enfermos por fumar (no a los que dejaron el tabaco a tiempo) o a sus familiares mucho más ricos de lo que nunca habrían sido si aquéllos no hubiesen fumado nunca, y

(80) EUROPEAN GROUP TORT LAW, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil. Texto y comentarios*, 2008, coordinada por Miquel Martín-Casals, ps. 49 y 50.

(81) Díez-PICAZO - PONCE DE LEÓN, *Derecho de daños*, cit., p. 46; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 52, quien destaca que los daños punitivos demuestran las invasiones recíprocas (indebidas) que se están produciendo entre la responsabilidad civil y la penal.

(82) PANTALEÓN PRIETO, F., “Cómo repensar...”, cit., p. 441.

hacer muchísimo más ricos a sus abogados, a costa de los accionistas de las referidas compañías cuando la conducta se realizó y, finalmente, a costa de quienes siguen fumando o de quienes viven del cultivo del tabaco”⁽⁸³⁾.

El art. 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor (argentina), establece que el juez podrá aplicar una multa civil al proveedor “que no cumpla sus obligaciones legales contractuales”, en favor del damnificado, cuyo monto se graduará “en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso”. Cuando haya más de un infractor todos serán solidariamente responsables frente al consumidor. La multa no podrá superar el tope de cinco millones de pesos (art. 47, LDC).

Más allá de las críticas al sistema de daños punitivos por ser extraño a la responsabilidad civil, el mencionado texto tiene graves deficiencias que me llevan a sostener su inconstitucional.

Es curioso constatar que en la exposición de motivos del Proyecto que se convertiría en la ley 26.361, se afirma expresamente el carácter penal de los daños punitivos previstos en el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, al señalarse que la inclusión de un tope para esa multa atiende “al principio de reserva de la ley penal, atento el carácter punitivo del instituto”. Sin embargo, la regulación que en él se hace es del todo inconsecuente con esa afirmación.

Por de pronto, se faculta al juez para imponer una multa “por el mero incumplimiento de las obligaciones contractuales”, sin reclamar una actitud subjetiva relevante y sin siquiera exigir la existencia de daño probado. Esto es absurdo. Por así requerirlo el art. 18 de la Constitución Nacional y diversos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 11; Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 8° y 9°; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 15), la norma debió tipificar, aunque mas no fuera de modo atenuado, los hechos punibles, de forma tal que éstos constituyan un *numerus clausus* (sistema de tipicidad que contrasta por completo con el sistema de atipicidad del ilícito que hoy día impera en la responsabilidad por daños).

También la norma del art. 52 bis debió exigir el dolo o la culpa grave del infractor y no referirse a cualquier “incumplimiento” —que hasta podría ser material u objetivo—.

Con respecto a las menciones de “la gravedad del hecho y las demás circunstancias del caso”, sin duda que ellas se refieren a la determinación

(83) PANTALEÓN PRIETO, F., “Cómo repensar...”, cit., ps. 441 y 442.

del monto de la pena, pero no a la procedencia de ésta⁽⁸⁴⁾. De todos modos, aludir a la gravedad de un daño es absolutamente insuficiente para impartir una multa y, además, la alusión a las circunstancias del caso resulta estéril si ellas no son puntualizadas con precisión.

Los reparos son variados, pues se considera desacertado establecer un tope de \$ 5.000.000 (remisión al parámetro del art. 47), en la medida en que esa suma en ciertos casos puede ser insignificante⁽⁸⁵⁾. Asimismo, no es comprensible que se imponga la solidaridad entre los plurales responsables, dado que los recaudos de la punición pueden reunirse en relación con alguno —o algunos— y no con otro —u otros—⁽⁸⁶⁾.

A ello se suma que la “multa civil” así fijada bien podría superponerse con una sanción de igual naturaleza impuesta al responsable por la autoridad de aplicación de la LDC, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el art. 47, e, inclusive, a una pena impuesta por el juez penal, con lo que se incurriría en una doble —o triple— sanción penal por el mismo hecho, lo que resulta igualmente violatorio de las ya mencionadas garantías constitucionales (comp. art. 1714, Cód. Civ. y Com. de 2014).

Al margen, siendo los daños punitivos una sanción penal, resulta menester respetar el *in dubio pro reo* y el *non bis in idem*. Por lo demás, el principio de inocencia debe prevalecer sobre el valor presuncional de la confesión ficta y de la contumacia procesal (o rebeldía) del demandado, con lo cual la norma debió incluir una ordenación de preceptos procesales.

Cabe añadir que, si se impone el tope máximo de la multa (pesos cinco millones), la sanción queda agotada en su primera formulación; vale decir, que tiene efectos *consuntivos*. El beneficiado será el primer demandante (o los que demandan en conjunto formando un litisconsorcio activo —acumulación subjetiva de pretensiones accionables—). Pero los legitimados que inicien procesos ulteriores no se verán beneficiados con el *sweet money*, extremo este que pone a las claras una grosera arbitrariedad⁽⁸⁷⁾.

(84) PICASSO, S., “Nuevas categorías...”, cit., p. 134; STIGLITZ, R. S. - PIZARRO, R. D., “Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor”, cit., p. 5.

(85) ALTERINI, A. A., “Las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor. Primera lectura, 20 años después”, en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dir.), *Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor*, suplemento especial La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 19; STIGLITZ, R. S. - PIZARRO, R. D., “Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor”, cit., p. 5.

(86) STIGLITZ, R. S. - PIZARRO, R. D., “Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor”, cit., p. 5.

(87) STIGLITZ, R. S. - PIZARRO, R. D., en “Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor”, cit., p. 5, observan que el art. 52 bis no suministra una solución para coordinar las condenaciones cuando hay muchos damnificados, quienes, inclusive, pueden encontrarse en distintos lugares y sufrir perjuicios en momentos diferentes (daños al ambiente y, precisamente,

De este modo, la norma consagra el enriquecimiento indebido de la víctima que recibe la multa en lugar del Estado, lo que vulnera el principio de igualdad ante la ley (art. 16, Constitución Nacional) en un doble sentido: a) porque el consumidor reclamante, al haber sido resarcido (lo que borra el daño que sufrió), ya no tiene ningún título particular que justifique que sea él —y no cualquier otro de los habitantes de la República— quien reciba esas sumas de dinero, y b) debido a que los restantes damnificados por el mismo hecho que, por una circunstancia fortuita, obtengan sentencia con posterioridad, no podrán cobrar ningún importe en concepto de “daños punitivos”, por el juego de la regla *non bis in idem* (que incluso los partidarios de los *punitive damages* estiman aplicable en estos casos⁽⁸⁸⁾).

En definitiva, estas razones son más que suficientes para que pueda predicarse la inconstitucionalidad del susodicho art. 52 bis.

16. En torno a la función (o supuestas funciones) de la responsabilidad civil⁽⁸⁹⁾, me parece que el Cód. Civ. y Com. 2014 hizo hincapié, con lógica, en la función compensatoria, al tenor de lo que surge del art. 1716 y de los Fundamentos, en la medida en que se señala que la susodicha función es la prevaleciente.

No obstante, la mención expresa a la función preventiva y a las sanciones pecuniarias disuasorias, que se hizo en el Proyecto originario, pudo haber recreado la discusión doctrinal que hoy existe —y esto es inevitable— en torno al alcance y real pertenencia de estas dos funciones con respecto a la responsabilidad civil o, en todo caso, al derecho de daños.

Considero que el Código de 2014 ha disciplinado con acierto la tutela preventiva (o inhibitoria) —acciones para evitar que un daño se produzca—, tutela esta que siempre ha existido, desde tiempos pretéritos, y que

a los consumidores y usuarios). La observación, sin dejar de ser cierta, de todas maneras no contempla el supuesto que objetamos en el texto —y respecto del cual no parece existir solución—.

(88) Aunque López Herrera, en una posición singular, estima que la procedencia de una nueva condena por el mismo hecho dependerá de los montos por los que haya sido condenado el mismo proveedor en otros procesos: si la primera condena por “daños punitivos” ha sido suficientemente alta, no procederá una nueva y a la inversa (LÓPEZ HERRERA, E., *Los daños punitivos...*, cit.).

(89) BUERES, A. J., “El futuro de la responsabilidad civil: ¿Hacia dónde vamos?”, en HERRADOR GUARDIA, Mariano J. (coord.), *Derecho de daños*, Asociación Justicia y Opinión, Sepin, Madrid, 2011, ps. 729 y ss., lugar en el cual me explayo *in extenso* sobre este tópico. También: Discurso que he pronunciado en el acto de inauguración del “Congreso Internacional de Derecho de Daños” el 15 de noviembre de 2012, en la Facultad de Derecho de la UBA, y mi trabajo “La responsabilidad por daños en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, año XV, nro. 2, febrero 2013, La Ley, Buenos Aires, ps. 5 y ss.

bien podría ubicarse en el campo de un genérico derecho de daños, como propone, por ejemplo, Eugenio Llamas Pombo (a menos que se pretendiera que, conceptualmente, la responsabilidad civil no es la obligación de reparar el daño, si no el deber de evitarlo a más del de repararlo). Estimo que éste es el recto sentido de los arts. 1711 y 1712 del Cód. Civ. y Com. de 2014.

Comoquiera que sea y al margen de lo dicho sobre la tutela inhibitoria, que no admite ninguna discusión, no me parece que la prevención pueda erigirse en función normativa de la responsabilidad civil, debido a que un sujeto piense *ex ante* que si daña tendrá que pagar una indemnización; ni tampoco porque *ex post* una sentencia judicial le imponga la obligación resarcitoria. En todo caso, esas conductas que deberían asumir espontáneamente las personas en sociedades civilizadas y respetuosas del prójimo y de la ley y que muchísimas veces no observan, son actitudes psicológicas de hecho que carecen de alcance normativo; son como he referido *un sub-producto fáctico de la compensación* (la doctrina española apoyó muchas veces este temperamento, como se advierte en los trabajos citados de Pena López, M. Medina Alcoz, Pantaleón Prieto, Llamas Pombo, Díez-Picazo, entre otros). Esta idea se atisba en el art. 1100 de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (PELT).

Tampoco la prevención puede admitirse sobre la base del castigo, pues la culpa, hoy día ensombrecida por la responsabilidad objetiva, no posee un carácter retributivo sino otro que apunta a adjudicar el daño al culpable por ser ello justo. Asimismo, el daño moral es resarcitorio y las penas que se impongan frente a la comisión de determinados daños típicos, aunque pueden ser perfectamente admisibles, quede bien entendido, no deberían ir a parar a manos de las víctimas sino a manos de la comunidad (o del tesoro), como se ha dicho, vale decir, de la sociedad, que es la verdadera perjudicada. Prueba de ello es que la responsabilidad civil está sujeta al principio dispositivo (o rogatorio) —no puede establecerse de oficio—, que para graduar la indemnización se atiende de forma objetiva a la entidad del daño y no a la gravedad de la falta, que es posible cubrir con un seguro dicha responsabilidad y, que, en general, la indemnización es transmisible *iure hereditatis*. Estas premisas están bien contempladas en los arts. 1738, 1739 y 1740 del Proyecto. Personalmente, no creo en la necesidad de disciplinar los llamados daños punitivos (que no regula el Proyecto en su articulado —aunque hace alguna alusión a ellos en los Fundamentos—), sin duda tan caros al pensamiento de los defensores del análisis económico del derecho y del irrestricto funcionamiento de un mercado perfecto, sin interferencias de ninguna índole (quizás el acentuado liberalismo de Posner, objetado por Guido Alpa, Polinsky y muchos otros). En nuestro derecho la aplicación de los daños punitivos consagrados en el art. 52 bis de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, en la práctica ha resultado descaminada, pues muchas

veces se impusieron estas multas frente a meros incumplimientos objetivos y no ante conductas de inusitada gravedad; y, además, el importe de las penas, en ciertos casos, ha sido irrisorio en relación con el sentido disuasorio que se pretende obtener de ellas (así, por ejemplo, se ha condenado a poderosas empresas a pagar, aproximadamente, treinta mil pesos, cinco mil pesos, dos mil pesos, etc.). Está muy claro que el instituto, cuando menos en muchas ocasiones, no parece haber sido comprendido.

Advierto que el Proyecto de 2012 sólo permitía imponer sanciones pecuniarias a quien actúa con grado de menosprecio hacia *los derechos de incidencia colectiva*, a pedido de parte; y si bien refería que el juez debía establecer el destino del importe de la sanción, resulta evidente que por la naturaleza de los derechos lesionados dicho importe no podrá ir nunca a manos de los legitimados que han formulado la solicitud (art. 1714).

El debate, como dije, permanecerá abierto, sobre todo para la regulación de algunos institutos en leyes especiales, pero me parece que en los hechos no podrá distanciarse mucho de lo que he señalado.

De todos modos esto ya es historia, pues la sanción pecuniaria disuasiva fue suprimida por la Comisión Bicameral que revisó el mencionado Proyecto de 2012 y este criterio fue mantenido por las dos Cámaras del Parlamento (también fue abolido el art. 930 en consonancia con el temperamento anterior). Sólo quedó en pie el art. 1715, un extraño injerto, cuyo contenido está dado por el art. 1714, que se relaciona con otras sanciones civiles, como las conminatorias del art. 804, que no importa una punición excesiva sino una prestación distinta en favor del acreedor —que, en todo caso, debe morigerarse (las *astreintes*)— y con los desvaídos daños punitivos del art. 52 bis. de la ley 24.240 y su modificatoria —en origen el Proyecto de 2012 había mejorado sensiblemente la redacción del texto vigente, en tanto se hubiere deseado mantener en su sector los daños punitivos, pero en definitiva el Congreso Nacional dejó sin efecto la reforma propuesta (razón por la cual el precepto permanece inalterado en su conformación originaria)—⁽⁹⁰⁾.

17. Por lo demás, la función preventiva-punitiva es sostenida en otros argumentos de la misma naturaleza. En esta dirección, se menciona la ley italiana 349/86 —art. 18.6—, que disciplina la acción del Estado contra los contaminadores, y autoriza a los jueces a fijar un monto del resarcimiento en equidad en vista de la gravedad de la falta y el lucro obtenido por el dañador (evidentemente, un desafortunado *lapsus* legislativo).

(90) BUERES, A. J. - PICASSO, S., *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Obligaciones*, Hammurabi, Buenos Aires (en prensa), "Comentario al art. 1708".

18. No hace mucho tiempo se ha pretendido introducir la figura de los daños “ultracompensatorios”, que presenta contornos borrosos y comprende escasos supuestos muy puntuales. Comoquiera que sea, los aludidos supuestos son extraños por completo a la responsabilidad civil⁽⁹¹⁾.

Por de pronto, se clarifica que los daños “ultracompensatorios” no se identifican con los daños punitivos angloamericanos. Se trata de nuevas especies “resarcitorias” (*sic*) destinadas a rastrear remedios diferentes de los estrictamente compensatorios, pero que no necesariamente desplieguen una función punitiva (aunque pueden desplegarla a más de la función disuasoria).⁽⁹²⁾ Nosotros observamos que si se habla de especies “resarcitorias” ya de entrada hay una aparente contradicción, puesto que es difícil desarraigar el resarcimiento de la compensación (a menos que resarcimiento equivalga a todo aquello que se concede al actor por títulos diversos). De cualquier manera, se insiste en que se trata de figuras no compensatorias que tienen una función disuasoria o disuasoria y punitiva. Esta última función no aproxima la especie a los daños punitivos, los cuales poseen una excesiva desproporción en su cuantía (*excessiveness*) —esto puede ser relativamente exacto cuando se está en presencia de la *fattispecie* disciplinada por el art. 125 del Código de la Propiedad Industrial, en la medida en que bonifica al dañado con las utilidades que haya percibido el dañador que excedan el lucro cesante o que se pidan sin reclamar el lucro cesante (párrafo tercero)—.

En el curso de este desarrollo de ideas se reconoce que los daños “ultracompensatorios” no pueden ser ubicados con facilidad en figuras definidas. No obstante y al no ser compensatorios en sentido estricto, sirven para suplir las deficiencias de algunos remedios resarcitorios (que han de completarse con elementos disuasorios y hasta punitivos).

De tal manera, los daños “ultracompensatorios” resultan vitales para alcanzar la reparación íntegra (o plena), lo cual es inexacto pues la susodicha reparación plena se nutre de forma exclusiva de componentes compensatorios sin que interese para llegar a esta conclusión que al damnificado se lo otorguen partidas por otros conceptos —correcta o incorrectamente—. Está claro que se admite paladinamente que estas escasas figuras de difícil definición y que están fuera de todo sistema metódico, dado que difieren en mucho entre ellas, no autorizan a proclamar que la responsabilidad civil tiene una función (añadida) disuasoria, como princi-

(91) FRATA, L. *Funzioni della responsabilità civile e danni “ultracompensativi”*, tesis doctoral, Università degli Studi di Milano. Scuola di Dottorato in Scienze Giuridiche, Dipartimento di Diritto Privato e Storia del Diritto, Corso di Dottorato in Diritto Comparato, XXIII Ciclo, Anno Accademico 2009/2010, ps. 5 y ss.

(92) *Ibidem*, p. 272.

pio general (pues dicho efecto quedaría confinado a escasísimas hipótesis “ultracompensatorias”)⁽⁹³⁾.

Entre los ejemplos de “daños ultracompensatorios” se mencionan las *astreintes*, las *atribuciones* dinerarias impuestas por los jueces por *lite* o *resistenza temeraria* (abuso del proceso, temeridad y malicia), las previstas para las controversias entre padres de menores en lo que hace al ejercicio de la patria potestad y la guarda y para la *retroversione* de ganancias obtenidas por quien ha vulnerado los derechos de propiedad intelectual. Según nuestro modo de apreciar las cosas, ninguno de estos supuestos puede integrar la responsabilidad civil, ni, por lógica consecuencia, hacer una contribución a la observancia del principio de la reparación íntegra (o plena).

Las *astreintes* —incluidas en el catálogo relacionado— no son penas ni tampoco un componente de la compensación de los daños, sino que se trata de sanciones conminatorias —que es asunto diverso— (más allá de los matices que reconocen divergencias en las disciplinas legislativas francesa, italiana y argentina, entre otras).

Ciertos autores, para distinguir netamente las *astreintes* de la indemnización de daños, conceptúan que ambas no pueden acumularse, pues en supuesto semejante hay una compensación del daño con el lucro. Se nos ocurre que no hay inconveniente en acumular ambos conceptos, sin defecto del carácter conminatorio de las *astreintes*, pues cada uno de ellos se reclama por un título diferente⁽⁹⁴⁾.

Por lo que respeta a las reparaciones en el marco del proceso judicial, de modo liminar advertimos que la opinión dominante —con apoyo en el pensamiento del Giuseppe Chiovenda— entiende que las costas causídicas poseen carácter resarcitorio. No debe ocasionarse un daño a quien lleva razón. Aunque no existen definiciones muy precisas (o acabadas), hay quien dice que el resarcimiento en este caso proviene de la comisión de un acto lícito *a se stante* ajeno a la responsabilidad aquiliana, en razón de que la parte vencida en el proceso posee un derecho abstracto a la tutela jurisdiccional. Bajo otra luz, se cree que promedia una responsabilidad objetiva extracontractual⁽⁹⁵⁾; o bien que la reparación proviene de la injusta

(93) *Ibidem*, p. 274.

(94) AMEAL, O. J., “*Astreintes* e indemnización”, en *La responsabilidad. Libro en homenaje al profesor Dr. Isidoro H. Goldenberg*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, ps. 326 a 328 y sus referencias a las ideas de Roberto López Cabana y al concordante contenido del art. 34 de la ley francesa 91-650 del 9 de julio de 1991, entre otros antecedentes.

(95) CARNELUTTI, F., “*Causalità e soccombenza in tema de condanna alle spese*”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1956, II, p. 214.

lesión causada al vencedor en su esfera jurídica por violación de los deberes de lealtad que pesan sobre las partes⁽⁹⁶⁾.

En torno a los dos primeros apartados del art. 96, Cód. Procesal italiano, observamos que contienen supuestos jurídicos distintos. El primero de ellos se enlaza con el sujeto que actúa o resiste en un proceso de conocimiento, para verificar la existencia de un derecho, con mala fe (dolo) o culpa grave. El segundo apartado atañe a medidas cautelares y a procesos de ejecución puestos en marcha con base en un derecho inexistente. La intensidad acentuada del elemento subjetivo en el apartado 1º tiene su razón de ser debido a que están en juego el acceso a la justicia y el derecho de defensa. En cambio, la apreciación de la culpa prestable en el apartado 2º, que es la culpa leve (se habla de forma imprecisa del actuar "*senza la normale prudenza*"), tiene en cuenta que en ese terreno se discute sobre la existencia de un derecho aún no verificado sino de un supuesto en que la conducta del dañador se despliega sin derecho alguno⁽⁹⁷⁾.

En los dos casos, el monto del daño debe ser probado, pero el juez puede fijarlo si sólo se hizo patente el *an debeatur*.

La naturaleza de estas figuras, según alguna doctrina, está conectada a la responsabilidad extracontractual ex art. 2043, Cód. Civil italiano (1717, 1749 y concordantes, Cód. Civ. y Com. argentino de 2014). Otros autores estiman que sólo el supuesto contemplado en el apartado 2º encuadra en la susodicha norma, ya que éste prevé la culpa leve; mientras que el apartado 1º regula una especie particular de actos procesales dolosos u obrados con culpa grave⁽⁹⁸⁾.

Por último, un tercer criterio apunta a que los dos apartados del art. 96, consagran normas especiales inherentes a actos ilícitos procesales, que se apartan de la regulación del art. 2043 —se trata de dos figuras del derecho adjetivo, propias, aunque, claro está, poseen esencia compensatoria—⁽⁹⁹⁾.

Como puede advertirse, siempre estamos dentro del campo de la responsabilidad civil, sea que se ubiquen los supuestos jurídicos en el art. 2043, bien que se lo haga en sectores de responsabilidad autónomos —pero siempre pensando en la compensación—. Es cierto que alguna opinión

(96) MONTELEONE, G., *Diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1994, p. 162, quien estima que el derecho de acción contra el Estado puede derivar en un acto ilícito. Ver para una ampliación de estas cuestiones: CROCI, C., "La responsabilità processuale", en FAVA, P. (dir.), *La responsabilità civile*, Milano, 2009, ps. 2301 y ss.

(97) DOGLIOLI, M., "Processo crudele, proceso umano", en CENDOM, P. (dir.), *Trattato breve dei nuovi danni*, Cedam, Padova, 2001, vol. III, ps. 2359 y 2360.

(98) DOGLIOLI, M., *ibidem*, p. 2361.

(99) Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 6/2/1984, nro. 874, Foro Italiano, 1984-1892.

aislada insiste en que en estos casos hay una función preventiva (o preventiva-punitiva), pero aunque así fuese, que no lo es, lo cierto es que trataría de sanciones procesales que no guardan relación alguna con los daños punitivos del derecho de fondo y que no reúnen los requisitos que conforman estos últimos⁽¹⁰⁰⁾.

También quedarían incluidas como daños "ultracompensatorios" las medidas establecidas por el art. 709 ter, Cód. Procesal Italiano. Este texto se refiere a las controversias surgidas entre los progenitores de un menor a propósito de la patria potestad y la guarda. Para el caso de comisión de grave falta de cumplimiento o de actos que causen perjuicios al menor o que sean un obstáculo para el correcto desenvolvimiento de las modalidades de la guarda, el juez, al margen de la facultad que le asiste para modificar decisiones ya dictadas, podrá prevenir (o apercebir) al infractor, disponer un resarcimiento de daños en beneficio del menor o, en su caso, del otro progenitor y condenar al incumplidor al pago de una suma de dinero a título de sanción administrativa —que oscilará entre 75 y 5000 euros— en favor de un fondo (*cassa*) de recaudación formado por los importes de las multas.

Consideramos que no es de recibo tipificar estas figuras asimétricas como una categoría especial, dado que en el primer supuesto hay una simple admonición y en el último una penalidad administrativa que, por cierto —y correctamente— no bonifica al sujeto que padece el incumplimiento sino a un fondo de recaudación. Los dos casos restantes conforman unos resarcimiento de daños nacidos de ilícitos procesales.

19. En España, la ley 1/1982 de protección al honor, a la intimidad familiar y a la propia imagen, prevé la reparación del daño moral con base en dos pautas: la gravedad de la lesión y el beneficio obtenido por el causante (arts. 9.2 y 9.3). Pero en este caso, no advierto la función preventiva-punitiva de la norma, pues, por un lado, se refiere a la gravedad de la lesión y esto equivale a la gravedad objetiva del daño (y no de la falta). Y, por otro lado, con respecto al lucro que obtuvo el dañador, ello no configura una pena sino un beneficio que debe correlacionarse con los principios del enriquecimiento sin causa⁽¹⁰¹⁾.

Al margen, no deben confundirse los daños punitivos con ciertas restituciones (o entregas) dimanantes de los derechos reales (el uso indebido de

(100) FRATA, L. *Funzioni della responsabilità civile e danni "ultracompensativi"*, cit., ps. 185 y ss.

(101) MARTÍN CASALS, M., "Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982", en *Centenario del Código Civil*, Ramón Areces, Madrid, 1990, t. II, p. 1273.

una cosa o derecho ajeno)⁽¹⁰²⁾. Este asunto se enlaza con el enriquecimiento sin causa o con la mismísima responsabilidad civil. Por ejemplo, la Ley de Patentes española (art. 63) hizo suponer a algunos autores que consagra la figura de los daños punitivos, siendo que ciertamente no es así.

El aludido art. 66 de la ley reconoce el derecho a una indemnización de daños en beneficio del titular del derecho de una patente que resulte lesionado por la usurpación ilícita que haya realizado un tercero. A su vez, el art. 66 indica que la indemnización comprende el valor de la pérdida sufrida (daño emergente) y el de la ganancia que se dejó de obtener (lucro cesante). No obstante, en el apartado 2º del art. 66 se expresa que dicho lucro cesante se fijará a elección del dañado conforme a los siguientes criterios: a) por los beneficios que el titular del derecho hubiera obtenido previsiblemente a causa de la explotación del invento patentado; b) por los beneficios que el infractor ha obtenido por explotar el invento, y c) por el precio que el infractor hubiere debido pagar al titular de la patente por la concesión de una licencia que le hubiera permitido llevar a cabo su explotación con arreglo a derecho.

Está muy claro que en los supuestos previstos en los puntos a) y c) hay un lucro cesante que se corresponde con un planteo de responsabilidad, mientras que el caso delineado en el punto b) conforma un aspecto del enriquecimiento sin causa⁽¹⁰³⁾.

También algún autor estadounidense ha sostenido *insólitamente* que la culpa de la víctima opera como un instrumento penal, dado que si el actor contribuye con su negligencia a la producción del daño sufre un castigo al ser privado de una parte de la indemnización (*contributory negligence*)⁽¹⁰⁴⁾. En rigor, la culpa (o, más ampliamente, *el hecho*) de la víctima tiene una incidencia causal para establecer el lógico resarcimiento que debe pagar el dañado al dañado (*nova causa interveniens*)⁽¹⁰⁵⁾.

Por fin, analizaré las hipótesis de perjuicios y restituciones de ganancias previstas por el art. 125, Cod. Propiedad Industrial italiano, derivados de violaciones a los derechos intelectuales. El precepto fue dictado en obser-

(102) Cfr. PICASSO, S., "Sobre los denominados 'daños punitivos'", cit., p. 5; MAYO, J., "El enriquecimiento obtenido mediante un hecho ilícito", LL 2009-C-1018.

(103) DÍEZ-PICAZO - PONCE DE LEÓN, *Derecho de daños*, cit., ps. 54 y 55. La misma solución está consagrada en la Ley de Marcas española 32/1988 del 10 de noviembre de 1988 (art. 38, en especial).

(104) Ver LÓPEZ HERRERA, E., "La función preventiva...", cit., *Prevención del daño*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 193 a 195, 224 y ss., lugar en el que menciona estos ejemplos y algunos otros.

(105) MEDINA ALCOZ, M., *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2003, ps. 153 y ss.

vancia de la directiva comunitaria 2004/48/CE (art. 13), aunque aquél no logró ajustarse de manera cabal a esta última⁽¹⁰⁶⁾.

La primera parte de artículo no presenta ningún inconveniente hermenéutico, puesto que se conecta con el resarcimiento de los daños sufridos por la víctima, que se liquidan con arreglo a los principios generales de la responsabilidad aquiliana (arts. 1223, 1226 y 1227, Cód. Civil italiano). La aludida indemnización comprende el daño emergente, el lucro cesante, el daño moral y el exótico instituto de los beneficios obtenidos por el autor de la trasgresión como opción de una alternativa que incluye al lucro cesante —aunque con las particularidades que detallaré en lo que sigue—. La sentencia que otorga el resarcimiento puede liquidar la cuantía de los daños en una suma global sobre la base de las constancias del proceso y las presunciones que puedan existir. En tal caso, el resarcimiento del lucro cesante no ha de ser inferior al monto de los cánones que el dañado hubiera tenido que pagar, en caso de obtención de la licencia del propio dañado (titular del derecho) —este último es el criterio *royalty virtual* para tarifarse el mínimo de una pérdida de ganancias—.

La tercera parte del art. 125 ter indica que, en todo caso, el titular del derecho lesionado podrá solicitar la restitución de las ganancias obtenidas por el autor de la violación "*in alternativa*" del lucro cesante o en la medida en que las ganancias ilícitas excedan el monto del aludido lucro cesante. Este último *comma* de la norma es original a la par que impreciso. Por un lado, autoriza al perjudicado a solicitar la restitución de las ganancias obtenidas por el infractor, *en apariencia en su totalidad*, con lo cual habría una aplicación de la *condictio* por intromisión (o enriquecimiento)⁽¹⁰⁷⁾. Pero, por otro lado, se añade en calidad de opción, que las ganancias ilícitas

(106) FRATA, L. *Funzioni della responsabilità civile e danni "ultracompensativi"*, cit., ps. 242 y 243.

(107) Estos antecedentes me hacen pensar lo siguiente:

1) La Ley de Patentes española (*supra*, 1.13) y otras coincidentes, tienden a incorporar de forma indebida institutos jurídicos del derecho anglosajón y hasta del derecho continental, que no parecen respetar los requisitos de la acción de enriquecimiento y de la acción de daños (son modas que se incluyen en leyes especiales sobre materias muy concretas —propiedad industrial, patentes, intimidad y honor, etcétera—) —ver en sentido crítico: DÍEZ-PICAZO - PONCE DE LEÓN, *Derecho de daños*, cit., ps. 54 a 56—.

2) Entre los requisitos varios que separan las acciones de enriquecimiento y de daños, observamos que en la primera hay una correlación causal entre el incremento patrimonial y el empobrecimiento.

3) Corolario de ello, es que la acción de daños tiende a obtener la reparación íntegra, mientras que en la de enriquecimiento la restitución tiene su objeto y medida en la cuantía del enriquecimiento.

4) En ocasiones, las acciones de enriquecimiento y de daños se han difuminado (creemos que sin motivo alguno), hasta tal punto que algunas leyes permiten al interesado optar por una u otra (*waiver of torts* del derecho anglosajón).

pueden ser pretendidas en la medida en que excedan la cuantía del lucro cesante, supuesto este que en la práctica no parece reconducir a resultados diferentes de los que pueden obtenerse por medio de la condición de intromisión (exista o no exista daño alguno por lucro cesante).

De todas formas, la anfibología del texto hizo suponer, sin razón, que el reclamo del excedente del lucro cesante, reconocería un parentesco con el *disgorgement of profits* anglosajón —que adiciona a un supuesto compensatorio, matizaciones disuasorias y punitivas—, o bien con la culpa lucrativa francesa, que, en ocasiones, fue avizorada por alguna doctrina como un daño punitivo⁽¹⁰⁸⁾.

En verdad, este tipo de normas producto de las modas, como dije, no hace más que confundir supuestos jurídicos distintos que no deben ser entremezclados.

5) La Ley de Propiedad Industrial española (art. 125) permite al perjudicado optar “como indemnización” (*sic*) entre el beneficio que el damnificado hubiera obtenido presumiblemente de no mediar la utilización ilícita de la obra o la remuneración que dicho sujeto hubiera percibido de haber autorizado la explotación por el infractor. Se ha pensado que en el primer caso hay un lucro cesante, mientras que en el segundo promedia la restitución de un valor extraído del patrimonio del reclamante (DÍEZ-PICAZO - PONCE DE LEÓN, *Derecho de daños*, cit., ps. 54 y 55). No obstante, la ley parece considerar que en ambos casos existe indemnización de daños y yo estimo que, en verdad, las dos opciones de la alternativa enunciada pueden constituir modos de resarcir lucros cesantes.

6) Distinta es la interpretación que suscita la mencionada Ley de Patentes de España, la cual en el art. 66, ap. 1º, permite al titular reclamar el daño emergente y el lucro cesante (art. 63). Sin embargo, en el ap. 2º del referido art. 66 se establece que “el lucro cesante” (*sic*) se fijará a elección del perjudicado de acuerdo con estos criterios: a) por los beneficios que el titular de la patente hubiera obtenido previsiblemente de la explotación del invento patentado; b) por los beneficios que el infractor haya obtenido de la explotación del invento patentado, y c) por el precio que el infractor hubiera debido pagar por la concesión de una licencia a fin de llevar a cabo la explotación con arreglo a derecho.

Los casos relacionados en los puntos a) y c) corresponden a indemnizaciones por lucro cesante, en tanto que el precisado en el punto b) se vincula con la *condictio* de intromisión (o de enriquecimiento). Consideramos que es mucho más lógico concluir que la opción b) sería pertinente siempre que el monto del lucro cesante coincidiera con el del enriquecimiento ilícito, puesto que de tal manera quedaría establecida la relación de causa a efecto entre los beneficios obtenidos y el empobrecimiento. Pero la *condictio* por enriquecimiento (según el *waiver of torts*, por ejemplo), posibilita al perjudicado la reclamación de la totalidad del monto del enriquecimiento obtenido por el infractor, a pesar de que el daño sufrido por la víctima sea menor o de que dicho daño no haya existido (CAPILLA RONCERO, Francisco, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Fundación Universitaria de Jerez, sin fecha ni indicación de lugar de publicación, ps. 232 y 233).

(108) FRATA, L. *Funzioni della responsabilità civile e danni “ultracompensativi”*, cit., ps. 259 a 266, quien incluye este supuesto resarcitorio, junto con otros pocos, en la imaginada categoría de los daños “ultracompensatorios” (ver mi juicio crítico, en BUERES, A. J. - PICASSO, S., “La función de la responsabilidad civil y los daños punitivos”, *Revista de Derecho de Daños*, 2011-2, Daño Punitivo, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 52 y ss.

20. En resumidas cuentas, nadie desconoce ni ha desconocido que la responsabilidad civil es la *obligación de reparar el daño causado a otro* (etimológicamente, el dar respuesta frente a un estar obligado por deuda propia o por deuda ajena)⁽¹⁰⁹⁾.

Asimismo, la doctrina no ha propuesto nunca, conceptual o sustantivamente, que la responsabilidad civil sea, a más del deber de reparar el daño, el deber de evitarlo o aun de reprimirlo⁽¹¹⁰⁾.

Por cierto, es absolutamente justificable jurídica, moral, sociológica y económicamente la prevención de los daños, inclusive, dentro de la disciplina legal del propio derecho civil (para prevenir no se necesita castigar, de donde no necesariamente es menester echar mano al derecho penal o al derecho administrativo sancionatorio —como se ha dicho—).

De todas maneras, los conceptos se confunden o se entremezclan, se globalizan —como es común en estos tiempos de superficialidad intelectual—.

Por tanto, es desacertado llamar responsabilidad civil a un *quid* diferente de la reparación —o de la compensación— (devida). La susodicha responsabilidad sobreviene *a posteriori* de la producción del daño (es una consecuencia jurídica de él) y la prevención *ex ante* y *específica* no encaja —o encaja muy mal— en el referido esquema, por más que muchos opinantes quieran ampliarlo, en ciertos casos subcientemente (y de modo totalmente impreciso) contra la más pura lógica que poseen los verdaderos significados de las instituciones (que no pueden pasarse por alto *sic et simpliciter* sin un estudio serio y meditado).

A la vista de lo expuesto, no existe impedimento alguno para que el provento, aunque cada día más lozano, *alterum non laedere*, sea captado como una cláusula general o *direttiva di massima*, como suele decirse en Italia, que establezca que quien daña ha de reparar el perjuicio y, amén de ello, que hay un deber de adoptar todas las medidas necesarias para evitar el daño o, en todo caso, para que, producido, se impida su agravación (art. 1718 y concordantes, Cód. Civ. y Com. 2014).

De ahí que el derecho de daños (*lato sensu*) y no sólo la responsabilidad civil (una parcela de aquél) pueda escindirse y contener en su ámbito dos funciones básicas, a saber: 1) la tutela inhibitoria que está dirigida a evitar

(109) HENRIOT, J., “La responsabilité”, *Archives de Philosophie du Droit*, nro. 22, Sirey, Paris, 1977, ps. 59 a 62; HUSSON, L., *Les transformations de la responsabilité. Etude sur la pensée juridique*, Presses Universitaires de France, Paris, 1947, ps. 156 y 157, entre otros muchos.

(110) BUERES, A. J., “La responsabilidad por daños en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, año XV, nro. 2, febrero 2013, La Ley, Buenos Aires, p. 5.

perjuicios, y 2) la tutela resarcitoria entraña la obligación de reparar el daño ya ocasionado —responsabilidad civil—⁽¹¹¹⁾

Cuadra destacar que el grupo de juristas que elaboró el capítulo 1, título V, Libro III, propuso a la Comisión de Reformas, con suma tino, emplear la expresión derecho de daños en lugar de responsabilidad civil, habida cuenta de que el art. 1708 no se ocupa en su dicción textual tan solo de la función compensatoria sino que abarca la función preventiva (planteo lógico por lo expuesto y, aparte, por ser más correcto, dado que la responsabilidad civil queda acotada a la obligación de reparar y en muchos medios jurídicos se la restringe a la responsabilidad extracontractual (p. ej., España). La Comisión, pese a encontrar razonable la objeción prefirió conservar la tradicional y cicatera denominación responsabilidad civil⁽¹¹²⁾.

Por lo demás y en consonancia con mi posición, se ha dicho que los fines de la responsabilidad civil, objetivamente considerados (*mens legis*) no son otros que la necesidad de dar solución al problema que suscita la producción de daños en la vida social, no ponderando otro vínculo jurídico entre el causante y la víctima que el *alterum non laedere*. En definitiva, la institución tiende a establecer la distribución o el reparto de los daños entre quien los ocasiona (o debe afrontarlos) y el dañado; y no hay otra relación implicada fuera del aludido principio de no dañar bienes ajenos. Si se entiende que víctima debe pechar con el perjuicio el derecho no reacciona frente al referido perjuicio, puesto que nadie debe responder por él (no hay responsabilidad civil). De donde, es evidente que la finalidad objetiva y última de la responsabilidad civil es puramente compensatoria desde su esencia⁽¹¹³⁾. En el derecho penal, por el contrario, el propósito involucrado es el de sancionar al culpable mediante una pena (un *quid* adicional a la compensación del perjuicio, cuando quepa). Vale decir, con una pena en sentido estricto cuyo tenor e intensidad siempre han de establecerse en función de la gravedad de la falta. La reacción del derecho civil no va más allá de la reparación del daño a base de la gravedad de éste, reparación que siempre debe ser plena (o íntegra) cualquiera que sea la gravedad de

(111) LLAMAS POMBO, E., "La tutela inhibitoria del daño (la otra manifestación del derecho de daños)", *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, La Ley, Buenos Aires, t. 2002, ps. 181 y ss., y en *Problemas actuales de la responsabilidad civil*, Consejo Superior de la Judicatura, sala Administrativa, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Madrid, 2011, Impreso en Colombia, acápite 2. 2, sin numeración de página.

(112) BUERES, A. J. - PICASSO, S., *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Obligaciones*, cit., "Comentario art. 1708", a mi juicio equivocadamente.

(113) PEÑA LÓPEZ, J. M., "Prólogo" a la obra de PEÑA LÓPEZ, F. *La culpabilidad en la responsabilidad extracontractual*, Comares, Granada, 2002, ps. XXI a XXIII, en especial. Cfr. DÍEZ-PICAZO - PONCE DE LEÓN, *Derecho de daños*, cit., ps. 47 y 48.

la culpa —la cual, inclusive, puede no existir en razón de la frecuente presencia de la responsabilidad objetiva—. Podrá discurrirse en torno a si esta reacción punitiva, hoy día, apunta más que al castigo por el castigo mismo (*quia peccatum est*) a la prevención (*ut ne peccetur*), con el propósito primordial de evitar la repetición de los comportamientos dañosos por parte del infractor (prevención especial) y por parte de la sociedad (prevención general) o a otros fundamentos —que ciertamente esboza la doctrina—. Pero puede suceder que la responsabilidad civil que, como quedó dicho tiende a compensar, no obstante pueda generar en el infractor algún deseo de prevención futura. Pero esta actitud, si se verificara, que, por lo mismo, es contingente y no necesaria, es puramente psicológica y no jurídica, razón por la cual nunca podría erigirse en función normativa de la responsabilidad civil⁽¹¹⁴⁾. Dicha actitud es el subproducto fáctico de la compensación del cual he hablado.

Todos estos argumentos reconducen a la conclusión de que en lugar de distorsionar conceptos afirmados durante el curso de la historia, que no resulta necesario forzar la indemnización de daños con finalidades disuasorias o punitivas (*ex ante* o *ex post*). La tutela inhibitoria, que es el remedio adecuado, existió siempre, repito una vez más, y sólo reclama la prohibición en las normas de las conductas nocivas, sin necesidad de acudir a las amenazas de la represión, que, en todo caso, se desliza por otros carriles⁽¹¹⁵⁾. ¿Qué sentido tiene llamar responsabilidad civil a lo que es sólo prevención o inhibición de aquélla? No hay ningún impedimento para separar dos categorías de daños (lato sensu) y para brindarles una regulación diferente: el daño amenazante que todavía no se produjo y el daño que efectivamente ha sido ocasionado a la víctima. Y estas funciones, como he señalado reiteradamente en este trabajo, pueden ubicarse sin esfuerzo en el derecho de daños —sin que este género agote su contenido sólo en ello—⁽¹¹⁶⁾.

21. La confusión generada por superponer indebidamente las tutelas preventiva y compensatoria sobré el estamento de la responsabilidad civil guarda un cierto parentesco con la perplejidad que ocasionó la definición de hecho jurídico contenida en el art. 896, Cód. Civil 1869, y que fue cimentada, precisamente, en los textos relacionados con la "justicia preventiva" —como se la ha llamado hace ya algunos años—. Una doctrina desafortunada con respecto al susodicho texto del art. 896 defendió la teoría empirista, según la cual —entre otras cosas— no es imprescindible que el hecho (para

(114) PEÑA LÓPEZ, J. M., *ibídem*.

(115) LLAMAS POMBO, E., "La tutela inhibitoria (la otra manifestación del derecho de daños)", cit., p. 187.

(116) BUERES, A. J., "El futuro de la responsabilidad civil: ¿Hacia dónde vamos?", cit., acápite 1.12, p. 751.

ser jurídico) produzca la consecuencia de derecho (supuesta) de forma inexorable, pues es suficiente que posea la posibilidad de producirla⁽¹¹⁷⁾.

Este temperamento bifrontal, en cuanto a las consecuencias del hecho (en el caso concreto que analizo, un acto ilícito), se sostiene en los arts. 911, 1067 y 1132, Cód. citado. El primer precepto permite “obligar” a una persona a abstenerse de realizar un hecho cuando obre en contra las leyes —si lo realizare— y no pueda tener lugar la intervención oportuna de las autoridades. El art. 1067, que es para este caso más significativo, expresa que “No habrá acto ilícito para los efectos de este Código, si no hubiera daño causado *u otro acto exterior que lo pueda causar* y sin que a sus agentes se les puedan imputar dolo, culpa o negligencia” (destaco en bastardillas la parte esencial). Finalmente, el art. 1132 niega la posibilidad de que el propietario de una finca contigua a un edificio que amenaza ruina, puede pedir al dueño de éste una garantía por el perjuicio eventual o exigirle que repare o demuela el inmueble (*cautio damni infecti*).

Aguiar, en relación con el art. 1067, elogia la definición del art. 896 (inspirada en el art. 431 del *Esboço* de Freitas, como he manifestado) e intenta sostener que ella, con las normas concordantes, estableció la justicia preventiva, al no exigir la producción efectiva del daño para que un hecho sea jurídico, sino que basta, para que exista ese hecho, con que el daño sea de factible realización (en definitiva, confunde la responsabilidad civil con la sana tutela inhibitoria).

En rigor, el acto ilícito que causa daño impone la obligación de reparar, mientras que el acto ilícito que no ocasiona daño (arts. 911, 1067, 1132, 2249, segunda parte, Cód. Civil 1869) contiene antijuridicidad —aunque no precisa de un factor de atribución, como bien refiere el art. 1711, Cód. Civ. y Com. 2014—, pero la consecuencia de derecho no ha de ser la responsabilidad civil (“punibilidad” en la defectuosa terminología del art. 1067). Ese efecto jurídico se satisfará con la factibilidad de que el amenazado puede solicitar medidas de defensa personal⁽¹¹⁸⁾. Está claro que en el antiguo art. 1067 hay dos tipos de actos ilícitos del mismo modo que en el derecho de daños existe una tutela inhibitoria y otra resarcitoria (esta última configurada por la responsabilidad civil⁽¹¹⁹⁾). En la actualidad nadie defiende el

(117) AGUIAR, H., *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley. La voluntad jurídica*, Tea, Buenos Aires, 1950, t. I, p. 14, quien hace una interpretación particular de la palabra “susceptibles” que contiene el texto y que es una traducción del portugués que Vélez Sarsfield realiza del art. 431 del *Esboço* de Freitas (susceptibles = capaz de...).

(118) ACUÑA ANZORENA, A., “Actos ilícitos. Definición y elementos”, en *Estudios sobre la responsabilidad civil*, Platense, La Plata, 1963, ps. 12 y 13.

(119) Sobre todo esto, véanse: BUERES, A. J., “Hechos y actos (o negocios) jurídicos”, en *Pensar en Derecho*, Eudeba, Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires, Buenos

absurdo criterio de Aguiar y, de acuerdo con la teoría normativa (o normativista), que posee consenso universal, se estima que el hecho jurídico es el acontecimiento al cual la ley —o el ordenamiento— liga un consecuencia, o, con más amplitud, el acontecimiento o suma de acontecimientos (en este último caso hecho complejo), previsto en las normas, que, de producirse en el plano de la realidad, debe necesariamente (cuando menos desde el punto de vista normativo —más allá de lo fáctico—) producir un efecto de derecho⁽¹²⁰⁾. En esta última dirección se ha pronunciado bien el art. 257, Cód. Civ. y Com. 2014⁽¹²¹⁾.

22. En definitiva, el Código Civil y Comercial Argentino de 2014 incorporó la denominada “función preventiva” en los art. 1710 a 1713 y la sostuvo en tres grandes pilares: la consagración expresa del deber general de no dañar a otro (art. 1710, inc. a); la existencia de un correlativo deber general de buena fe, tendente a que, de acuerdo con las circunstancias, se adopten las medidas razonables para evitar la producción del daño o disminuir su magnitud (art. 1710, inc. b); y la creación de una acción, con una legitimación muy amplia dirigida a que el juez adopte las medidas para impedir la producción del daño, su continuación o agravamiento (arts. 1711 a 1713).

Para mí resulta claro que, aunque el art. 1708 predique la función mencionada en relación con la responsabilidad civil, nada impide que una interpretación correctora que cabalga por encima de la dicción textual de las normas y que apunta a la esencia del auténtico contenido de ellas, permita entender que la tutela inhibitoria y la tutela compensatoria son independientes y forman parte del socorrido derecho de daños —el cual, inclusive, podría no agotar su contenido en esas dos instituciones—.

La prevención por medio de la tutela inhibitoria se evidenció en España, por ejemplo, en los interdictos posesorios, en la acción negatoria, en el art. 590, Cód. Civ. español, en el art. 9.2. de la Ley Orgánica de protección a los derechos al honor, a la intimidad o a la imagen. En la actualidad hay sistemas atípicos (o abiertos) de protección a las personas de los daños resarcibles (injustos) —el interés de indemnidad—. En Alemania se utilizó la *unterlassungsklage* (y se ha elaborado una tutela inhibitoria para todo daño a partir del art. 1004, BGB, relativo a la acción negatoria del propietario). Por

Aires, 2012, nro. 0, año 1, ps. 118 y ss., y en *El acto ilícito*, cit., ps. 17 y ss. —donde expongo la postura *normativa*, de aceptación generalizada—. Cfr. ORGAZ, A., *Hechos y actos o negocios jurídicos*, Víctor P. de Zavallá, Buenos Aires, 1963, p. 14.

(120) ALBALADEJO, M., *Instituciones de derecho civil. Parte general y derecho de las obligaciones*, Bosch, Barcelona, 1960, t. I, p. 315; BUERES, A. J., “Hechos y actos (o negocios) jurídicos”, cit., ps. 123 y ss.

(121) BUERES, A. J., *ibidem*, ps. 142 a 144.

su lado, en el derecho inglés se aplicó la *injunction*. Ante la insuficiencia de resarcir el daño (*tort*), comenzó a cobrar auge la mencionada *injunction* como un medio equitativo, pronunciado por una *court of equity*. Frente a la *liability rule*, que mira a compensar perjuicios ya producidos, la *injunction* tiene como base la *property rule*, que no protege sólo la propiedad y otros bienes materiales, sino que tutela cualquier derecho o interés amparado por el ordenamiento⁽¹²²⁾. También la tutela inhibitoria amplia (atípica) rigió en Francia e Italia y, en general, en todos los ordenamientos⁽¹²³⁾.

(122) PIETROBON, V., *Illecito e fatto illecito, inhibitoria e riscarcimento*, Cedam, Padova, 1998, p. 13.

(123) LLAMAS POMBO, E., *Problemas actuales de la responsabilidad civil*, cit., acápites 2.4 y 2.5, sin número de páginas.

LA SOCIEDAD ANÓNIMA UNIPERSONAL

POR MANUEL OSVALDO COBAS

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La sociedad anónima unipersonal. 3. La constitución de la sociedad anónima unipersonal. 4. La fiscalización estatal. 5. El socio de la sociedad anónima unipersonal. 6. El capital social. 7. La denominación de la sociedad anónima unipersonal. 8. La modificación de la ley 19.550. 9. Conclusión.

1. Introducción

El art. 30 del Código Civil derogado definía a la "persona" como "todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones".

Pareció apropiado introducirnos en el tratamiento de las sociedades anónimas unipersonales (SAU), desde el punto de vista de su personalidad. Y aun, con la vieja norma de Vélez antes mentada, este ente es lo que es: una persona jurídica, concepto que encuadraba también con la vieja definición del art. 32 del mismo cuerpo de normas antes citado.

Decía Cifuentes sobre el particular, que estas estructuras tienen una pluralidad de socios, una idea organizadora, un gobierno o autoridad, un fin o idea fuerza y la personalidad que les permite adquirir derechos y contraer obligaciones⁽¹⁾.

Claro está, que esta nueva estructura jurídica es unipersonal, lo que parece contradecir su derivación del género persona, como es el de sociedad, constituida sobre la base de dos integrantes o más.

Se trata pues, a nuestro criterio, también de un cambio en el análisis de las teorías que explican la personalidad jurídica de este tipo de entes,⁽²⁾ y

(1) CIFUENTES, Santos, *Elementos de derecho civil. Parte general*, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 226.

(2) CAPUTO, Leandro J., *Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria*, Astrea, Buenos Aires, 2006, ps. 6 y ss.

también la de "empresa" como unidad de producción. Esta segunda denominación estaría a nuestro criterio mejor relacionada con las características y estructura del ente en comentario.

Desde el punto de vista idiomático el término sociedad expresa precisamente, una reunión mayor o menor de personas, familias, pueblos o naciones. Esta reunión en el plano jurídico o económico se refiere al contrato "por el cual dos o más personas se obligan a poner en un fondo común bienes, industria o cualquiera de ambas cosas, con ánimo de repartir entre sí las ganancias"⁽³⁾. Éste era también el concepto decimonónico que imponía el art. 1648 del anterior Código Civil⁽⁴⁾. Esta estructura fue modificada por el título II, del Libro I, del Código Civil y Comercial vigente, y a partir del concepto de persona jurídica contenido en el art. 141 del mencionado cuerpo de normas y en particular en el texto de la ley 19.550, ahora Ley General de Sociedades, en el que conforme lo legisla el anexo II de la ley 26.994, se dispone en la primera parte de su art. 1° que "Habrà sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas"⁽⁵⁾.

De la forma antes señalada, se introduce la noción de sociedad unipersonal que nos permitirá avanzar sobre el concepto de "sociedad anónima unipersonal", como una herramienta técnica, que permite parcelar los negocios de una persona humana o jurídica, limitando su responsabilidad al patrimonio afectado a esos negocios⁽⁶⁾.

(3) *Diccionario enciclopédico Nuevo Espasa Ilustrado*, Espasa Calpe, Madrid, 1999, p. 1581.

(4) Código Civil derogado, art. 1648: "Habrà sociedad, cuando dos o más personas se hubieran mutuamente obligado, cada una con una prestación, con el fin de obtener alguna utilidad apreciable en dinero, que dividirán entre sí, del empleo que hicieren de lo que cada uno hubiera aportado".

(5) A título de antecedente cabe señalar que en las notas explicativas del Proyecto de Código Civil elaborado por la Comisión Especial de Unificación Legislativa Civil y Comercial de la Cámara de Diputados de la Nación, según publicación de Editorial Astrea de 1987, p. 39 puede leerse: "En los cambios que se introducen la ley 19.550, la reforma extiende tal aptitud a las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada que, de conformidad con conocidos desarrollos modernos, podrán ahora constituirse y funcionar con un solo socio. Para las sociedades de responsabilidad limitada se requiere que esta sea una persona física. Se da con ello solución a la propuesta de regulación de la llamada 'empresa individual de responsabilidad limitada' que tuvo importantes antecedentes legislativos en nuestro país".

(6) MARTORELL, Ernesto E., "Breves estudio societarios. La sociedad hoy: 'El crepúsculo de los mitos'", LL 1996-C-1408; CAPUTO, Leandro J., *Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria*, cit., con cita de GALGANO, Francesco (dir.), *Le società*, Torino, 2001. "...Expone que estas entidades nacen de la mente humana como resultado de la reducción intelectual a la unidad de una pluralidad de seres humanos, siendo la naturaleza jurídica de la persona jurídica la de una mera técnica, de separación del riesgo y de la responsabilidad".

Va de suyo, que la denominación de sociedad unipersonal configura una contradicción con la idea de sociedad⁽⁷⁾ antes desplegada, y estructurada sobre la base de la unión de dos o más personas y por consiguiente también de la noción de contrato.

Es más, se trataría en este supuesto de una declaración unilateral de voluntad⁽⁸⁾, de la que resulta potencialmente un haz de relaciones entre la sociedad unipersonal y otros entes, humanos o jurídicos⁽⁹⁾.

2. La sociedad anónima unipersonal

El párrafo segundo del art. 1° de la ahora Ley General de Sociedades —antigua ley 19.550— dispone que la sociedad unipersonal sólo se podrá constituir bajo la forma de sociedad anónima, no pudiendo serlo por otra sociedad unipersonal. A manera de comentario, señalamos que indicada la forma exclusiva bajo la cual podrá constituirse la sociedad unipersonal, pareciera una prohibición innecesaria la constitución de la misma, por otra sociedad unipersonal.

Tampoco el tipo social elegido por el legislador ha merecido una aceptación unánime de la doctrina. Por el contrario, se ha propuesto el tipo de la sociedad responsabilidad limitada para corporizar la sociedad unipersonal, en función en primer lugar de la protección a los intereses de terceros, dada la mayor transparencia de este tipo social frente a las complejidades de la sociedad anónima.

En otros países se desarrolló la idea de una empresa unipersonal de responsabilidad limitada o el establecimiento individual de responsabilidad limitada como en Portugal, entre otros⁽¹⁰⁾.

(7) FARGOSI, Horacio P., "Anotaciones sobre la sociedad unipersonal", LL 1989-E-1036, con cita de VIVANTE, descarta la presunta contradicción en el uso del término "sociedad" y "unipersonal". BUTTY, Enrique M., "¿Legislación civil y comercial: reforma o cambio...?", LL 1987-D-906. "De otro lado, la posibilidad de sociedad de solo un socio *ab initio*, importa en todas las lógicas (material, formal, deóntica) una contradicción en los términos".

(8) REZZONICO, Luis M., *Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil*, Librería Editorial Ciencias Económicas, Buenos Aires, 1958, ps. 575 y ss.; ALTERINI, Atilio - AMEAL, Oscar J. - LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, ps. 692 y ss.

(9) PIAGGI, Ana, *Estudios sobre la sociedad unipersonal*, Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 9.

(10) MANÓVIL, Rafael M., "El establecimiento individual de responsabilidad limitada (Breve glosa de un aventurado paso legislativo en Portugal)", LL 1987-C-652; Portugal, Código de las Sociedades, capítulo X, arts. 270.A y ss. RICHARD, Efraín H., *La reforma del derecho comercial en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Legis, octubre 2012, p. 277.

Sin perjuicio de las críticas y dudas que suscita un proceso de cambio, la generación de estructuras unipersonales de responsabilidad limitada fue en incremento⁽¹¹⁾. Buen ejemplo de ello es la nueva regulación en nuestro propio país, resultante del ahora Código Civil y Comercial y de la Ley General de Sociedades⁽¹²⁾. Una de las razones de esa evolución y quizás la más importante está, precisamente, en la limitación de responsabilidad del ente social⁽¹³⁾.

Por otra parte, la sociedad anónima unipersonal pareciera haber sido pensada para instrumentar pequeñas y medianas empresas, a través de las cuales se desenvolvería la microeconomía del país⁽¹⁴⁾. Empero, la estructura legal originaria fue proclive a la constitución de sociedades de gran envergadura, y la constitución originaria de un directorio y un organismo de control colegiado en número de tres directores y tres síndicos conspiraron con propósito inicial y de ahí su ulterior reforma, sobre la que volveremos.

3. La constitución de la sociedad anónima unipersonal

La SAU puede constituirse mediando escritura pública, de manera originaria unipersonal o puede resultar como derivación de la modificación de otro tipo de sociedad, como resultado de la disminución del número de los socios de estas últimas hasta quedar reducidos a uno de ellos, ya que esa reducción no es causal de disolución social, quedando estos entes, como, por ejemplo, una sociedad en comandita simple, constituida de pleno derecho en una SAU, si en el término de tres meses no se dispone otra solución.

4. La fiscalización estatal

Las SAU estarán sometidas a una fiscalización estatal permanente de su funcionamiento, la disolución y su liquidación, tal como resulta del art. 299 de la Ley General de Sociedades.

5. El socio de la sociedad anónima unipersonal

Sin perjuicio de la limitación establecida en el art. 1° de la Ley General de Sociedades, podrá ser el socio único de este tipo social, tanto una per-

(11) MEZZERA ÁLVAREZ, Rodolfo, "Sociedad anónima unipersonal", *Revista del Colegio de Abogados de la Plata*, año V, nro. 9, julio diciembre 1962, p. 263.

(12) Entre los antecedentes debe recordarse la nota al art. 50 del derogado Código Civil redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield.

(13) CAPUTO, Leandro J., *Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria*, cit., p. 38, citando a Galgano.

(14) SALERNO, Marcelo U., "La empresa ante un proyecto de unificar la legislación civil y comercial", LL 1987-E-1079.

sona física como una persona jurídica, salvo como lo dijimos antes, otra SAU.

El nuevo criterio expuesto en el art. 1° de la ley 19.550 deja de lado el antiguo criterio legal que exigía pluralidad de socios, la que debía no ser sólo originaria sino también mantenerse en el transcurso del tiempo de su vigencia.

6. El capital social

El capital social deberá cumplimentar el mínimo exigido por el decreto 1331/2012 que lo fijó en un mínimo de cien mil pesos (\$ 100.000) e integrarse por completo, en el acto constitutivo de este tipo social, no admitiendo una integración diferida. Igual circunstancia debiera darse con la ampliación del capital social.

7. La denominación de la sociedad anónima unipersonal

La referencia legal indica que la denominación podrá comprender el nombre de una o más personas de existencia física o un nombre de fantasía, pero deberá llevar la expresión de su tipo social, es decir "sociedad anónima unipersonal", su abreviatura o la sigla SAU.

8. La modificación de la ley 19.550

Ya habíamos señalado que las exigencias originarias de la modificación de la ley 19.550 en materia de directorio y sindicatura plurales hacían poco propicias para las pequeñas y medianas empresas optar para su funcionamiento por la estructura de la SAU.

Esta situación se modificó a partir de la ley 27.290 del mes de noviembre de 2016, que instauró la posibilidad del directorio y sindicaturas unipersonales.

Sin perjuicio de lo dispuesto por la norma mentada, el tipo de la sociedad de responsabilidad limitada debiera adoptarse mejor para las sociedades unipersonales, circunstancia que como se ha visto no acaeció.

9. Conclusión

A manera de conclusión puede decirse que la introducción de la sociedad anónima unipersonal en el sistema de la Ley General de Sociedades constituyó un notorio avance que venía propiciado por anteriores intentos de reforma y por la doctrina en general. Por ello parece esclarecedor

El fundamento básico se encuentra previsto en el principio y garantía de la buena fe contractual consagrado en el art. 961 del Cód. Civ. y Com. que dispone: "Buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor". Este principio constituye una regla de buen obrar que a su vez impone una conducta leal y proba; es la derivación de la *fides* romana, que exige confiar en la conducta ajena y actuar correctamente. En la actualidad algunos autores la califican como buena fe lealtad, o bien "*ob causante*", u "objetiva"⁽³⁾.

Cierta doctrina que realiza un análisis profundo y de cierta complejidad, sostiene que en el caso de los contratos o negocios onerosos, como, por ejemplo, en la compraventa, se pueden plantear dos juicios diferentes:

a) el primero vinculado a la validez del acto, cuando se analiza la presencia de los requisitos esenciales que exige la ley⁽⁴⁾, y

b) el segundo referido a un cierto aspecto patológico en el desarrollo de la relación por tratarse de un juicio de funcionalidad, en la expresión de Rubio Garrido; con ello se quiere significar que la relación jurídica se puede mantener en su integridad o ser resuelta en virtud de que se produce un desarrollo totalmente distinto y diferente al que las partes habían propuesto⁽⁵⁾.

nes y contratos, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, p. 105; PLANIOL, Marcel - RIPERT, Georges H., *Tratado práctico de derecho civil francés*, trad. Mario Díaz Cruz, La Habana, 1943, t. IX, vol. I, p. 83.

(3) SPOTA, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, 2ª ed., anotado por LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. III, p. 388; GASTALDI, José María, "La buena fe en el derecho de los contratos", en CÓRDOBA, Marcos (dir.), *Tratado de la buena fe*, La Ley, Buenos Aires 2004, t. I, p. 308; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., "El principio de la buena fe en la relaciones jurídicas de derecho privado", en CÓRDOBA, Marcos (dir.), *Tratado de la buena fe*, cit., t. I, p. 173; FRANCESCETTI, Paolo, *Il contratto in generale*, Maggioli, San Marino, 2007, p. 351; ALPA, Guido, *Le stagioni del contratto*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 37.

(4) DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1996, t. I, p. 449. En el detenido análisis que hace el distinguido jurista español, aclara que los supuestos de "ineficacia" se alude a la "falta de producción de consecuencias" o cuando menos a "aquellas consecuencias que normalmente deberían haberse producido, y que pueden ser razonablemente esperadas". En definitiva se trata de valoración jurídica que puede ser asignada a los actos. En el caso de las nulidades es bueno aclarar que se trata de un supuesto de "ineficacia estructural originaria". Ídem en ZANNONI, Eduardo, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Astrea, Buenos Aires, p. 126; CIFUENTES, Santos, *Negocio jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 569, nro. 302.

(5) RUBIO GARRIDO, Tomás, *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, Studia Albortotiana, Publicaciones del Real Colegio de España, en Bologna, 1993, p. 348; BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. Martín Pérez, RDP, Madrid, 1959, p. 316.

Es importante subrayar que el saneamiento tiene su efecto en el único caso en que el contrato o la relación previa mantiene su eficacia y consiguiente validez; no es posible pensar que pueda existir un *tertium quid*.

Ingresado en el terreno de los conceptos, es posible señalar, tal como lo hace Leiva Fernández, que en el *Diccionario* de la Real Academia Española el vocablo "saneamiento" deviene de la "acción y efecto de sanear" lo que significa "indemnizar al comprador por la evicción o por el vicio oculto de la cosa vendida". Por su parte Badenes Gasset aclara que el concepto de "saneamiento" es lo que la doctrina y el derecho extranjero conoce como "garantía". Y ésta es la que contrae el vendedor a fin de procurar al comprador la posesión pacífica y útil de la cosa, y de "...indemnizarle de los daños y perjuicios en el caso que aquel compromiso no obtenga cumplimiento"⁽⁶⁾.

En la concepción amplia del nuevo Código Civil y Comercial en el art. 1034, la obligación a que se hace objetivo y referencia, consiste en que "El obligado al saneamiento garantiza por evicción y por vicios ocultos (redhibitorios) conforme a lo dispuesto en esa Sección, sin perjuicio de las normas especiales". Sin perjuicio de ampliar, puedo adelantar que la garantía por la evicción consiste en asumir la responsabilidad del transmitente de bienes o derechos ante la privación o el despojo que sufre el adquirente derivado de una sentencia judicial de todo o parte de la cosa o el derecho, por una causa preexistente⁽⁷⁾.

Y el vicio oculto o —en el lenguaje del Código anterior— "redhibitorio" es un defecto que incorporado al objeto le impide a la parte lograr los fines previstos, o bien no permite cumplir con el destino previsto, o menoscaba su propio valor. El Código Civil no vigente en el art. 2164 daba un concepto de suprema comprensión, indicaba que son "...vicios redhibitorios los defectos ocultos de la cosa, cuyo dominio, uso o goce se transmitió por título oneroso, existentes al tiempo de la adquisición que la hagan impropia para su destino, si de tal modo disminuyen el uso de ella que al haberlo conocido el adquirente, no la habría adquirido o habría dado menos por ella"⁽⁸⁾.

(6) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, "Comentario al art. 1033", en ALTERINI, Jorge H. (dir.) - ALTERINI, Ignacio E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado*, 2ª ed., Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2016, t. V, p. 554; BADENES GASSET, Ramón, *El contrato de compraventa*, 3ª ed., Bosch, Barcelona 1995, t. I, p. 537.

(7) SALAS, Acdeel E., "Garantía contra la evicción, concepto y elementos", en *Obligaciones, contratos y otros ensayos*, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 251; SPOTA, Alberto G., "Citación de saneamiento, efectos jurídicos de su omisión", en LL 17- 506; SALVAT, Raymundo - ACUÑA ANZORENA, Arturo, *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, 2ª ed., Tea, Buenos Aires, t. III, p. 364, nro. 2195; CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, 12ª ed. revisada y puesta al día por José Ferrandis Vilella, Reus, Madrid, 1978, t. IV, p. 117.

(8) BERCOVICH RODRÍGUEZ, J., "La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria", en *Anuario de Derecho civil*, año 1969, p. 717; PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de dere-*

2. Breves antecedentes históricos

En cuando a los antecedentes históricos, hago solamente una sucinta referencia que divido en dos partes, una respecto de la garantía de evicción y la otra referida a los vicios ocultos o redhibitorios.

3. Antecedentes de la "evicción"

En lo que se conoce como derecho romano primitivo, la transferencia de la propiedad se realizaba mediante la *mancipatio*, y el vendedor debía asistir al comprador que era demandado por reivindicación. En el correspondiente proceso el enajenante estaba obligado a demostrar que él había sido el propietario legítimo, y de esa manera llegaba a proteger al adquirente. Si el comprador era vencido en el juicio, el transmitente quedaba obligado a indemnizarlo por el doble del valor del bien⁽⁹⁾.

Cuando la compraventa se transformó en un contrato consensual y llegó a hacerse efectivo mediante una doble estipulación, el comprador tenía derecho a exigirle al vendedor la "garantía" por la evicción (*rem libere habere*). En el caso de que fuera despojado de la cosa, aparecía su derecho a reclamar una indemnización. Paralelamente era de uso el pacto de una cláusula en la cual el vendedor se obligaba a pagar desde el importe del precio al cuádruple del valor de la cosa. De esa manera el comprador pasó a tener dos acciones: a) la "*actio empti*" que surgía del contrato, y se integraba con una suma fijada judicialmente que comprendía todos los perjuicios sufridos. Ello se integraba con el valor económico de la cosa, los gastos del contrato, y los frutos; y b) la "*actio stipulati*" que nacía de la cláusula "*stipulati duplae*" donde la indemnización quedaba limitada a lo convenido que generalmente era el duplo del precio de la cosa⁽¹⁰⁾.

La garantía de evicción nunca resultó un elemento esencial, sino simplemente natural; ello permitía al vendedor poder acordar con el comprador

cho civil, 2ª ed., Bosch, Barcelona, t. II, vol. II, p. 193; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Contrato de compraventa*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 205; CALVO COSTA, Carlos, "Comentario al art. 2164", en BUERES, Alberto (dir.) - HIGHTON, Elena (coord.), *Código Civil y leyes complementarias, análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires 2003, t. IV-D, p. 709.

(9) PETIT, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano*, trad. de J. Fernández González, Calleja, Madrid s/f., p. 398, nro. 365; SOHM, Rodolfo, *Instituciones de derecho romano*, trad. de W. Rocés, Nacional, México, 1975, p. 236; RODRÍGUEZ MORATA, Federico, *Venta de cosa ajena y evicción (Estudio de las reglas de saneamiento por evicción en la compraventa)*, Bosch, Barcelona 1990, p. 37.

(10) Ídem a la nota anterior. En cuando a los antecedentes en el derecho alemán: PLANITZ, Hans, *Principios de derecho privado germánico*, trad. de Carlos Melón Infante, Bosch, Barcelona 1957, p. 236.

que se liberaba de esa obligación, y no era posible —en caso de ser evicto— reclamarle el precio pagado. Esta cláusula no tenía efectos liberatorios en el caso de la conducta dolosa del enajenante, ya que tal como acontece en la vida moderna, el dolo no es dispensable⁽¹¹⁾.

En el derecho castellano se vive una interesante evolución. En el Fuero Viejo de Castilla, surgen las figuras del "Otor", y la del "Fiador de Salvo". El último de los personajes asumía la obligación de comparecer en juicio y estar ante la demanda de un tercero de una cosa "por de furto". Por su parte el "Otor" que era generalmente el vendedor, cuando comparecía en juicio para defender al adquirente, tenía derecho de reclamar la designación de otro vendedor, y este último a otro, y así sucesivamente. Algunos autores lo vinculan con la figura germana del "Anefangsklage"⁽¹²⁾.

En el Fuero Real se reafirma la obligación del enajenante en defender el derecho del adquirente. Así se establece: "Todo ome que alguna cosa vendiere a otro sea tenuto por de defender con ella a derecho". Si se hubiere omitido la citación del vendedor a juicio, el comprador perdía la acción futura de daños por evicción.

Y por último en las Partidas quedó un poco debilitado el efecto tan rígido de la evicción. La Partida V, Título V, Ley 36, disponía: "El vendedor, según de suso diximos es tenuto de fazer sana la cosa quel vendio al comprador o de tornar el precio con todos los daños e los menoscabos que vinieron ende si gena non ampara...". A su vez la Ley 34 establecía: "...Tenudo seria entorices de fazerla sana la heredad o de fecharle el precio..." y concluía la Ley 32: "...de manera que si alguno gela quisiera embargar o moverle pleyto sobre ella, que gela deue fazer sanar..."⁽¹³⁾.

(11) PETIT, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano*, cit., p. 394, nro. 366; BONEANTE, Pietro, *Instituciones de derecho romano*, 3ª ed. puesta al día por Fernando Campuzano Horma, trad. de Luis Bacci y Andrés Larrosa, Reus, Madrid, 1965, p. 493, nro. 162, dice: "Con la *stipulatio duplae* que en el tiempo se hizo la cláusula más usual, se prometía recuperar el doble del precio pagado o solamente el precio. Esto para el caso de verdadera y propia evicción, es decir cuando el adquirente era privado verdaderamente de la cosa y en virtud de sentencia". Íd. en: ARIAS RAMOS, José, *Derecho romano*, 10ª ed., con la colaboración de don J. A. Arias Bonet, RDP, Madrid 1966, t. II, p. 635, nro. 230.

(12) RODRÍGUEZ MORATA, Federico, *Venta de cosa ajena y evicción (Estudio de las reglas de saneamiento por evicción en la compraventa)*, cit., ps. 97 y 98; PLANITZ, Hans, *Principios de derecho privado germánico*, cit., p. 236. Dice que en los antecedentes del derecho alemán, al ser despojado el comprador sólo le quedaba la garantía contra el vendedor. Este último tomaba a su cargo el proceso judicial pues en caso contrario era considerado y tratado como un ladrón. El vendedor cargaba sobre sí una responsabilidad penal que lo obligaba a defender al comprador, siendo una especie de "treuhänder" u obligado fiduciario.

(13) GARCÍA GOYENA, C., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852, al control de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza de 1974, al cuidado del profesor don J. Lacruz Berdejo, p. 744. En

4. Antecedentes del reclamo por vicios ocultos

La doctrina especializada confiesa desconocer el momento en que en la compraventa romana el vendedor comienza a responder por los vicios ocultos de la cosa. En la Ley de las XII Tablas, y según el dicho de Cicerón, el comprador podía reclamar al vendedor el "duplo" del precio de la compraventa, cuando este último hubiere cometido fraude por haber prometido y garantizado un contenido diferente de la cosa objeto del contrato o hubiere ocultado sus defectos⁽¹⁴⁾.

En el ius civile la responsabilidad del enajenante se produce en tres supuestos: cuando había expresamente garantizado la ausencia de vicios (*dicta e promissa in vendendo*), en el caso que hubiera ocultado los defectos con dolo, y si hubiera asumido la garantía mediante *stipulatio*. Las reglas más precisas fueron las que tenía el "Edicto" de los Ediles que regían los mercados; allí se fijaron reglas para la venta de esclavos, bestias de carga, etc. Todo se concretó en el Digesto, Libro XXI, Título I, y por ello estas acciones fueron denominadas "Edilicias", y fueron de aplicación extensiva a todo tipo de venta⁽¹⁵⁾.

Para el ejercicio de estas acciones era necesario que se produjera y tratase de un "vicio de la cosa", que el comprador no lo pudiese apreciar a simple vista, es decir, se acentúa y exige que el vicio sea "oculto". Esta responsabilidad de los sujetos enajenantes se la entiende como un efecto natural de las transmisiones onerosas, y rige muy especialmente en la compraventa. Como en la mayoría de los derechos modernos poseía dos consecuencias, una era el reclamo por la rescisión del contrato, y la otra la reducción del precio (*actio quanti minoris*)⁽¹⁶⁾.

esta obra el autor, tantas veces referido por el gran codificador, don Dalmacio Vélez Sarsfield, proponía que cuando nada se hubiere pactado o cuando se hubiere estipulado la garantía, si se verificaba la evicción el comprador tenía derecho a exigirle al vendedor el precio de la cosa vendida. Además que, ante la mala fe del vendedor era nulo el pacto de exclusión de la responsabilidad.

(14) SOHM, Rodolfo, *Instituciones de derecho romano*, cit., p. 237; PETIT, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano*, cit., p. 396, nro. 368; CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, cit., t. IV, p. 126.

(15) DEGNI, Francesco, *La compraventa*, trad. de Francisco Bonet Ramón, RDP, Madrid 1957, p. 367, nro. 84; MONIER, François, *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Paris 1930, cit. por BADENES GASSET, Ramón, *Contrato de compraventa*, cit., t. I, p. 618, nota 842; LUMINOSO, Angelo, *La compravendita*, 4ª ed., Giampichelli, Torino, 2004, p. 267, donde trata sobre "le garantie per vizi, mancanza di qualita, e diversita delle cosa".

(16) BADENES GASSET, Ramón, *Contrato de compraventa*, cit., t. I, p. 618; PLANITZ, Hans, *Principios de derecho privado germánico*, cit., p. 237, relata que en el antiguo derecho germánico el comprador obtenía mediante contrato una pretensión a la entrega de la cosa libre de "vicios". Por lo cual no estaba obligado a aceptar algo que tuviera defectos. Si lo había aceptado no podía hacer responsable al vendedor por los vicios; dicha aceptación valía como aprobación porque el comprador debía examinar la cosa antes de concluir el contrato. Para

Badenes Gasset, con la cita del romanista Británico R. W. Lee (*An introduction to Roman - Dutch Law*, Oxford 1953, p. 285), dice: "...las acciones edilicias eran restitutivas y no de carácter compensatorio. Tanto la '*actio empti*', como la '*emptio*' procedían en el reclamo de los daños por el incumplimiento, pero no otorgaban reparación por los daños derivados de defectos de la cosa vendida, a menos que el vendedor conociera el defecto o tuviera motivos para sospecharlo y no lo pusiera en conocimiento del comprador, o por último garantizare expresamente la ausencia de vicios"⁽¹⁷⁾.

Es curioso observar que estos antecedentes muestran cómo se ha mantenido la figura a través de los siglos, y ha sido aceptada por la mayoría de los ordenamientos jurídicos.

5. Naturaleza jurídica

Poder aprehender la esencia de la obligación de saneamiento es una manera de escrutar su sentido y finalidad. El instituto que, tal como sintéticamente se mostró, viene de vieja data, tiene características singulares y resulta un efecto muy particular de la contratación. Es de ver que, como bien señala Puig Brutau en la doctrina española, no se trata de un efecto simple del fenómeno del incumplimiento, sino de la existencia de un hecho pretérito que tendrá consecuencias en la relación jurídica posterior⁽¹⁸⁾.

En el análisis de su naturaleza se han considerado dos aspectos centrales, uno de ellos se atiene a la fase anterior a la perfección del contrato y no en la trama posterior y aspecto ejecutivo, por lo que hay que buscar el sentido en la ausencia de requisitos esenciales o estructurales, y en un juicio sobre la validez del mismo. Sobre esta postura existen variantes que, a pesar de su aparente autonomía, giran en derredor de ese concepto unívoco⁽¹⁹⁾.

En cambio otra tesis de mayor difusión y fuerza considera que lo necesario a tener en cuenta no es la validez del contrato, sino su finalidad o funcionalidad, conjugado con lo que se ha dado en llamar "riesgo de la contratación"⁽²⁰⁾.

ello regía un dicho popular de "quien no abre los ojos, abre la bolsa" ("Wer die Augen nicht auftut tut den Beudel auf").

(17) BADENES GASSET, Ramón, *Contrato de compraventa*, cit., t. I, p. 618; REZZÓNICO, Luis M., *Estudio de los contratos...*, cit., t. I, p. 263; PLANIOL, Marcel - RIPERT, Georges H., *Tratado práctico de derecho civil francés*, cit., t. IX, vol. I, p. 133, nro. 130; SALVAT, Raymundo - ACUÑA ANZORENA, Arturo, *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, cit., t. III, p. 454, nro. 2346.

(18) PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de derecho civil*, cit., t. II, vol. II, ps. 182 y ss.; BÉNABENT, Alain, *Droit civil. Les contrats spéciaux*, Montchrestien, Paris, 1993, p. 120, nro. 213.

(19) BARBERO, Doménico, *Sistema de derecho privado*, trad. Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires 1967, t. II, ps. 21 y 27; DEGNI, Francesco, *La compraventa*, cit., p. 310.

(20) GALGANO, Francesco, *Diritto privato*, Milano, t. II, vol. I, p. 190; TORRENTE, Andrea - SCHLESINGER, Piero, *Manuale di Diritto privato*, 16ª ed., Giuffrè, Milano 1999, p. 530, nro. 340.

6. Naturaleza del contrato nulo como presupuesto del saneamiento

Si se considera que los efectos del saneamiento tienen como antecedente necesario un vicio que se produce en la etapa previa al perfeccionamiento del contrato, hay que entender que se causó por error o dolo, o más aún, por un hecho ilícito de un vendedor desaprensivo, o por falta de objeto, o bien objeto imposible, o por fin de falsa causa o ausencia de causa⁽²¹⁾.

Todo lo que es de abundante desarrollo en la doctrina de los autores, lo trato en prieta síntesis y al solo efecto de mostrar la debilidad de dichos argumentos.

Por un lado se sostiene que en el estricto análisis de lo que puede entenderse como "objeto" del negocio oneroso, verbigracia, la compraventa, está ubicado no en los aspectos materiales que integran el contenido de las prestaciones, sino en la misma transmisión de los derechos lo que se concreta en "la realización jurídica del interés práctico", o más simplemente en el "interés práctico". O en otra postura que me parece más comprensible, en los aspectos de la realidad sobre la que se asienta, como su materialidad o las relaciones en las que se apoya el negocio⁽²²⁾.

En el supuesto bajo estudio si ello no se brinda en la fase de integración, desaparece el objeto y por ende el acto carece de la suficiente eficacia para producir efectos.

Dentro de esta línea de pensamiento también se observa que se ha incluido la nulidad fundada en el *error in substantia*, o en la esencia sobre la que las partes han puesto el acento, o las propias cualidades de la cosa. O como dice Morales Moreno, que la materia que integra la cosa no se la debe entender en un sentido estricto, sino en sentido funcional, como condiciones de la cosa que socialmente se consideren como esenciales y llevaron a concluir el contrato⁽²³⁾.

(21) La cuestión se la ha vinculado con la "venta de cosa ajena" por aquello de que quien vende cosas que no le pertenecen integra el sector de ilicitud pues lesiona el derecho del verdadero titular. En esa dirección RUBIO GARRIDO, Tomás, *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, cit., p. 362, entiende que la falta de transmisión lleva a la nulidad del negocio, y la obligación de saneamiento que se ubicaba como un "posterior" pasa a entenderse como un efecto anticipado sometida a una pretensión de impugnación.

(22) No es pacífica ni mucho menos la idea sobre el "objeto" del negocio. Al respecto puede verse: BUERES, Alberto J., *Objeto del negocio jurídico*, Hammurabi, Buenos Aires, 1986; DE LOS MOZOS, José L., "Objeto de los actos jurídicos", en *El negocio jurídico*, Montecorvo, Madrid, 1987, p. 68; SCONAMIGLIO, Renato, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, 2ª ed., Jovene, Napoli, 1969, 2ª ed., p. 108, nro. 44; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *El negocio jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 161, nro. 50; APARICIO, Juan M., *Contratos*, Hammurabi, Buenos Aires 2001, t. II, p. 224, nro. 756.

(23) MORALES MORENO, Antonio, *El error en los contratos*, Ceura, Madrid, 1988, p. 169.

Esto juega con mayor vigor en el supuesto de los vicios ocultos, ya que los aparentes quedan fuera de los supuestos, pues el adquirente no puede invocar su desconocimiento o buena fe, habiendo observado el defecto. De ese modo pierde pie la idea de una situación de discordancia de la voluntad generada en un vicio. Aunque debo señalar que son bien diferenciables los regímenes que regulan los vicios redhibitorios del efecto del error, no existen mayores distancias entre ambas figuras. Laurent señalaba que "el error donde se indica que el adquirente no puede utilizar la cosa por su impropiedad en sus fines, es el mas sustancial de los errores posibles"⁽²⁴⁾.

La primera de las cuestiones a entender es si ambas acciones logran ser promovidas de manera conjunta, o resultan ser excluyentes. Mientras una apunta y tiene como base la cualidad del objeto material, la otra se dirige a determinar la titularidad del derecho o algún defecto que impide su uso o disminuye su eficacia. Al respecto vienen bien las palabras de Gino Gorla: "L'errore sarebbe la falsa rappresentazione, la garanzia sarebbe la rappresentazione incerta"⁽²⁵⁾.

Las diferentes consecuencias que importan invocar el error, como vicio de la voluntad para que se declare al contrato nulo relativo, hacen que no pueda confundírsele con la obligación de sanear que emerge de la relación de onerosidad contractual. Un dato es que la acción en el primer supuesto le corresponde a ambos contratantes, mientras que en el segundo es sólo el adquirente quien tiene la legitimación consiguiente⁽²⁶⁾.

Pareciera que las pretensiones no resultan ser excluyentes, pero impiden su tratamiento conjunto. Por un lado la protección a quien ha padecido el error que puede reclamar la ineficacia del acto, y suma a ello pero —en subsidio— la acción por saneamiento⁽²⁷⁾.

(24) LAURENT, *Principes de droit civil*, Christophe Bruylant, Bruxelles - Paris, 1889, t. XXIV, p. 273; DE BUEN, Demófilo, "Vicios redhibitorios", en *Enciclopedia Jurídica española*, t. XXX, p. 798.

(25) GORLA, Gino, "La compraventa e la permuta", en VASSALI, *Tratato de diritto civile italiano*, Torino, 1937, t. I, vol. VII, p. 80.

(26) RODRÍGUEZ MORATA, Federico, *Venta de cosa ajena y evicción (Estudio de las reglas de saneamiento por evicción en la compraventa)*, cit., p. 93; RUBIO GARRIDO, Tomás, *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, cit., p. 409, nro. 185, afirma: "...La impugnación del contrato por error es un remedio del que pueden disponer todos los contratantes y, en particular tanto el vendedor como el comprador, mientras que la obligación de saneamiento pende exclusivamente sobre todo deudor incumplidor de una obligación de dar y, en particular, sobre un vendedor incumplidor".

(27) ESPÍN CANOVAS, Diego, "Concurrencia de las acciones de saneamiento por vicios ocultos en la compraventa, y de las acciones generales de nulidad, resolución o daños contractuales", en *Revista General de Legislación y jurisprudencia*, Madrid 1967, t. I, p. 913. Este distinguido autor señala que no existe incompatibilidad entre las diferentes acciones.

También se suma a estos argumentos el vicio del “dolo” cuando afecta a la voluntad de una de las partes, como también la presencia de un ilícito que genera responsabilidad extracontractual. Estas cuestiones no tienen demasiadas variantes con lo ya expuesto sobre el error, aun cuando su contenido sustantivo es de notoria diferencia.

7. La obligación de saneamiento considerando la validez contractual

Entre los riesgos a que tienen que someterse las partes del contrato, están la “evicción” y los “vicios redhibitorios”, y es consecuencia del deber que se le exige al transmitente de asegurar la improcedencia de los efectos negativos de dichos riesgos.

Analizando los aspectos estructurales de la obligación y como condición de derecho de la validez contractual, se han mostrado diferentes teorías para justificar la obligación de saneamiento. De ese modo se puede hablar de la tesis de la presuposición y cercana a ella la de la “base del negocio jurídico”, o bien en general del denominado “riesgo contractual”, y cerrando el círculo las ideas sobre la responsabilidad contractual apoyada en la culpabilidad, o la tan difundida postura apoyada sobre la “garantía”⁽²⁸⁾.

8. La presuposición y base del negocio

Entre los juristas alemanes se difundió, y cuenta con numerosas adhesiones, la llamada teoría de la presuposición, que el jurista Bernard Windscheid construyó como importante creación intelectual.

Su ideólogo entendió que la voluntad que se declara no siempre resulta coincidente con los deseos que restan dentro del fuero interno del sujeto. Si la voluntad prevaleciente es la interna, el declarante tiene acción para impedir el efecto contradictorio del negocio. Se trata de hacer trascender una voluntad no declarada que aparece y toma el lugar de una verdadera “condición”⁽²⁹⁾.

Es que si bien los motivos carecen de relevancia y efecto en los negocios jurídicos, pueden adquirir trascendencia cuando las partes o la parte no lo han manifestado pero fueron tenidos en consideración y comienzan a

(28) BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, cit., p. 440; GALGANO, Francesco, *Diritto privato*, cit., t. II, vol. I, p. 456.

(29) LEÓN, Pedro, *La presuposición en los actos jurídicos*, Universidad Nacional de Córdoba, 1936, p. 226; CAZBAUX, Pedro N. - TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las obligaciones*, 4ª ed., La ley, Buenos Aires, 2010, t. II, p. 635, nro. 1076; ORGAZ, Alfredo, “El contrato y la teoría de la imprevisión”, LL 60-691.

tener relevancia en la relación jurídica; se trata de una voluntad que asume el papel de una condición no desarrollada. Windscheid sostuvo que “la presuposición es una limitación de la voluntad que no alcanza a ser una condición. Manifiesta un deseo que bajo un presupuesto como aquel que emite una exteriorización de voluntad condicionada, y el efecto jurídico querido es de las partes de la relación y se incorpora al contrato que han celebrado...”⁽³⁰⁾.

Algunos autores, con fino sentido jurídico, ubican a la obligación de protección o saneamiento dentro de alguno de los supuestos que encierra la teoría de la presuposición. Porque cuando los sujetos que integran el contrato identifican el objeto material que integra la prestación, presumen un determinado estado en sus cualidades jurídicas o de uso, y en el caso de que ello no existe o se frustra el contenido jurídico, nace en cabeza del adquirente un derecho a reclamar ante esa presuposición que resta vacía y carente de sentido⁽³¹⁾.

La teoría de la “base del negocio”, con cierta vinculación a lo ya expuesto y dicho, lleva mayor grado de certidumbre. A grandes rasgos es posible aclarar que consiste en analizar si la presuposición bilateral puede ser elevada de forma expresa o tácita a un elemento esencial del contrato. Ello acaece cuando los contratantes apoyan en un hecho determinado los efectos del negocio, por entender imprescindible su consecuencia futura. Con alguna discordancia menor, en el pensamiento de Locker, la base negocial está dada por circunstancias necesarias para que se logre la finalidad del acto que quieren las partes y se reafirma en su propia conducta⁽³²⁾.

Larenz, en un libro de mucha difusión, bifurca en dos aspectos la base del negocio jurídico. Dice que de ello se puede hablar en dos sentidos, uno subjetivo y otro objetivo. El subjetivo como una especie de representación mental existente al concluir el negocio que ha influido en la formación de los motivos; y el objetivo o base objetiva, como el conjunto de circunstancias cuya existencia o preexistencia presupone el contrato, conózcanslo o

(30) WINSCHIED, Bernard, *Diritto delle Pandette*, trad. y notas de Carlos Fadda y P. E. Bensa, UTET, Torino, 1930, t. I, ps. 332/ 335.

(31) Resulta a mi entender de cierta complejidad aceptar la tesis de la presuposición como fundamento. Es dudoso su estado muy cercano al motivo, y esas reservas mentales no relevadas que lleven a dar base a un supuesto de incumplimiento contractual. Quizá lo más importante es determinar —como en muchos casos— cuál es el contenido de la prestación prometida, y si el vicio oculto o la evicción, integran algún supuesto de incumplimiento. RUBIO GARRIDO, Tomás, *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, cit., p. 468, nro. 210.

(32) OERTMANN, Paul, *Introducción al derecho civil*, trad. Sancho Seral, Labor, Barcelona - Buenos Aires, 1933, p. 304; TRIGO REPRESAS, Félix A., “Acerca de las obligaciones ‘sub modo’”, en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, vol. XVII, ps. 218 y ss. (año 1958).

no los contratantes. En caso contrario no se logra el fin del contrato o el propósito de las partes, y de allí en más el contrato carece de "sentido, fin y objeto"⁽³³⁾.

Entiende Larenz que el aspecto subjetivo abarca el terreno de los motivos y se confunde con el error y los vicios de la voluntad; en cambio la base del negocio objetiva se refiere a que si ésta desaparece no es posible su concreción por ineptitud y destrucción del fin del contrato. Se trata de una imposibilidad posterior del cumplimiento de la prestación⁽³⁴⁾.

En los elementos objetivos que integran la "base del contrato", tal como la desarrolla Larenz, se encuentra la garantía de saneamiento.

9. Riesgo contractual

En tiempos recientes se ha planteado como interrogante si las partes contratantes tienen en consideración la hipótesis del riesgo que nace ante cualquier relación jurídica de naturaleza bilateral. Aunque es dable señalar que se ha enseñado que el riesgo tiene efectos tanto en el incremento del objeto por mejoras, como en su disminución por deterioro, o más aún su pérdida por hechos de las partes, o por el casus o la fuerza mayor.

No se controvierte que hay diferencias claras entre el riesgo contractual, como se lo esbozó, del incumplimiento contractual como situación derivada de la conducta del deudor obligado. En este último caso la obligación se mantiene ya que permite el cumplimiento forzoso *in natura*, o mediante un subrogado, o en la indemnización dineraria que sustituye al objeto de prestación. En el supuesto del riesgo, a veces la prestación deviene imposible por el hecho imprevisible e inevitable, o por onerosidad sobreviniente para el deudor, o de inutilidad para el acreedor, lo que puede llevar a su extinción o la ruptura del ligamen por resolución⁽³⁵⁾.

En el tema objeto de nuestra inquietud hay que determinar si la distribución del riesgo tiene alguna incidencia en la garantía de saneamiento.

(33) LARENZ, Karl, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, trad. Carlos Fernández Rodríguez, RDP, Madrid 1956, ps. 37 y ss.

(34) LARENZ, Karl, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, cit., p. 38. Enseña que en el derecho inglés los supuestos de base del negocio subjetivos son los casos de "error mutuo" (*common mistake*), mientras que los de desaparición de la base del negocio de apoyo objetivado se entienden como los de imposibilidad posterior de la prestación del punto de vista de la desaparición de la "basis of contract".

(35) Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, cit., t. II, p. 567; CAZEAUX, Pedro N. - TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las obligaciones*, cit., t. IV, p. 484, nro. 2414; BIANCA, Massimo, *Diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2006 (nuova ristampa), t. IV (La responsabilità), p. 1, nro. 1, dice: "L'inadempimento é la mancata o inesatta esecuzione della prestazione dovuta".

Si bien la cuestión no tiene una solución de conformidad, se sostiene con buen criterio que poco parentesco ofrece el riesgo contractual, con la garantía referida. Y ello porque el saneamiento por la evicción o los vicios se vincula estrechamente con el incumplimiento contractual, y el riesgo hace a la propia estructura del vínculo jurídico⁽³⁶⁾.

10. La responsabilidad contractual en general

En la doctrina tradicional el incumplimiento imputable de la convención, sumado a otros requisitos, deviene en una responsabilidad contractual. A ello se debe sumar el factor subjetivo del comportamiento del deudor, es decir, la demostración de su culpabilidad⁽³⁷⁾.

Si bien no es del caso ampliar aquí mayores detalles, en general se sostiene que la responsabilidad contractual exige varios elementos para que su encuadre se perfeccione. Así se habla que debe tratarse de una relación convencional perfeccionada y que el contrato tenga signos de validez, que el perjuicio sea consecuencia directa o indirecta del incumplimiento, que el damnificado sea el acreedor y pueda ser imputada a la conducta del deudor, y por último que el acto de ilicitud no sea "en ocasión", sino en ejercicio y dentro de la órbita contractual⁽³⁸⁾.

Si algún tipo de relación contractual, como en el caso de la compraventa o la permuta, exigen que una de las partes tenga a su cargo un verdadero deber jurídico, como establecía el art. 2089 en cuando a todo aquel que por título oneroso transmitía derechos o dividía bienes debía responder

(36) SARGENTI, voz "Rischio" (en *diritto romano*), en *Enciclopedia del Diritto*, Milano 1990, ps. 1126 y 1128; BADOSA COLL, Ferran, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Studia Albornotiana, Bologna, 1987, p. 818; ALTERINI, Atilio A. - AMEAL, Oscar - LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de obligaciones, civiles y comerciales*, 4ª ed. actual., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 500, nro. 1018, allí se desarrolla el sistema de los riesgos en las obligaciones de dar cosas ciertas.

(37) JORDANO FRAGA, Francisco, *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987, p. 35; MORELLO, Augusto M., *Indemnización del daño contractual*, 3ª ed., con la colaboración de Jorge GALDÓS, Platense, La Plata 2003, p. 297; MORALES MORENO, Antonio, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Civitas - Thomson Reuters, Madrid, 2010, p. 18; NEGRI, Nicolás, *Responsabilidad contractual*, Astrea, Buenos Aires, 2017, t. I, ps. 32 y ss.; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, Pablo, *El incumplimiento de las obligaciones*, RDP, Madrid, 1990, p. 25; CRISTÓBAL MONTES, Ángel, *El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 206.

(38) ALTERINI, Atilio A. - AMEAL, Oscar - LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de las obligaciones*, cit., p. 164, nro. 363; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Manual de obligaciones*, Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 602, nro. 501; UBIRÍA, Fernando A., *Derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2016, ps. 95 y ss.; OSSOLA, Federico A., *Obligaciones*, AbeledoPerrot, Buenos Aires 2016, p. 707, nro. 383; WIERZBA, Sandra, *Manual de obligaciones civiles y comerciales*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2015, ps. 257 y ss.; FABRE MAGNAN, Muriel, *Les obligations*, Thémis, Paris, 2004, ps. 555 y ss.

por la “evicción”, o lo normado en el art. 2164 que también obligaba por los vicios redhibitorios u ocultos, es posible observar que se configura una obligación, y por lo tanto su incumplimiento se coloca dentro de la responsabilidad consiguiente⁽³⁹⁾.

En el análisis de esta situación jurídica particular Rubio Garrido entiende que “el interés creditorio en esta obligación no estriba en el resultado de un comportamiento del deudor, sino en seguridades que este ofrece de reparar el daño ante la eventual verificación del evento temido, producido en el patrimonio del acreedor...”⁽⁴⁰⁾.

Se trata de un efecto de la relación contractual basada en la cooperación que se deben las partes, y tiene fundamental apoyo en los principios de la buena fe y deberes legales a cumplir.

Esta explicación en principio no merece tacha, puesto que es innegable que se está en presencia de un deber a ser respetado en la relación contractual. Sin embargo, y aun cuando es posible considerar que se trata de ubicar una especie en el principio general que exige el cumplimiento, ello importa dejar un poco imprecisa la característica propia de estas obligaciones, y sin una tipificación concreta.

11. La obligación de garantía

La garantía en términos generales ha sido uno de los fundamentos objetivos de la responsabilidad civil, escenario que comparte con la teoría del riesgo, la culpa objetiva y la indemnización de los daños derivados de actos involuntarios. La garantía para algunos autores —pocos— es una base de sustento de todo tipo de responsabilidad civil y extensible a cualquier hecho dañoso⁽⁴¹⁾.

(39) El nuevo Código Civil y Comercial regula a la “evicción” en los arts. 1044 a 1050, y sobre los vicios ocultos o redhibitorios, en los arts. 1051 a 1058. Es evidente que ambas garantías constituyen obligaciones de los sujetos comprendidos. CROVI, Luis D., “Comentario a los arts. 1044 y ss.”, en RIVERA, Julio César - MEDINA, Graciela (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado*, Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires 2014, t. III, ps. 581 y ss.; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, “Comentario a los arts. 1044 y ss.”, en ALTERINI, Jorge H. (dir.) - ALTERINI, Ignacio E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado*, cit., t. V, ps. 585 y ss.

(40) RUBIO GARRIDO, Tomás, *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, cit., p. 479, nro. 216.

(41) STARCK, Boris, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile*, Rodstein, Paris, 1947; SALAS, Acdeel E., “Garantía contra la evicción, concepto y elementos”, cit., p. 251. Dice el recordado maestro, “Todos los lingüistas, como dice Calamandrei, encuentran en la raíz de la palabra ‘garantía’ los conceptos de asistencia y defensa; esta voz proviene de ‘weerer’ del antiguo alto alemán, donde entraña la idea de suministrar caución, dar asistencia; este vocablo germano deriva a su vez de la raíz sánscrita ‘var’, con el sentido de proteger, cubrir”.

Como se pudo observar antes, el saneamiento dentro del contrato constituye un elemento natural y resulta una obligación de aquel que trasmite a título oneroso una cosa o un derecho. De ese modo se asume ese deber (sanear) ante la eventual situación de acaecimiento de un hecho dañoso ajeno al derecho y a su voluntad, y si ello ocurre quedará obligado a reparar los daños causados. El deudor debe dar seguridad y es garante de que no ocurra el perjuicio⁽⁴²⁾.

Esta garantía viene a asegurar al garantizado la seguridad que resulta inserta en la transmisión onerosa, de la legitimidad del título que se transfiere, como que no habrá turbación alguna que tenga como sujeto activo a un tercero o al mismo transmitente; también se adiciona el aseguramiento de la no existencia de vicios que no son ostensibles ni notorios y tiene la cualidad de “ocultos”⁽⁴³⁾.

Para autores como Mengoni, la garantía es un efecto y una especie de *assicurazione contrattuale*, pues aunque en la transferencia del derecho no es pura, en cierta medida viene a reforzar la obligación del vendedor, y configura una especie de “supergarantía”. De allí que se habla de “garantía”, no en el sentido de aval, prenda o fianza, sino en el objetivo de satisfacer un interés que tiene un rasgo de incerteza en cuanto a su ocurrencia⁽⁴⁴⁾.

El verdadero sentido de la situación de garantía está apoyado en que el hecho que dé origen y derecho al adquirente, resulta ajeno a la voluntad del obligado. Él sólo debe cumplir con el deber de dar mediante un acto traslativo, y conjuntamente prestar garantía de cumplir con la indemnidad del mismo, en caso de que el acto sea inválido o ineficaz. De ese modo se llega a sostener que no se trata de un problema de cumplimiento o incumplimiento del contrato, sino que se moviliza un mecanismo de “garantía” cuando el resultado previsto falle o sea irregular. En esa dirección sostiene Martorano: “...la consecuzione di una cosa esente da vizi e qualcosa che dipendi da fattore estranei alla persona del debitore e quindi, non puo dedursi in obbligazione ma soltanto può essere condizione di efficacia di un' obbligazione di garanzia...”⁽⁴⁵⁾.

(42) PARRA LUCÁN, María de los Ángeles, *Daños por productos y protección del consumidor*, Bosch, Barcelona, 1991, p. 219, nro. 44; BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, trad. J. L. De Los Mozos, RDP, Madrid, 1969, t. I, p. 37.

(43) ENNECCERUS, Ludwig - LEHMANN, Heinrich, “Derecho de las obligaciones”, en ENNECCERUS - KIPP - WOLF, *Tratado de derecho civil*, 2ª ed., trad. Pérez González y José Alguer y actualizada por José Puig Brutau, Bosch, Barcelona, 1954, t. II, vol. I, ps. 70 y 86; LUMINOSO, Ángelo, *La compravendita*, cit., p. 219, nro. 71.

(44) MENGONI, Luigi, “Profili di una revisione de la teoría sulla garanzia per vici nella vendita”, en *Rivista de Diritto commerciale*, 1953-I-3; TORRENTE, Andrea - SCHLESINGER, Piero, *Manuale de Diritto privato*, cit., p. 531, nro. 341.

(45) MARTORANO, Francesco, *La tutela del compratore per el vizi dalla cosa*, Jovene, Napoli, 1959, p. 52; CHIRONI, *Responsabilidad extracontractual*, Madrid, vol. II, p. 605.

12. Regulación del saneamiento en el Código Civil y Comercial

Como ya lo había adelantado, el Código Civil y Comercial se ocupa del desarrollo de la obligación de saneamiento en los arts. 1033 a 1043, y de sus especies "la evicción", en los arts. 1044 a 1050, y sobre los "vicios ocultos", en los arts. 1051 a 1058. Se trata de una prolija y buena sistemática, donde se dispone todo lo necesario sobre la referida garantía.

Para esta breve monografía, luego de su introducción y algunos aspectos generales acerca de su naturaleza jurídica, me ocupo solamente de los principios que disponen sobre la obligación de saneamiento en general.

13. La obligación de saneamiento. Sujetos obligados

Tal como lo dice buena doctrina, la obligación de saneamiento se funda en una garantía que asume el transmitente de derechos o cosas a título oneroso de procurar al adquirente la posesión pacífica y útil, y de indemnizar los daños y perjuicios, en caso de incumplimiento⁽⁴⁶⁾.

Por su parte el art. 1033 determina quiénes son los sujetos que deben responder y toman a su cargo la correspondiente garantía. Y así aparece en primer lugar: a) el que trasmite bienes a título oneroso, b) en segundo plano, aquel que dividió bienes con otras personas, y por último c) los antecesores que hubieren trasferido a título oneroso.

En cuanto al primer supuesto es racional y lógico, todo el que transfiere con la calidad de la onerosidad, y por ello obtiene una contraprestación, desinteresando que el sujeto que recibe la ventaja no haya sufrido el sacrificio, asume la obligación de garantizar la legitimidad y buen uso de lo que trasmite.

En cuanto a la onerosidad y para su mejor caracterización bien dice Aparicio: "...los contratos son onerosos cuando cada una de las partes se somete a un sacrificio para obtener una ventaja, y entre la ventaja y el sacrificio existe una relación de equivalencia"; o en la opinión de Gregorini Clusellas, "...los contratos son onerosos cuando las ventajas que se procuran a una u otra de las partes, les es concedida por una prestación que la otra parte le ha hecho". Y en el concepto de Biscontini, la onerosidad se atiene a la cualidad de la adquisición, y no a la cualidad del acto (*si attiene a la qualità dell'acquisto e no a la qualità dell'atto*)⁽⁴⁷⁾.

(46) BADENES GASSET, Ramón, *Contrato de compraventa*, cit., t. I, p. 537; RODRÍGUEZ MORATA, Federico, *Venta de cosa ajena y evicción (Estudio de las reglas de saneamiento por evicción en la compraventa)*, cit., p. 103, lo define como: "Actividad del vendedor que con carácter judicial o extrajudicial evita o previene la producción de la evicción sobre la cosa adquirida por el comprador".

(47) APARICIO, Juan M., *Contratos*, cit., t. I, p. 117, nro. 77; GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo, *Derecho de los contratos*, cit., t. I, p. 279, nro. 41; BISCONTINI, Guido, *Onerosità, corrispetività,*

A los que dividieron bienes, también se los incluye en la nómina de legitimados pasivos. Así aparecen aquellos que tuvieron intervención en una partición sucesoria (arts. 2363 a 2423) (Libro V, título VIII), y que deben la garantía de evicción.

El nuevo Código lo prevé por tres veces, la primera en lo referente a la partición concretada por los coherederos, y dispuesta en el art. 2404, al otorgar al coherederos que hubiere sufrido la evicción una acción para reclamar la indemnización contra el resto quienes responden en proporción a la parte recibida, derecho que también se traslada al caso de la "partición mediante donación" donde el art. 2419 dispone: "Los donatarios se deben recíprocamente la evicción de los bienes recibidos. La acción puede ser ejercida desde que la evicción se produce, aun antes de la muerte del causante". Y de manera consiguiente en la partición por testamento el art. 2423 ordena: "Los herederos se deben recíprocamente garantía de evicción de los bienes comprendidos en sus lotes. La existencia y legitimidad de los derechos transmitidos se juzga al tiempo de la muerte del causante"⁽⁴⁸⁾.

Debo hacer notar que en el caso del condominio (arts. 1983 y ss.), y especialmente el "sin indivisión forzosa" (art. 1996), este último artículo dispone que en y para la partición se deben aplicar las reglas de la división de la herencia en la medida que fueren compatibles.

Y para concluir con la legitimación activa, con amplitud la ley permite que quien recibe un bien a título gratuito puede reclamar al causante de su transmitente, si dicho negocio tuvo carácter oneroso. Esto se encuentra reafirmado en lo que norma el art. 1035, cuando refiere que el que recibe a título oneroso está facultado a ejercer las acciones de sus antecesores, en su propio interés y provecho. Es a mí entender una especie de acción personal que no toma el carácter de la subrogatoria, ya que la ley admite en su ejercicio con el fin de proteger al último adquirente del derecho. Algunos autores la han justificado en virtud de que el causante le trasmitió todos los derechos reales y personales en razón del bien entregado⁽⁴⁹⁾.

e qualificazione dei contratti, Università di Camerino. Edizione scientifiche, Napoli, 2005, p. 30.

(48) AZPIRI, Jorge, "Comentario a los arts. 2404 y 2419", en BUERRES, Alberto (dir.) - HIGHTON, Elena (coord.), *Código Civil y leyes complementarias, análisis doctrinal y jurisprudencial*, cit., t. II, ps. 564 y ss.; FERRER, Francisco A. M., "Comentario al art. 2404", en ALTERINI, Jorge H. (dir.) - ALTERINI, Ignacio E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado*, cit., t. XI, p. 484.

(49) CROVI, Luis D., "Comentario a los arts. 1034 y 1035", en RIVERA, Julio César - MEDINA, Graciela (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado*, cit., t. III, ps. 572 y ss.; BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil argentino. Contratos*, cit., t. I, p. 128, nro. 164; SALVAT, Raymundo - ACUÑA ANZORENA, Arturo, *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, cit., t. III, p. 375, nro. 2213; CALVO COSTA, Carlos, "Comentario al art. 2096", en BUERRES, Alberto (dir.) - HIGHTON, Elena (coord.), *Código Civil y leyes complementarias, análisis doctrinal y jurisprudencial*, cit., t. IV-D, p. 636.

perplejidad; ya que algunos se preguntan: ¿cómo es posible que aquello que se encuentra en la naturaleza de la relación y donde el transmitente *per se* ya se halla obligado, por obra de un convenio de orden complementario, se insiste en lo mismo, y de ese modo se agrava su garantía?⁽⁵⁵⁾

Se ha intentado su explicación dando como ejemplos los siguientes: exigirle al vendedor un incremento económico ante la evicción (especie de cláusula penal), o la aparición de un vicio oculto, o bien hacer más rígida la obligación ante casos dudosos, o donde el deudor quedara eximido de responder, o bien en la prevención de hechos posibles como una futura expropiación, etcétera⁽⁵⁶⁾.

Más fáciles de explicar son los casos de disminución o supresión de la garantía. En cuanto a la disminución, importa que la obligación del deudor del saneamiento no tenga equivalencia económica con los perjuicios y deberes a resarcir. El Código Civil anterior tenía, en el art. 2100, una solución que puede ser aplicable al caso bajo estudio, aunque no dejo de anotar que dicha norma pudo ocasionar alguna confusión en su entendimiento. El artículo disponía: "...la exclusión o renuncia de cualquier responsabilidad, no eximía la que derivaba de la evicción donde se podía repetir lo pagado, pero sí quedaba excluida la reparación de los daños"⁽⁵⁷⁾. Era una especie de interpretación que hacía la ley de un pacto que las partes llevaban a cabo donde renunciaban a exigir los efectos del hecho perjudicial. Ahora bien, dejando como cuestión histórica al antecedente mencionado, es dable afirmar que cualquier pacto que morigere o disminuya la garantía, en principio resulta perfectamente válido⁽⁵⁸⁾.

(55) AUBRY, Charles - RAU, Charles, *Cours de Code civil français*, cit., t. III, p. 269, nro. 355; BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil. Contratos*, cit., t. I, p. 157, nro. 214; PLANIOL, Marcel - RIPERT, Georges H., *Tratado práctico de derecho civil francés*, cit., t. IX, vol. I, p. 120, nro. 121; WAYAR, Ernesto, *Evicción y vicios redhibitorios*, Astrea, Buenos Aires 2001, t. I, p. 24; TROPONG, Raymond, *Le droit civil expliqué. De la vente*, Hingray, Paris, 1836/1845, t. I, nros. 465 y 466; BADENES GASSET, Ramón, *Contrato de compraventa*, cit., t. I, p. 569.

(56) ACUÑA ANZORENA, Arturo, en SALVAT, Raymundo - ACUÑA ANZORENA, Arturo, *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, cit., t. III, p. 394, nro. 2243, nota 40 c, sigue las enseñanzas de los autores franceses Baudry Lacantinerie y Beudant, y da los siguientes ejemplos: garantía del vendedor de que el bien enajenado no será expropiado por causa de utilidad pública, asegurar una renta mínima al comprador que producirá la cosa vendida, o que la propiedad no se enega.

(57) SEGOVIA, Lisandro, *El Código Civil de la República Argentina, con su explicación y crítica en forma de notas*, La Facultad, Buenos Aires, 1933, t. I, p. 571, en comentario al art. 2102 (de su enumeración), dice que la obligación de pagar los daños y perjuicios debería subsistir porque "si la cláusula general de exclusión o renuncia de responsabilidad no exime por la evicción, los daños e intereses suponen uno de los casos en que se traduce la obligación de garantía".

(58) El fundamento en que se basó el codificador está dado en la obra de AUBRY, Charles - RAU, Charles, *Cours de Code civil français*, cit., t. III, p. 269, nro. 355, nota 37, quienes

Para concluir con el punto, resta determinar la eficacia del convenio que suprime la responsabilidad por cualesquiera de las causas del saneamiento. Como se indicó, el art. 1036 admite su posibilidad sin reparos, por lo cual, y dando como ejemplo el caso de la evicción en la compraventa, el vendedor no queda obligado ni a restituir el precio recibido ni a indemnizar los daños consiguientes. En este supuesto, y en la opinión de los hermanos Mazeaud, eminentes juristas franceses, la compraventa se transformaría en un contrato "aleatorio", ya que el adquirente no compra la cosa enajenada sino la esperanza de conservarla (*venditio spei*) y el precio de la esperanza aparece legítimamente adquirido por el vendedor⁽⁵⁹⁾.

Tiene fuerza de convicción la opinión negativa de los citados autores sobre este tipo de condición o cláusula contractual, pero me permito no coincidir en esa tesis. En mi entender en todo ello juega el principio de libertad contractual y de la plena vigencia de la autonomía privada. Aunque aclaro algo que ya sostuve, no puede existir una hermenéutica de amplitud sino por el contrato de estricta interpretación (ver lo dispuesto en el art. 1037 del nuevo Cód. Civ. y Com.), a más que dicho pacto debe ser expreso y claro⁽⁶⁰⁾.

16. Casos de prohibición y nulidad de las cláusulas

El art. 1038 consagra, al igual que el Código Civil anterior, dos causas por las cuales las cláusulas limitativas o las que suprimen la responsabilidad del transmitente resultan ineficaces, a lo que el artículo con cierto descuido, califica como que "se tienen por no convenidas..."

consideran que como la venta queda resuelta, es que se obliga al vendedor a devolver el precio recibido; id. en PLANIOL, Marcel - RIPERT, Georges H., *Tratado práctico de derecho civil francés*, cit., t. IX, vol. I, p. 123, nro. 124; HUET, Jérôme, "Les principaux contrats spéciaux", dans le *Traité de droit civil*, dirigé par Jacques Ghestin, LGDJ, Paris, 1996, p. 236, nro. 11.292.

(59) MAZEAUD, Henri - MAZEAUD, León - MAZEAUD, Jean, *Lecciones de derecho civil*, trad. de Alcalá Zamora y Castillo, Ejea, Buenos Aires, 1962, parte III, vol. III, p. 285, nro. 975. Al respecto el profesor HUET, Jérôme, "Les principaux contrats spéciaux", cit., p. 236, nro. 11.292, afirma que esta cláusula es la que "L'acquéreur achétait à ses risques et périls"; CALVO COSTA, Carlos, "Comentario al art. 2100 y 2101", en BUERES, Albertó (dir.) - HIGHTON, Elena (coord.), *Código Civil y leyes complementarias, análisis doctrinal y jurisprudencial*, cit., t. IV-D, p. 643; REZZÓNICO, Luis M., *Estudio de los contratos...*, cit., t. I, p. 256; BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Contratos*, t. I, p. 158, nro. 215; RODRÍGUEZ MORATA, Federico, *Venta de cosa ajena y evicción (Estudio de las reglas de saneamiento por evicción en la compraventa)*, cit., p. 357.

(60) COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Contrato de compraventa*, cit., p. 177; ídem en SPOTA, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, cit., t. IX, p. 16, nro. 1856; SALVAT, Raymundo - ACUÑA ANZORENA, Arturo, *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, cit., t. III, p. 396, nro. 2246; MACHADO, José O., *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, cit., t. V, p. 499; Sobre lo dispuesto en el art. 1037 del Cod. Civ. y Com., ver: LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, "Comentario al art. 1037", en ALTERINI, Jorge H. (dir.) - ALTERINI, Ignacio E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado*, cit., t. V, p. 568.

El viejo Código Civil se refería a ello en los arts. 2099 y 2166, y el art. 2102, lo primero lo vinculaba con la mala fe o dolo del enajenante, lo segundo lo vinculaba con el hecho que se producía con la autoría del sujeto responsable. De ese modo se castigaba la mala conducta o el dolo de uno de los sujetos, que se vinculaba con el conocimiento que podrá tener o haber tenido de la situación fáctica irregular, y el otro con la actitud maliciosa del vendedor que producía su propia evicción o causaba el vicio oculto⁽⁶¹⁾.

El nuevo Código indica dos causas más precisas. En el inciso a) refiere al caso en que el enajenante "conoció o debió conocer el peligro de la evicción, o la existencia del vicio". La norma tiene una gran similitud con los arts. 2101 y 2166, ya que por otra vez se sanciona la mala fe, el dolo y la culpa en el obrar contractual. Si conocía los peligros y debilidad del título o los vicios, obró dolosamente, y si debió conocerlos por las propias circunstancias del caso, debe considerarse que hubo un comportamiento negligente o imprudente⁽⁶²⁾.

Y el inciso b) incorpora un criterio novedoso, dice que cuando el enajenante "...actúa profesionalmente con la actividad a que corresponde la enajenación..." las cláusulas no tendrían ningún efecto, salvo que el adquirente se encuentre en similar situación, es decir, sea un profesional en esa materia. Esto último aparece como una especie de neutralización de situaciones personales, ambos están en el mismo terreno con iguales circunstancias, la ley no puede inclinar la balanza hacia ninguno de los dos sentidos⁽⁶³⁾.

(61) MACHADO, José O., *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, cit., t. V, p. 496; LLERENA, Baldomero, *Concordancias y comentarios al Código Civil argentino*, La Facultad, Buenos Aires, 1931, t. VI, p. 383; CALVO COSTA, Carlos, "Comentario al art. 2099 y 2102", en BUEBES, Alberto (dir.) - HIGHTON, Elena (coord.), *Código Civil y leyes complementarias, análisis doctrinal y jurisprudencial*, cit., t. IV-D, ps. 640 y 641; SALVAT, Raymundo - ACUÑA ANZORENA, Arturo, *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, cit., t. III, p. 396, nro. 2246; BADENES GASSET, Ramón, *Contrato de compraventa*, cit., t. I, p. 570; CNCiv., "S. B.", en ED 92-682.

(62) SPOTA, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, cit., t. IX, p. 15, nro. 1856, afirma enfáticamente: "Así como no procede la dispensa del dolo, no es admisible que se pacte la irresponsabilidad del transmitente, en caso de evicción ante la mala fe del enajenante". Para el nuevo Código Civil y Comercial: KITAINIK, Nicolás, "Comentario al art. 1038", en BUEBES, Alberto (dir.) - HIGHTON, Elena (coord.), *Código Civil y leyes complementarias, análisis doctrinal y jurisprudencial*, cit., t. I, p. 598; CROVI, Luis D., "Comentario al art. 1038", en RIVERA, Julio César - MEDINA, Graciela (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado*, cit., t. III, p. 570.

(63) El concepto de "profesional" tiene en nuestra doctrina diversas significaciones. En un sentido limitado se entiende por profesional a quien realiza una actividad habitual, con autonomía técnica regulada, que tiene normas que la reglamentan, habilitación previa, y a veces con colegiación, y presunción de onerosidad. En una significación más amplia, se considera profesional a todo aquel que realiza una labor que conoce mucho mejor que el

La normativa que prohíbe este tipo de cláusulas se afirma de manera absoluta en los casos de contrato: de obra (art. 1276), de transporte (art. 1292), de depósito de bienes muebles en la hotelería (art. 1374), de cajas de seguridad en los bancos (art. 1414), y en la cesión de contrato (art. 1639).

17. Responsabilidad por saneamiento. Acciones y resarcimiento

A diferencia del Código Civil derogado, la nueva ley privada incluye en un solo artículo aquello que puede reclamar el acreedor por saneamiento, ya bien ante la evicción, o la existencia de un vicio oculto en la cosa transmitida. Está previsto en el art. 1038 que dispone: "Responsabilidad por saneamiento. El acreedor de la obligación de saneamiento tiene derecho a optar entre: a) reclamar el saneamiento del título o subsanación de los vicios; b) reclamar un bien equivalente, si es fungible; y c) declarar la resolución del contrato, excepto en los casos previstos por los arts. 1050 y 1057".

La norma citada prevé varias posibilidades a las que puede acceder el acreedor. La primera es la que podría indicar como cumplimiento específico o *in natura* que le permite exigir, en el caso de la evicción, la purga del título que fue causa de la transferencia. Es decir, al responsable se le puede obligar a que sanee el título correspondiente y deje al acreedor en una situación jurídica normal y de ese modo cumpla con la finalidad prevista en la contratación. Es una de las formas —como dije— del cumplimiento específico del objeto de la prestación⁽⁶⁴⁾.

Lo mismo en cuanto al supuesto de los vicios ocultos o redhibitorios; es posible reclamar que se ponga en condiciones perfectas a la o las cosas transferidas para que puedan cumplir la finalidad perseguida.

En caso de imposibilidad de lograr el cumplimiento de esta manera, los incisos b) y c) disponen de dos posibilidades que difieren en su contenido.

nivel general, sin necesidad de título habilitante, que lo convierte un experto (ALTERINI, Atilio A. - AMEAL, Oscar - LÓPEZ CABANA, Roberto M., "Responsabilidad profesional, el experto frente al profano", en *Derecho de daños*, La Ley, Buenos Aires, 1992, p. 305; LORENZETTI, Ricardo, "Nuevos enfoques sobre la responsabilidad profesional", LL 1996-C-1176; MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Responsabilidad profesional de los martilleros y corredores", JA 1976-I-309). Es evidente que el artículo 1038 se refiere al concepto más amplio de los mostrados anteriormente. Ídem en LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, "Comentario al art. 1038", en ALTERINI, Jorge H. (dir.) - ALTERINI, Ignacio E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado*, cit., t. V, ps. 569 y ss.

(64) LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 2ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1973, t. I, p. 81, nro. 64; CAZEAUX, Pedro N. - TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las obligaciones*, cit., t. I, p. 171, nro. 129; SALVAT, Raymundo - GALLI, Enrique V., *Tratado de derecho civil. Obligaciones en general*, 6ª ed., Tea, Buenos Aires, 1956, t. I, p. 90, nro. 75; ALTERINI, Atilio A. - AMEAL, Oscar - LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de las obligaciones*, cit., p. 141, nro. 321.

El primero de los acápites señalados indica que el acreedor puede exigir que se le haga entrega de un bien equivalente. Ello me recuerda a lo que preveía en el art. 579 del Código Civil anterior para el supuesto de que en las obligaciones de dar cosas ciertas, la cosa se perdiera por culpa del deudor, en ese caso la ley le permitía al acreedor reclamar "cosa equivalente", más los daños. Ello dio lugar a una serie de opiniones diversas, pero por fin se llegó a la conclusión que "cosa equivalente" en las obligaciones de dar cosas ciertas, era una suma de dinero que fuera equiparable al valor de lo debido⁽⁶⁵⁾.

En el supuesto previsto en el inc. b) del art. 1039, pienso que se puede aplicar el mismo criterio cuando se trate de "cosa cierta", por ejemplo, un inmueble, o bien mueble de única existencia, etc. Cuando sea fungible, o perteneciendo a las obligaciones de género, se simplifica la solución ya que es viable condenar a sustituir el objeto material⁽⁶⁶⁾.

El inciso c) concluye en la última posibilidad de elección del acreedor, que le permite solicitar la resolución del contrato. Esto implica que uno de los contratantes exige la ruptura del vínculo obligacional ante el incumplimiento de la otra parte.

La posibilidad de ejercer el derecho potestativo de resolución o pacto comisorio se encuentra prevista en los arts. 1083, 1084 y 1086 del Cód. Civ. y Com., donde se regula el pacto comisorio expreso y tácito como asimismo los modos de funcionamiento y requisitos a cumplimentar⁽⁶⁷⁾.

18. Daños a resarcir

Como en todo supuesto de incumplimiento contractual, la víctima tiene derecho al reclamo de la indemnización por los daños sufridos (art. 1040 del Cód. Civ. y Com.). Por su parte, el art. 1716, englobando los supuestos de la responsabilidad contractual y extracontractual, dispone: "Deber de

(65) COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Manual de obligaciones*, cit., p. 329, nro. 263; OSSOLA, Federico A., *Obligaciones*, cit., p. 260; BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 9ª ed. actualizada por Alejandro Borda, cit., t. I, p. 370, nro. 415.

(66) CROVI, Luis D., "Comentario al art. 1039" en RIVERA, Julio César - MEDINA, Graciela (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado*, cit., t. III, p. 577; KITAINIK, Nicolás, "Comentario al art. 1039" en BUERES, Alberto (dir.) - HIGHTON, Elena (coord.), *Código Civil y leyes complementarias, análisis doctrinal y jurisprudencial*, cit., t. I, p. 599.

(67) Sobre el "pacto comisorio": RAMELLA, Anteo, *La resolución por incumplimiento*, Astrea, Buenos Aires, 1975; GASTALDI, José María, *Pacto comisorio*, Hammurabi, Buenos Aires, 1985; MAS ALCARAZ, "El pacto comisorio en la compraventa", en DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ RADIO, Antonio (dir.) *Estudios de derecho privado*, RDP Madrid 1965, t. II, p. 70; TRIGO REPRESAS, Félix A., "El pacto comisorio", Zeus 15-D-37; MOSCO, Luiggi, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, trad. de José Pinto Ruiz Dux, Barcelona s/f.; BUERES, Alberto J., "El pacto comisorio tácito y la mora del deudor", LL 1980-A-949.

reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código".

Es por ello que quien sufre la evicción o el vicio oculto, puede exigir los reclamos señalados, con más los otros perjuicios que —en vínculo causal adecuado— tenga derecho a reclamar que sean indemnizados. En el orden contractual ello está previsto en el art. 1728 que distingue la extensión de la reparación conforme al obrar culposo o doloso del deudor. Si lo primero, sólo responde por aquellas que las partes previeron o pudieron prever al tiempo de celebración del contrato; si lo segundo, se le suman las consecuencias que se observaron al momento del incumplimiento⁽⁶⁸⁾.

19. Casos de improcedencia del reclamo por daños

El artículo 1040 ya citado prevé supuestos en los que el reclamo de los daños y perjuicios deviene improcedente, y son: a) si el adquirente conoció o pudo conocer el peligro de la evicción o la existencia de los vicios; b) si el enajenante no conoció o no pudo conocer el peligro de la evicción o la existencia de vicios; c) si la transmisión fue hecha a riesgo del adquirente, y d) si la adquisición resulta de una subasta judicial o administrativa.

Todas las hipótesis, y esto es necesario que quede bien claro, se refieren a que el acreedor no puede exigir el pago de daños y perjuicios que deriven de la evicción o de los vicios ocultos, pero de ningún modo impide exigir dichas garantías. Este resarcimiento no es un accesorio de lo principal sino que resulta una consecuencia perjudicial con vínculo causal adecuado al incumplimiento de la garantía de saneamiento⁽⁶⁹⁾.

El primero de los supuestos (inc. a)) toma en cuenta la actitud y situación del adquirente cuando conoce los riesgos por la evicción o la existencia de vicios redhibitorios. La ley le impide adicionar por mayores reclamos y ampararse en el hecho del incumplimiento de la garantía, haciendo caso omiso de su torpeza, y de ese modo reclamar algo que tenía conocimiento y podía acaecer.

(68) WIERZBA, Sandra, *Manual de obligaciones civiles y comerciales*, cit., p. 311; OSSOLA, Federico A., *Obligaciones*, cit., p. 719; LÓPEZ HERRERA, "Coment. al art. 1728" en RIVERA, Julio César - MEDINA, Graciela (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado*, cit., t. IV, p. 1042; NEGRI, Nicolás, *Responsabilidad contractual*, cit., t. I, p. 411, nro. 80.

(69) CALVO COSTA, Carlos, "Comentario al art. 2170" en BUERES, Alberto (dir.) - HIGHTON, Elena (coord.), *Código Civil y leyes complementarias, análisis doctrinal y jurisprudencial*, cit., t. IV-D, p. 649; MACHADO, José O., *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, cit., t. V, p. 195; LLERENA, Baldomero, *Concordancias y comentarios al Código Civil argentino*, cit., t. VI, p. 370; PLANIOL, Marcel - RIPERT, Georges H., *Tratado práctico de derecho civil francés*, cit., t. IX, vol. I, p. 123, nro. 124.

Esta disposición mantiene una gran similitud con lo previsto en el art. 2170 del viejo Código Civil que liberaba al enajenante por vicios redhibitorios cuando el adquirente los conocía o podía conocer⁽⁷⁰⁾.

En cuanto al segundo inciso (b) tiene una coloración unida al dolo obligacional del enajenante, ya que sólo lo obliga plenamente cuando tiene conciencia de la irregularidad (evicción o vicio oculto) en lo que transfiriere. Si bien la ley exime de los daños cuando éste no conocía ni pudo conocer el peligro, es decir, obró en la ignorancia o el error excusable, ello aparece con cierta eficacia en la hipótesis del "vicio oculto", pero no tiene justificativo en el supuesto de la garantía por la evicción.

Coincido plenamente con la relevante opinión de Leiva Fernández cuando realiza dicho distingo, pues en el último caso quien transmite un bien o derecho debe tener conocimiento de la existencia y legitimidad del título que trasmite, no es posible alegar el desconocimiento o la ignorancia⁽⁷¹⁾.

El inciso c) acerca un supuesto en que el adquirente adquiere à ses risques et périls, como se suele decir en el agradable sonido francés. Lo cual significa que se lo hace sin discernir los peligros, o bien conociendo los riesgos de la irregularidad del título (evicción), o la posible existencia de vicios. En el Código Civil que ya no rige y con relación a la evicción, el art. 2106 preveía dicho efecto, al disponer: "Cuando el adquirente de cualquier modo conocía el peligro de la evicción antes de la adquisición, nada puede reclamar del enajenante por los efectos de la evicción que suceda, a no ser que ésta hubiera sido expresamente convenida". Como dice Vélez en la nota respectiva, con la referencia al antecedente del derecho romano, cuando el comprador adquiere una cosa que sabe que no le pertenece al vendedor, no tiene acción para reclamarle los daños y perjuicios, pero puede solicitar la devolución del precio⁽⁷²⁾.

Y por último, la ley excluye la sanción por otros daños en las subastas judiciales o administrativas. Se trata de ventas organizadas, ordenadas y

(70) REZZÓNICO, Luis M., *Estudio de los contratos...*, cit., t. I, p. 253; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *El contrato de compraventa*, cit., p. 203; MAZEAUD, Henri - MAZEAUD, Leon - MAZEAUD, Jean, *Lecciones de derecho civil*, cit., parte III, vol. III, p. 278, nro. 967; TROPLONG, Raymond, *Le droit civil expliqué. De la vente*, cit., t. I, nro. 418; BADENES GASSET, Ramón, *Contrato de compraventa*, cit., t. I, p. 572.

(71) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, "Comentario al art. 1040", en ALTERINI, Jorge H. (dir.) - ALTERINI, Ignacio E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado*, cit., t. IV, p. 579.

(72) BADENES GASSET, Ramón, *Contrato de compraventa*, cit., t. I, p. 572. Este autor considera más conveniente hablar de "causas" y no de "riesgos o peligros". En el Digesto 19.1.18, se afirma: "Cuando se hubiere insertado en una venta una cláusula donde el vendedor no deberá garantía alguna en caso de evicción, esta cláusula no impedirá que el vendedor, en caso de evicción, no sea obligado a devolver el precio, pero el efecto será solamente el de impedir que no sea obligado a indemnizar al comprador de los daños y perjuicios".

supervisadas por organismos del Estado, ya sea en la órbita judicial o en sede de la Administración, nacional o provincial. La norma no aclara, como lo hacía el art. 2122 que debía tratarse de "ventas forzosas", es decir, subastas realizadas en pleitos contenciosos, donde se excluían a las particiones judiciales, división de condominio, etc. La nueva letra legal no distingue y de allí que restan incluidas todas las ventas declaradas en procesos judiciales o actuaciones administrativas⁽⁷³⁾.

El sistema previsto en el nuevo Código Civil y Comercial no difiere mayormente de lo que disponía el Código Civil, ya que en el anterior sistema no había ningún tipo de responsabilidad por daños, pero el comprador podía requerir la devolución de lo pagado como precio (conf. art. 2122, Cód. Civil).

Existió una gran controversia en consideración a si en las subastas judiciales el adquirente tenía o no derecho de reclamar a los acreedores que promovieron la ejecución del bien, o la pretensión solamente alcanzaba al deudor condenado en el juicio. La cuestión no está prevista en la nueva legislación, por lo que considero que el adquirente que sufre la evicción o el vicio oculto tiene derecho de recabar la devolución del precio al o a los sujetos que lo hubieren recibido⁽⁷⁴⁾.

20. Impedimento de invocar las causales previstas en los incisos a) y b) del art. 1040

Al final del artículo de referencia la ley creó un vallado para aquel que pretenda invocar algunos de esos supuestos indicados en los incisos a) y b), y de allí lograr eximirse del pago de los daños y perjuicios. Todo tiene una gran vinculación con lo dispuesto en el art. 1038, y determina que aquella persona que actúa profesionalmente en la actividad que haga al objeto enajenado carece del privilegio de eximición de los daños.

(73) REZZÓNICO, Luis M., *Estudio de los contratos...*, cit., t. I, p. 250; BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Contratos*, cit., t. I, p. 130, nro. 167; SALVAT, Raymundo - ACUÑA ANZORENA, Arturo, *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, cit., t. III, p. 417, nro. 2275; LLERENA, Baldomero, *Concordancias y comentarios al Código Civil argentino*, cit., t. VI, ps. 389/390; LAURENT, *Principes de droit civil*, cit., t. XXIV, p. 226, nro. 226.

(74) COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Contrato de compraventa*, cit., p. 202. En su momento sostuve que son escasas las veces en que el deudor ejecutado puede percibir el precio o parte del precio que paga el comprador en una subasta judicial. De allí que aparece más justo y razonable otorgarle al comprador acción contra la persona que cobró el precio de venta. Ídem en AUBRY, Charles - RAU, Charles, *Cours de Code civil français*, cit., t. III, p. 204, nro. 355; TROPLONG, Raymond, *Le droit civil expliqué. De la vente*, cit., t. I, nro. 432. Se ha juzgado que cuando el vendedor forzado obró de mala fe conociendo la situación jurídica del bien enajenado, su responsabilidad se agrava y debe soportar el pago de los daños y perjuicios (CCiv. y Com. La Plata, sala I, en JA 1948-I-653; CS San Juan, en JA 1952-III-456).

Ello, al igual que en el otro artículo referido (1038), no acaece si el otro contratante también se desempeña profesionalmente en similar actividad⁽⁷⁵⁾.

21. Enajenación de más de un bien

Cuando la obligación de saneamiento tiene como causa la transferencia de más de un bien o cosa, el art. 1041 del Código Civil y Comercial brinda una serie de soluciones ante supuestos diferentes. A mi entender distingue entre: la transmisión de un conjunto de cosas o bienes, o la que se hace separadamente, y la de las cosas accesorias⁽⁷⁶⁾.

Si son varios elementos que integran un conjunto, siendo por ello una unidad intelectual, la solución es considerarlo un todo jurídicamente indivisible. En dicho caso, y ante la evicción o el vicio en uno de los elementos, se produce una especie de contagio hacia los demás y el enajenante responde por el total de los bienes.

Difiere el resultado cuando se trata de varios bienes o cosas que mantienen su independencia y desvinculación con las demás, desinteresando si se pagó un único precio o se dividió en cada uno de los objetos. En esta hipótesis la responsabilidad queda centrada en la cosa evicta o viciosa, y no se extiende a las demás.

Y resta como último el de cosas que son accesorias de otras, porque viven uniendo su destino a lo principal. Esta cualidad está prevista en el art. 230 que dice: "Cosas accesorias. Son cosas accesorias aquellas cuya existencia y naturaleza son determinadas por otra cosa de la cual dependen o a la cual están adheridas. Su régimen jurídico es el de la cosa principal, excepto disposición legal en contrario. Si las cosas muebles se adhieren entre sí para formar un todo sin que sea posible distinguir la accesoria de la principal, es principal la de mayor valor. Si son del mismo valor no hay cosa principal ni accesoria"⁽⁷⁷⁾.

(75) Lo dicho anteriormente en el comentario al art. 1038 y las citas de referencias dadas son de aplicación a este supuesto que guarda una significativa similitud con lo ya manifestado. A ello hago remisión.

(76) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, "Comentario al art. 1041", en ALTERINI, Jorge H. (dir.) - ALTERINI, Ignacio E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado*, cit., t. V, p. 581. Este autor aclara que el art. 1041 tuvo como fuente lo dispuesto en el art. 1005 del Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998; CROVI, Luis D., "Comentario al art. 1041", en RIVERA, Julio César - MEDINA, Graciela (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado*, cit., t. III, ps. 579 y ss.

(77) Ídem nota anterior, y KITAINIK, Nicolás, "Comentario al art. 1041", en BUERES, Alberto (dir.) - HIGHTON, Elena (coord.), *Código Civil y leyes complementarias, análisis doctrinal y jurisprudencial*, cit., t. I, p. 600.

Es por ello que el final del art. 1041 va a aclarar que "en su caso", es decir, cuando hay cosa principal y accesoria, hay que buscar la solución en el régimen que la ley les indica⁽⁷⁸⁾.

Por ello, si el objeto principal sufre la evicción o el vicio oculto, las consecuencias negativas se trasladan a la cosa accesoria; en cambio cuando ello ocurre en la accesoria, no hay reflejo ni transmisión a lo principal; en definitiva y por otra vez se sigue la regla general⁽⁷⁹⁾. ♦

(78) El art. 230 del Código Civil y Comercial en su primer párrafo dispone: "Son cosas accesorias aquellas cuya existencia y naturaleza son determinadas por otra cosa de la cual dependen o a la cual están adheridas. Su régimen jurídico es el de la cosa principal, excepto disposición legal en contrario...". PERALTA MARISCAL, Leopoldo, "Comentario al art. 230", en RIVERA, Julio César - MEDINA, Graciela (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado*, cit., t. I, p. 509; O'CALLAHAN MUÑOZ, Xavier, *Compendio de derecho civil. Parte general*, Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 325, enseña que la cosa accesoria es la que sirve a otra principal, y entre dos objetos incorporados la principal es a la que otra se le ha unido por adorno o para su uso o perfección. BIONDI, Biondo, *Los bienes*, 2ª ed., trad. de Antonio de la Esperanza Martínez Radio, Bosch, Barcelona, 2003, p. 217, nro. 36, se refiere a la "cosa principal y a la pertenencia", para indicar cuando se da un complejo de objetos y uno se destina al servicio de otro.

(79) En ese sentido se expide el último párrafo del art. 1041, al enviar a la normativa aplicable al régimen de las cosas accesorias y principales. Ver las referencias en las notas 76, 77 y 78.

CONJUNTOS INMOBILIARIOS PROPIAMENTE DICHOS (PROPIEDAD HORIZONTAL ESPECIAL): IMPERIOSA NECESIDAD DE UNA REFORMA INTEGRAL

POR NELSON G. A. COSSARI

SUMARIO: I. Introducción. II. Identidad sustancial entre la propiedad horizontal ordinaria y los conjuntos inmobiliarios propiamente dichos. III. Injustificado y vacilante tratamiento como nuevo derecho real. IV. Necesidad de suprimir las repeticiones superfluas ya previstas en la propiedad horizontal. V. Conveniencia de derogar las normas que remiten al derecho administrativo. VI. Las normas esenciales de la propiedad horizontal especial. VII. Las normas posibles en la propiedad horizontal especial. VIII. Conjuntos inmobiliarios preexistentes. IX. Conclusiones.

I. Introducción

Es justo comenzar por decir que el anteproyecto de Código Civil y Comercial y el Código finalmente sancionado ostentaban una importante diferencia en cuanto al tema en cuestión. El anteproyecto decía en el art. 2075 referido al marco legal que "Cuando se configuran derechos reales, los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal establecida en el Título VI de este Libro, con las modificaciones que establece el presente Título, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial. Pueden asimismo existir conjuntos inmobiliarios en los que se establecen los derechos como personales o donde coexisten derechos reales y derechos personales". Por su parte la sección del art. 2075 que conserva simetría con la proyecta afirma en cambio que "Todos los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal establecida en el Título V de este Libro, con las modificaciones que establece el presente Título, a

los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial. Los conjuntos inmobiliarios preexistentes que se hubiesen establecido como derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan este derecho real”.

El anteproyecto contemplaba en paralelo varias formas jurídicas. Por una parte la existencia de conjuntos inmobiliarios constituidos exclusivamente como derechos personales; también aquellos en el que coexistieran derechos reales y personales; y finalmente recurriéndose a la normativa de la propiedad horizontal sólo cuando la configuración fuera exclusivamente como derecho real. Tampoco hacía mención sobre los conjuntos preexistentes. Por su parte, el Código Civil y Comercial vigente dispone que los conjuntos inmobiliarios que se hubiesen establecido como derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan “este derecho real”, con lo cual se refiere a los conjuntos inmobiliarios, que a su vez no son más que una propiedad horizontal especial.

La diversa regulación en el anteproyecto puede explicar, en alguna medida, ciertas peculiaridades que en su momento apuntaremos, pero de ninguna manera queda absuelto de culpa ninguno de los plexos normativos que presentan deficiencias que hacen necesaria su reforma integral.

II. Identidad sustancial entre la propiedad horizontal ordinaria y los conjuntos inmobiliarios propiamente dichos

Siempre sostuvimos que el derecho real más afín a las urbanizaciones privadas es la propiedad horizontal y afirmamos que la misma podía, con las necesarias reformas, receptar sin inconvenientes a los conjuntos inmobiliarios⁽¹⁾.

Ésta es la posición adoptada por los proyectos de reforma a la ley 13.512 y al Código Civil que se han sucedido hasta la sanción del Código Civil y Comercial.

En efecto, el proyecto de reforma a la ley 13.512 de Propiedad Horizontal, cuya autoría corresponde a los doctores Allende, Jorge H. Alterini, Durafina y Vedia y Chevallier Boutell (1981), propuso introducir en la mentada legislación el siguiente texto: “En la organización de los clubes de campo y parques industriales que se sometan al régimen de esta ley, sólo serán necesariamente comunes las partes del terreno destinadas a vías de acceso

(1) COSSARI, Nelson G. A. - LUNA, Daniel G., “Las urbanizaciones privadas y el derecho real de propiedad horizontal”, ED del 25/9/2003.

y comunicación e instalaciones de uso compartido, con sus accesorios. Serán de propiedad exclusiva las parcelas asignadas a cada propietario y sus accesorios. El reglamento podrá establecer limitaciones edilicias”.

También el Proyecto de 1987 previó la incorporación de una norma (art. 2617, IV párr.) concebida en términos sustancialmente análogos a la anterior, aunque de contenido más amplio: “En los clubes de campo, parques industriales, centros de compra, cementerios privados u organizaciones similares, que se sometan a propiedad horizontal, sólo serán necesariamente comunes las partes del terreno destinadas a vías de acceso e instalaciones de uso compartido, con sus accesorios. El reglamento de copropiedad y administración podrá establecer limitaciones edilicias y de otra índole”.

El Proyecto de la Comisión Federal de 1993 dispuso en su art. 3159: “En los clubes de campo, parques industriales, cementerios privados y centros de compra, sometidos o que se sometan al régimen de la propiedad horizontal, sólo serán necesariamente comunes las partes del terreno destinadas a vías de acceso y comunicación e instalaciones de uso común. El reglamento respectivo podrá establecer limitaciones edilicias o de otra índole”.

Por último, el Proyecto de 1998 propuso la regulación de los conjuntos inmobiliarios en su art. 2029, bajo la rúbrica “propiedades especiales”: “Los clubes de campo, parques industriales, barrios o cementerios privados, centros de compras, y entidades similares, pueden sujetarse al régimen de los derechos personales o de la propiedad horizontal. En los conjuntos inmobiliarios sometidos al régimen de propiedad horizontal o que se sujeten a él, sólo son necesariamente comunes las partes del terreno destinadas a vías de acceso y comunicación e instalaciones de uso común. El reglamento de propiedad y administración puede establecer limitaciones edilicias o de otra índole, instituir una administración con el carácter de mandatario irrevocable, y facultar al consorcio para adquirir nuevos inmuebles para integrarlos al conjunto inmobiliario como unidades funcionales, o cosas y partes comunes. En este caso quedan modificados de pleno derecho los títulos de todas las unidades, de lo que se debe tomar razón en los respectivos asientos registrales”.

De lo expuesto se advierte que, soslayando matices de detalle, los proyectos que antecedieran al Código Civil y Comercial se encontraban dirigidos a modificar aspectos de la propiedad horizontal para permitir su adaptación a las expresiones modernas de la propiedad inmobiliaria que en cada caso se incluyen y ello, siempre que los particulares decidan configurarlas como derechos reales.

Es decir, que de una u otra manera se les aplicaba el régimen de la propiedad horizontal.

Los autores españoles han hablado expresivamente en estos casos de la propiedad horizontal "tumbada" según la cual, en estos supuestos, es como si hubiéramos acostado el edificio convirtiendo las escaleras y ascensores en caminos; las terrazas y patios de luces en zonas verdes y de esparcimiento; los pisos en parcelas⁽²⁾.

Este encuadre de la realidad inmobiliaria en examen es el que nos parece más adecuado. La naturaleza jurídica de estos complejos inmobiliarios es sustancialmente idéntica a la de la propiedad horizontal ordinaria. Existen partes propias y partes comunes formando un todo inescindible. Se satisface el deseo de ser propietario sobre la unidad —en el caso de estos conjuntos inmobiliarios también sobre la parcela de tierra—, que es sin duda la intención económica de quien compra una propiedad de este tipo, y de poner las cosas comunes al servicio de las privativas mediante un condominio de indivisión forzosa de naturaleza peculiar.

III. Injustificado y vacilante tratamiento como nuevo derecho real

1. El Código enumera a "los conjuntos inmobiliarios" en el art. 1887, inc. d), como un derecho real separado de la propiedad horizontal que ocupa el casillero del inc. c) del mismo artículo, y en el art. 1888 lo menciona como un derecho sobre cosa propia distinguiéndolo de la propiedad horizontal. Lo mismo ya se había hecho en el art. 1124 donde se nombran por separado los conjuntos inmobiliarios y la propiedad horizontal. Pero luego, en el art. 2075, segunda parte, va a decir que "todos los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal establecida en el Título V de este Libro, con las modificaciones que establece el presente Título, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial". En definitiva, por un lado se lo prevé y trata como un derecho real distinto, tan diverso que justifica abrir un nuevo inciso en el catálogo de los derechos reales y un título y capítulo aparte, y por la otra se lo somete al título V con las modificaciones del capítulo específico con lo cual queda subsumido dentro de la propiedad horizontal si bien con ciertos caracteres propios que hacen que la ley la califique como "especial".

Probablemente los redactores del anteproyecto pensaron que ese temperamento y la reiteración de normas ya existentes en la propiedad horizontal común se justificaba atento a la posibilidad de configurar "conjuntos

(2) RAGEL SÁNCHEZ, Luis, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Aranzadi, Navarra, 1999, p. 741.

inmobiliarios en los que se establecen los derechos como personales o donde coexisten derechos reales y derechos personales". Entendemos que aun en tal caso no se está ante un nuevo derecho real sino ante derechos personales o una combinación de derechos reales existentes con derechos personales. O quizás, extremando la imaginación, que esas normas debían aplicarse inmediatamente a todo conjunto inmobiliario cualquiera que sea su forma jurídica. Tal vez, y sólo tal vez, el redactor final del texto finalmente promulgado pensó que la regulación separada permitía su aplicación a los conjuntos preexistentes que se hubiesen establecido como derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales que deberían adecuarse a esa normativa. Pero en tal caso tanto el proyectista como el legislador debieron establecer los alcances con precisión.

2. El art. 2074 pretende, sin lograrlo, enumerar "los elementos característicos de estas urbanizaciones". Recordemos que, conforme al *Diccionario* de la Real Academia, caracterizar es "determinar los atributos peculiares de alguien o de algo, de modo que claramente se distinga de los demás", pero todos estos —en rigor— no difieren de los elementos de una propiedad horizontal común. Veamos:

a) Cerramiento

La propiedad horizontal también es cerrada dentro de los muros de un edificio, es por ello que pide que las unidades "tengan comunicación con la vía pública, directamente o por un pasaje común" (art. 2039, *in fine*), entre otras normas que sirven para demostrar esta verdad Perogrullo.

b) Partes comunes y privativas

Ello es característico de toda propiedad horizontal (arts. 2039, 2040 y concordantes).

c) Estado de indivisión forzosa y perpetua de las partes, lugares y bienes comunes

También propio de la propiedad horizontal. La ley 13.512 lo preveía expresamente cuando en el art. 18 declaraba no aplicable el art. 2693 del Código de Vélez a su régimen, hoy surge igualmente de la inseparabilidad de las partes propias y las comunes (arts. 2037 y 2039).

d) Reglamento por el que se establecen órganos de funcionamiento

El reglamento también es un elemento esencial de toda propiedad horizontal (arts. 2037, 2038, 2056 y concordantes) asimismo se prevén en el mismo la asamblea, el administrador y eventualmente el consejo de propietarios.

e) Limitaciones y restricciones a los derechos particulares

Tampoco es distintivo *per se* de los conjuntos inmobiliarios. De todo el articulado de la propiedad horizontal surgen límites a los derechos de los consorcistas. Así, por ejemplo, el art. 2047.

f) Régimen disciplinario

Nótese que el art. 2069 también prevé un régimen disciplinario si bien embrionario.

g) Obligación de contribuir con los gastos y cargas comunes:

Nuevamente es una característica de toda propiedad horizontal (art. 2046, inc. c)).

h) Entidad con personería jurídica que agrupe a los propietarios de las unidades privativas

En la propiedad horizontal el consorcio es persona jurídica según lo establece expresamente el art. 2044.

Se observa así que ninguno de los elementos descriptos en el art. 2074 son definitorios de los conjuntos inmobiliarios de manera que alcancen a distinguirlo de la propiedad horizontal común. Quizás el legislador quiso decirnos, como ya adelantamos, que si nos encontrábamos ante una figura de tales características en los supuestos del art. 2073, y sólo en tal supuesto, estábamos ante un conjunto inmobiliario; pero en tal caso debió haberlo dicho expresamente estableciendo abiertamente qué consecuencias tiene, en cuanto regulación, encontrarnos ante esa realidad.

3. No se brinda tampoco una definición del pretendido derecho real de conjuntos inmobiliarios. El art. 2073 describe simplemente tipos urbanísticos: clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, en forma no taxativa "o cualquier otro emprendimiento urbanístico". Se dice que los descriptos son conjuntos inmobiliarios, con ello no se da un concepto del derecho, sino que sólo se enumeran los posibles objetos sobre el que recaerá el derecho real, sin finalmente definirlo.

A lo sumo, el art. 2074 podría servir de piedra de toque para ver si es realmente un conjunto inmobiliario o no, pero no necesariamente deben concurrir todos los elementos que se mencionan en el mismo para concluir que se trata o no de un conjunto inmobiliario. Un barrio cerrado podría, por ejemplo, carecer de régimen disciplinario.

4. Para agregar más confusión, el título VI del Libro Cuarto del Código Civil y Comercial lleva la rúbrica "Conjuntos inmobiliarios", pero se divide en tres capítulos: el primero regula el objeto de nuestro estudio al que denomina también "conjuntos inmobiliarios", el segundo el "tiempo compartido" y el tercero los "cementeros privados".

Se advierte con ello que para el Código Civil y Comercial, los "conjuntos inmobiliarios" constituyen una denominación genérica que luego se descompone en "conjuntos inmobiliarios", "tiempo compartido" y "cementeros privados". No se llega a advertir qué pudo haber llevado al legislador a denominar una de las especies con el mismo nombre del género. Esto nos ha obligado a hablar frecuentemente de conjuntos inmobiliarios "propriadamente dichos" frente a los conjuntos inmobiliarios como rótulo general del título VI.

Más aún, observados en detalle, poco tienen que ver los conjuntos inmobiliarios propiadamente dichos con las otras dos figuras cobijadas bajo ese título, y es que en rigor los conjuntos inmobiliarios propiadamente dichos, como dijimos, tienen su lugar más adecuado dentro de la propiedad horizontal.

Adelantamos, pues, nuestra propuesta es que una futura reforma desplaze estos conjuntos inmobiliarios propiadamente dichos al título de propiedad horizontal y, más aún, se suprima el título de "conjuntos inmobiliarios" otorgando a los dos restantes capítulos —tiempo compartido y cementeros privados— sendos títulos diversos.

No podemos dejar de observar que estos dos últimos "conjuntos inmobiliarios" también gozan de una regulación sumamente deficiente y que requiere reformas, pero ello no es materia —ahora— de este estudio.

IV. Necesidad de suprimir las repeticiones superfluas ya previstas en la propiedad horizontal

1. Si los conjuntos inmobiliarios propiadamente dichos no son más que una propiedad horizontal especial, una reforma debe suprimir todas las normas que se superpongan innecesariamente con la regulación general, con lo que llamaríamos la "parte general" de la propiedad horizontal, o la propiedad horizontal "común" lo que sólo trae confusión.

2. Comencemos con el art. 2078. Siendo una propiedad horizontal especial es redundante afirmar que cada propietario debe ejercer su derecho dentro de los límites del reglamento, lo cual ya está dicho en el art. 2037. También es suprimible afirmar que hay que atenerse a la normativa, lo cual

es obvio. Que se debe tener en miras una buena convivencia resulta una directiva ética de una obviedad infinita y además, con otros términos, ya está implícita en el art. 2047.

La posibilidad de fijación de reglas de convivencia en el reglamento que menciona el art. 2080 también se desprende del art. 2047 de la "parte general" de la propiedad horizontal, y nadie duda de que este instrumento también puede establecer las mismas, con lo cual es una disposición suprimible.

3. Es también superfluo e innecesario el art. 2080 cuando dispone que "Toda limitación o restricción establecida por el reglamento debe ser transcrita en las escrituras traslativas del derecho real de propiedad horizontal especial. Dicho reglamento se considera parte integrante de los títulos de propiedad que se otorgan sobre las unidades funcionales que componen el conjunto inmobiliario, y se presume conocido por todo propietario sin admitir prueba en contrario".

El art. 2038, segunda parte, en forma más breve y adecuada ya afirma que "reglamento de propiedad horizontal se integra al título suficiente sobre la unidad funcional".

La circunstancia de que el reglamento forme parte del título del derecho real de propiedad horizontal, unido al necesario estudio de títulos, hace también inútil afirmar que el reglamento "se presume conocido por todo propietario sin admitir prueba en contrario", lo cual se desprende de toda la legislación sobre la materia.

Además si el reglamento se presume conocido (y debe serlo mediante el correspondiente estudio de los títulos antes de adquirir la propiedad) qué sentido tiene establecer que "toda limitación o restricción establecida por el reglamento debe ser transcrita en las escrituras traslativas del derecho real de propiedad horizontal especial" (art. 2080, segundo párrafo, primera parte) ¿Qué consecuencias tendría tal omisión? Ninguna. ¿Podría decir el adquirente que lo desconocía? No. Por ello tal previsión debe también suprimirse.

4. Respecto de las expensas, que son tratadas en el art. 2081, la primer parte del artículo resulta redundante atento a que la obligación de pago de expensas se encuentra ya regulada en los arts. 2046, inc. c), 2048 (que señala el concepto de expensas), 2049, 2050, 2056, inc. g) (que indica que el reglamento determina la proporción en el pago de las expensas comunes), y 2067, incs. d) e i). Que los propietarios deben pagar las expensas y que la proporción está determinada en el reglamento ya se encuentra suficientemente dicho en la "parte general" de la propiedad horizontal.

5. Tampoco resulta necesario repetir, como hace el art. 2076, segundo párrafo, que "las cosas y partes cuyo carácter de comunes o propias no esté determinado se consideran comunes", ello ya está dicho en el art. 2040 con similares palabras.

Asimismo tampoco es necesario repetir que la unidad funcional, art. 2077, "debe reunir los requisitos de independencia funcional según su destino y salida a la vía pública por vía directa o indirecta", dado que ello ya se afirmó y en mejor forma en el 2039 al decir que la unidad funcional debe tener "independencia funcional, y comunicación con la vía pública, directamente o por un pasaje común". Como veremos más adelante, en rigor, todo el art. 2077 resulta prescindible.

V. Conveniencia de derogar las normas que remiten al derecho administrativo

1. Deben derogarse las normas que hacen una innecesaria y constante remisión a normas administrativas y que afean la normativa⁽³⁾. En cualquier caso todas ellas caben en el art. 1970 cuando dispone que "las limitaciones impuestas al dominio privado en el interés público están regidas por el derecho administrativo", especificando que "el aprovechamiento y uso del dominio de inmuebles debe ejercerse de conformidad con las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción".

2. Es cierto lo que dice el art. 2075, primera parte: "todos los aspectos relativos a las zonas autorizadas, dimensiones, usos, cargas y demás elementos urbanísticos correspondientes a los conjuntos inmobiliarios, se rigen por las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción". Dado que es materia de la normativa local (provincial o municipal, según la jurisdicción) todo lo concerniente a la regulación de la localización de los conjuntos inmobiliarios, es decir, si los mismos deben emplazarse en área urbana, complementaria o rural y, en particular, en qué zonas dentro de cada área puede hacerse, lo que, desde luego, dependerá del destino de cada emprendimiento urbanístico (zona residencial, comercial y administrativa, esparcimiento, industrial, etc.), previéndose para cada porción del territorio zonificada indicadores urbanísticos que establecerán las pautas de la intensidad de la ocupación del suelo (densidad poblacional), volúmenes edificables (factor de ocupación del suelo —FOS— factor de ocupación total —FOT—), subdivisión del suelo que determinará la superficie míni-

(3) Como se ha dicho con claridad "Sorprende que de los 14 artículos del Capítulo 'conjuntos inmobiliarios' 6 de ellos remitan a 'limitaciones, 'restricciones' o 'límites' previstos por normas administrativas" (ALTERINI Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E., en ALTERINI Jorge H. [dir.] - ALTERINI, Ignacio E. [coord.], *Código, Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, 2ª ed., COSSARI, Nelson G. A. [dir. de los ts. IX y X], La Ley, Buenos Aires, 2016, t.X, p. 14).

ma del parcelamiento, los requerimientos en materia de obras de infraestructura de servicios y equipamiento comunitario, como, así también, las cesiones urbanísticas que debe efectuar el propietario del inmueble (para espacios circulatorios, verdes y libres públicos y reservas para equipamiento comunitario), pero todo esto ello es extraño a la regulación civil.

3. La protección de los valores paisajísticos, arquitectónicos y ecológicos, que establece el art. 2078, resulta sólo declamativa por más que coincidamos que son cuestiones a tener en cuenta en la vida comunitaria. Lo paisajístico y lo arquitectónico en cuanto no entren dentro de la protección del medio ambiente deberá regirse por los límites edilicias establecidas en el reglamento y en las normas administrativas urbanísticas. Lo ecológico por las normas propias del derecho ambiental y eventualmente, vía reglamento mediante límites razonables. Se trata pues, de otra norma innecesaria.

4. El art. 2079, además de superponerse con el art. 2075, primera parte, cuya derogación propugnamos, es también una norma ajena al derecho civil que también debe suprimirse. Es obvio que los conjuntos inmobiliarios que tiene en miras la norma —clubes de campo, barrio cerrados, etc., dependen de las normas administrativas en cuanto a en qué lugares de la trama urbana existente o proyectada deben ubicarse. También lo referente a cómo deben realizarse los cerramientos son normas de tipo administrativo contenidas, por lo general, en los códigos urbanísticos. Pero es impropio del derecho civil ocuparse de referir a estos aspectos repitiendo machaconamente que hay que tener en cuenta el derecho urbanístico aplicable.

5. El art. 2080 también refiere innecesariamente a “las normas administrativas”, pero volveremos sobre ello al tratar lo salvable del resto de la norma.

VI. Las normas esenciales de la propiedad horizontal especial

1. ¿Qué es lo que distingue en esencia los conjuntos inmobiliarios y que los hacen diferentes de la clásica propiedad horizontal? Como ya adelantamos, lo único que lo separa de la propiedad horizontal común es que no es necesario que todo el terreno sea común, sino —como bien dice el proyecto de 1998 en el art. 2029— “sólo son necesariamente comunes las partes del terreno destinadas a vías de acceso y comunicación e instalaciones de uso común”. Basta ello para distinguir la propiedad horizontal general de la especial y es la única norma esencial del régimen.

El art. 2076 debería tener la principalidad, mas su relevancia aparece difuminada en el Código relegada a ser la cuarta norma del capítulo. Como se recordará, ese artículo establece que “Son necesariamente comunes o

de uso común las partes y lugares del terreno destinadas a vías de circulación, acceso y comunicación, áreas específicas destinadas al desarrollo de actividades deportivas, recreativas y sociales, instalaciones y servicios comunes, y todo otro bien afectado al uso comunitario, calificado como tal por el respectivo reglamento de propiedad horizontal que regula el emprendimiento”. Claro está, todo ello puede y debería decirse mucho más escuetamente tal como lo hizo el Proyecto de 1998. Por otra parte, al igual que ocurre en el art. 2041 se arruina la distinción doctrinal entre cosas necesariamente comunes y cosas comunes simplemente consideradas⁽⁴⁾.

2. La consecuencia lógica de esta directiva legal del art. 2076 —y lo que generalmente busca quien adquiere este derecho de propiedad horizontal especial— es que la parte privativa incluye en dominio exclusivo el terreno de la parcela con —en principio— todas las consecuencias que ello trae, no existiendo la necesidad que el terreno se encuentre en condominio como en la propiedad horizontal general. Tal como afirman los fundamentos del Proyecto de 1998 “la modificación central de la propiedad horizontal para proyectarla en los conjuntos inmobiliarios, consiste en reconocer que pueden existir unidades de propiedad privativa sobre el terreno, pues es de máxima transparencia que en la propiedad horizontal el terreno es necesariamente común de todos los consorcistas”.

En ese orden de cosas el art. 2077 no hubiere sido del todo inútil cuando afirma que “La unidad funcional que constituye parte privativa puede hallarse construida o en proceso de construcción, y debe reunir los requisitos de independencia funcional según su destino y salida a la vía pública por vía directa o indirecta”. Ya hemos criticado que repita las características que debe tener toda unidad funcional en la propiedad horizontal, pero su principal defecto es que indica que la unidad “puede hallarse construida o en proceso de construcción” por lo que una interpretación precipitada podría llevar a pensar que si no hay comienzo de construcción no puede haber unidad funcional independiente. De allí la justa crítica de Jorge H. Alterini e Ignacio Alterini cuando afirman que tal referencia “es más que equívoca, pues induce a creer que no podría existir unidad funcional sobre parcelas del terreno no construidas ni sobre las cuales exista un proceso de construcción”. Se afirma con razón que se debió haber estado a una redacción como la del art. 2039 atento a que ésta considera como posibles de ser unidades funcionales a los “espacios susceptibles de aprovechamiento por su naturaleza o destino”⁽⁵⁾.

(4) Ver al respecto COSSARI, Nelson G. A., en ALTERINI Jorge H. (dir.) - ALTERINI, Ignacio E. (coord.) *Código, Civil y Comercial comentado. Tratado exegetico*, cit., t. IX, p. 816.

(5) ALTERINI Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E., en ALTERINI Jorge H. [dir.] - ALTERINI, Ignacio E. [coord.], *Código, Civil y Comercial comentado. Tratado exegetico*, cit., t. X, p. 42.

Por nuestra parte creemos que para ser coherentes con la finalidad de la institución y el propio art. 2039 debe entenderse "en proceso de construcción" en referencia a las unidades que están meramente proyectadas en el plano de subdivisión, lo que en definitiva implica sólo su demarcación en el mismo.

Nótese que el régimen superpuesto creado por el capítulo de conjuntos inmobiliarios significa oscurecer lo que surge claro del régimen general de la propiedad horizontal, por lo que era mejor que la norma no se hubiere incluido. De querer preservarse el art. 2077 debería decir expresamente que no es necesario que la unidad funcional se encuentre construida.

3. ¿Era necesaria la enumeración del art. 2074? Claramente no. La misma bajo el rótulo concepto, no define ni perfila de qué se trata el derecho real sino que sólo enumera en forma muy amplia y no taxativa los conjuntos inmobiliarios más usuales, y así dice que lo son "los clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, o cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquellos que contemplan usos mixtos". Lo lógico sería fundir el art. 2074 y 2076 afirmando, a la manera del art. 2029 del proyecto de 1998, que en "los clubes de campo (...) comprendidos aquellos que contemplan uso mixto" "sólo son necesariamente comunes las partes del terreno destinadas a vías de acceso y comunicación e instalaciones de uso común". Ello es suficiente. Por su parte ya demostramos que el art. 2074 no suministra ninguna característica especial y que no tiene sentido su mantenimiento.

VII. Las normas posibles en la propiedad horizontal especial

1. Nos referiremos ahora a aquellas disposiciones que, si bien no son esenciales para distinguir la propiedad horizontal común de la especial, pueden resultar justificables. Muchas veces se trata de prácticas arraigadas en los conjuntos inmobiliarios que la legislación considera conveniente convalidar expresamente. Señalaremos no obstante lo innecesario de algunas de ellas o sus deficiencias en la regulación actual.

2. La circunstancia que el terreno sea propio, que la edificación pueda no estar hecha o concluida, y también que el propietario al estar en su propio suelo pueda cambiar la forma, altura, etc., al no afectar parte comunes, hace importante la previsión precisa en el reglamento de las "limitaciones edilicias". De lo contrario nada impediría que el propietario realice dentro de su propiedad las obras que desee sin otro límite que las ordenanzas municipales correspondientes. El art. 2080 alude a las limitaciones edilicias,

pero su redacción resulta confusa. Dice el referido artículo que "De acuerdo a las normas administrativas aplicables, el reglamento de propiedad horizontal puede establecer limitaciones edilicias o de otra índole, crear servidumbres y restricciones a los dominios particulares, como así también fijar reglas de convivencia, todo ello en miras al beneficio de la comunidad urbanística". La referencia a las normas administrativas aplicables, ya dijimos, que resulta absolutamente superflua. Obviamente el reglamento no podría establecer reglas que fueran contra las legítimas disposiciones urbanísticas y, por ejemplo, ordenar construir casas de una planta cuando las normas administrativas hipotéticamente dispongan un mínimo de dos. Incluso podría estar en el reglamento tal límite, pero no tendría efecto alguno mientras durara la vigencia de la ley, en sentido lato, administrativa. Por ello resulta de utilidad el establecer para esta propiedad horizontal "especial" la posibilidad de que el reglamento establezca límites edilicios.

Acerca de los límites de otra índole, si bien en esto el Código sigue los antecedentes de los proyectos en la materia, consideramos conveniente que una futura reforma los perfile más detalladamente atento a que puede resultar demasiado amplio y vago.

En cuanto a la creación de servidumbres y restricciones a los dominios particulares, tal como prosigue el art. 2080, cabría preguntarse si la norma no incurre en la vieja confusión entre servidumbre y límites al dominio que Vélez superó. La creación de límites a los dominios particulares es connatural a la propiedad horizontal, dentro de lo razonable, con lo cual no innova en la materia. En cuanto a las servidumbres, el reglamento no las crea, si no que en rigor lo que ocurre es que los intervinientes del contrato plurilateral consienten en su establecimiento y ellas requerirán —atento a su naturaleza de servidumbres— un fundo sirviente y uno dominante.

Ya hemos criticado la última parte del art. 2080 que no tiene justificación alguna.

3. El art. 2084 es otra muestra de mala regulación. Por lo pronto habla de servidumbres y otros derechos reales, dando una principalidad a las servidumbres sobre el resto y para más a todos ellos los somete a "lo que dispongan las normas administrativas aplicables". La remisión a normas administrativas puede tener alguna lógica en cuanto a si una servidumbre es necesaria para cumplir algún requisito urbanístico del que dependa la autorización para la instalación del complejo. Pero en sí la posibilidad de su constitución no puede depender de las normas administrativas. Ni qué decir si se trata de otros derechos reales.

Tampoco es clara la diferencia que podría llegar a existir en los dos supuestos hipotéticos que se mencionan: "conjuntos inmobiliarios entre sí

o con terceros conjuntos”, salvo que se trate de distinguir un caso de servidumbres recíprocas entre dos titulares del mismo conjunto⁽⁶⁾ se servidumbres con terceros conjuntos, pero la servidumbre entre dos unidades funcionales no implica en forma alguna modificación de reglamento. Tal vez existe un eco del empleo de servidumbres reales en lo que constituía el recurso, con anterioridad a la sanción del nuevo Código, al que acudían aquellos emprendimientos urbanísticos que no se sujetaban al derecho real de propiedad horizontal, a los efectos de lograr la necesaria vinculación funcional y jurídica entre los inmuebles afectados a áreas sociales y deportivas y los sectores residenciales. En el régimen vigente, acudir a la modalidad señalada parece innecesaria, desde que la vinculación funcional y jurídica de las partes privativas y las partes y cosas comunes se encuentra garantizada a partir de la configuración de los conjuntos inmobiliarios como derecho real de propiedad horizontal especial, siendo de la esencia del mismo el carácter interdependiente y no escindible de ambos sectores.

La finalidad debe ser “un mejor aprovechamiento de los espacios e instalaciones comunes” y conforme a la parte final de la norma presuponen la modificación del reglamento “y deben decidirse con la mayoría propia de tal reforma, según la prevea el reglamento”; con lo cual el reglamento podría prever distintas mayorías según el supuesto de que se trate, no quedando suficientemente claro si se aplica el piso mínimo del art. 2057⁽⁷⁾.

4. El art. 2081 en su segunda parte brinda algún nuevo matiz al afirmar que el “reglamento puede determinar otras contribuciones distintas a las expensas legalmente previstas, en caso de utilización de ventajas, servicios e instalaciones comunes por familiares e invitados de los titulares”. ¿A qué se refiere con “expensas legalmente previstas”? Para nosotros son las definidas en el art. 2048, segunda parte, con bastante corrección y mencionadas más imprecisamente en el propio 2081, primera parte. Aquí nos estaríamos refiriendo a contribuciones a las que se podría estar obligado si los familiares o invitados de los propietarios utilizan determinadas “ventajas, servicios e instalaciones comunes” como podrían ser cargos por utilización de pileta, quincho o canchas comunes. La norma no aclara si esos aranceles sólo deben cubrir los mayores costos que ese uso ocasiona, o puede incluir una prudente ganancia. Es de advertir que ciertos servicios podrían tener también un cargo específico para los mismos propietarios en cuanto el mayor uso de una cancha, pileta o similar contribuye a un mayor deterioro

(6) ALTERINI Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E., en ALTERINI Jorge H. [dir.] - ALTERINI, Ignacio E. [coord.], *Código, Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, cit., t. X, p. 64.

(7) Para Jorge Alterini e Ignacio Alterini existe un apartamiento del régimen de la propiedad horizontal común, ALTERINI Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E., en ALTERINI Jorge H. [dir.] - ALTERINI, Ignacio E. [coord.], *Código, Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, cit., t. X, p. 64.

con lo cual sería lógico arancelar su uso específico sin que ello no implique —por lo menos en principio— que todo el conjunto de propietarios no se encuentre obligado al pago de las expensas.

La confusa redacción de la norma no deja claro si considera a esas contribuciones, expensas —aunque distintas a las que estarían legalmente previstas— o un concepto distinto⁽⁸⁾.

La cuestión no es menor dado que estaría en juego la aplicación o no de la totalidad de las normas que de manera bastante completa se encuentran ubicadas en la “parte general” de la propiedad horizontal, en particular la posibilidad del cobro ejecutivo. Nosotros entendemos que deben considerarse expensas, liquidarse junto a ellas, y aplicársele el mismo régimen. Y más aún, que es perfectamente posible que el reglamento establezca estas expensas, aun en la propiedad horizontal común, por lo que se trata de una norma prescindible, que bien podría derogarse.

5. El art. 2082 sí tiene alguna especificidad —si bien ello puede también quedar más genéricamente comprendido en las limitaciones “de otra índole” que menciona el art. 2080— al establecer que el reglamento puede establecer pautas para el ejercicio del derecho de uso y goce de los espacios e instalaciones comunes por parte de terceros cuando los titulares de dominio ceden temporariamente en forma total o parcial, por cualquier título el uso y goce de la unidad funcional sea como derecho real o personal. Es decir, que si el titular tienta constituir usufructo, uso, superficie (por mencionar derechos reales) o locación o comodato (por caso de derechos personales), el reglamento podría establecer “pautas” para ejercer el derecho de uso y goce de las partes comunes. Ninguna pista se da en la norma a que se refiere con esas pautas. Tal vez se tuvo en cuenta el supuesto que menciona CORNA refiriéndose también al grupo familiar del propietario y sus invitados al que refiere el art. 2083, que “en aquellos clubes donde existe un gran número de ellos se adopta generalmente la solución de que si alquila o cede la propiedad a otra persona el tenedor que entra temporalmente a ocupar el lugar del propietario le cobran un ingreso y cuota especial mayor que la del socio original. En ese caso, el titular originario, es suspendido temporalmente mientras dura la cesión del uso de la propiedad al tercero hasta que esta finalice”⁽⁹⁾.

Por lo pronto nos parece claro que la norma no intenta limitar la cesión de la unidad. Ahora las pautas deben ser razonables y no implicar en los

(8) Si bien convengamos que al mencionarse en el art. 2081 también se tornan “legalmente previstas”.

(9) CORNA, Pablo, “Conjuntos inmobiliarios”, en *Análisis del Proyecto de Nuevo Código Civil y Comercial 2012*, UCA - El Derecho, p. 593.

hechos condiciones tan gravosas para la utilización de los espacios comunes que en la práctica impidan toda cesión.

6. Aun en los casos en que no exista cesión, el reglamento, conforme al art. 2083, puede establecer en qué extensión pueden hacer uso y goce de los espacios e instalaciones comunes aquellas personas que integran el grupo familiar del propietario de la unidad funcional. Cabe pensar que la norma —no lo aclara— se está refiriendo a quienes conviven con el propietario y resulta cuanto menos de difícil comprensión que hijos, cónyuge o padres que conviven con el titular puedan tener un derecho mucho más acotado que los de éste. Nuevamente habrá que aplicar la regla de la razonabilidad.

Existe una segunda parte de la norma que tiene su complejidad, dado que debiera leerse toda de corrido (no existe ningún signo de puntuación hasta dónde transcribiremos) “El reglamento puede (...) prever un régimen de invitados y admisión de usuarios no propietarios de dichos bienes”, pero seguidamente agrega —ahora sí— tras una coma, “...con las características y bajo las condiciones que, a tal efecto, dicte el consorcio de propietarios”. Pareciera que el régimen de admisión debe estar en el reglamento, pero sus características dictadas por el consorcio de propietarios. Tales características deberían determinarse por asamblea, que no requeriría una mayoría especial salvo que se tratara de establecer un régimen que no existía en el reglamento o modificara lo ya previsto en el mismo en cuanto a sus características, en cuyo caso se necesitarían las mayorías requeridas para modificar el reglamento. Estos “usuarios” claramente no son titulares del derecho real de uso, ni tampoco es el supuesto de la cesión temporaria de la unidad de la que da cuenta el art. 2082 y que se rige por tal norma.

La segunda parte del art. 2083 parece suministrar algunas pautas de en qué pueden consistir los límites ante el uso de terceras personas —no distinguiendo si son invitados o familiares convivientes— disponiendo que puede ser “pleno, parcial o limitado” y “temporario o permanente”; asimismo afirma que es siempre “personal y no susceptible de cesión ni transmisión total o parcial, permanente o transitoria, por actos entre vivos ni *mortis causa*”. Estamos nuevamente ante una norma superflua. Es claro que la calidad de invitado o miembro del grupo familiar no puede transmitirse o comercializarse.

Por último la disposición establece que los no propietarios quedan obligados al pago de las contribuciones y aranceles que a tal efecto determine la normativa interna del conjunto inmobiliario. Esto debe ponerse en consonancia con el art. 2081, segunda parte, que preveía la obligación del propietario de abonar tales rubros, lo que se extiende en esta disposición

a los no titulares que pretendan la utilización de tales espacios. Cómo se fijan estos aranceles y a qué normativa interna se refiere el artículo no lo aclara. Pareciera que la existencia y posibilidad de cobro es materia del reglamento, restando por definir quién fija las cantidades a abonar, lo que sería prudente establecer en el reglamento.

7. El art. 2085 también implica un cambio en el régimen de la propiedad horizontal general, “el reglamento de propiedad horizontal puede prever limitaciones pero no impedir la libre transmisión y consiguiente adquisición de unidades funcionales dentro del conjunto inmobiliario, pudiendo establecer un derecho de preferencia en la adquisición a favor del consorcio de propietarios o del resto de propietarios de las unidades privativas”.

A través del acogimiento del derecho de preferencia sería posible ejercer el control sobre los pretendientes a incorporarse y eliminar el acceso de los considerados no aptos⁽¹⁰⁾. Kiper describe que una “gran mayoría de los clubes de campo han implementado este derecho mediante una comisión interna de admisión (...) práctica muy difundida en los *countries* más tradicionales. Cuando una persona quiere comprar, debe someterse a una entrevista ante un comité de propietarios. Luego debe completar un extenso formulario con información personal. Dicha información se pega en una cartelera pública (...) para que los demás propietarios hagan sus observaciones y adviertan si creen que existe algún impedimento para que esa persona compre la propiedad. Además, en algunos casos, el interesado debe reunir las firmas de tres propietarios que avalen su ingreso a la urbanización. Este procedimiento es conocido comúnmente como ‘bolilla negra’”⁽¹¹⁾. Hemos sostenido, y reafirmamos, que derecho de admisión nos genera cierta republicana resistencia. No nos parece adecuado que la titularidad de un derecho real pueda quedar condicionada a la aceptación del resto. Ello puede insuflar, aun tratándose de evitar, un carácter sectario al emprendimiento, y resulta difícil imaginar criterios objetivos que aplicados *a priori* no resulten discriminatorios⁽¹²⁾. Lo que puede ser hasta cierto punto aceptable en un club, no lo es cuando se está dentro de un régimen

(10) ABELLA, Adriana N. - MARIANI DE VIDAL, Marina, “Clubes de campo y barrios cerrados. El problema de la admisión”, LL 2007-F-1363.

(11) KIPER, Claudio, *Tratado de derecho civil*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, t. I, en nota 25, p. 728.

(12) COSSARI, Nelson G. A. - LUNA, Daniel G., “Las urbanizaciones privadas y el derecho real de propiedad horizontal”, cit. El procedimiento que describe —objetivamente— Kiper en la anterior nota no podría de manera alguna admitirse para limitar la adquisición de derechos reales o incluso personales dentro de una unidad funcional en una urbanización. El propio autor citado aclara que al adoptar el Código el régimen de propiedad horizontal el derecho de admisión liso y llano resulta incompatible (KIPER, Claudio, *Tratado de derecho civil*, cit., t. I, p. 729), incompatibilidad que nosotros predicamos de toda urbanización so pena de crear y fomentar una sociedad dividida en clases.

de urbanizaciones, salvo que se pretenda crear espacios de privilegio que fraccionen y dividan el tejido social, lo que evidentemente no contribuye al bien común temporal.

De todas maneras y mantenido dentro de lo razonable, la política legislativa puede llegar a incluir normas de este tipo por lo cual —si bien discutible— es posible su inclusión.

8. El art. 2069 de la propiedad horizontal especial establece una vía para hacer cesar las infracciones de un propietario u ocupante a las prohibiciones previstas en el Código o en el reglamento de propiedad. A diferencia de la ley 13.512 y de los proyectos de reforma, el Código sólo establece una sanción: la de desalojo para el ocupante no propietario en el caso de infracciones reiteradas.

El art. 2086 parece dar una mayor amplitud permitiendo al consorcio aplicar las sanciones previstas en el reglamento ante conductas graves o reiteradas de los titulares de las unidades que violen lo previsto en dicho instrumento. Ante la carencia de mayores precisiones legislativas el reglamento deberá establecer qué se consideran conductas graves, qué entiende por reiteración de conductas, quién aplica la sanción, qué procedimiento de defensa se establece y las propias sanciones.

Por lo pronto, debemos aclarar que las conductas que pueden dar lugar al ejercicio del poder disciplinario por parte del órgano del consorcio con competencia para ello no constituyen más que transgresiones a los deberes asumidos por los propietarios en el reglamento de propiedad horizontal, por lo que representan un incumplimiento contractual.

Por otra parte, la imposición de cualquier sanción, para resultar legítima, ha de garantizar el derecho de defensa de raigambre constitucional correspondiente al imputado, el cual supone que se le haga saber cuál es la transgresión enrostrada, brindándosele la posibilidad de ser oído y de formular el descargo pertinente. Bien entendido que, una vez agotado el proceso sancionatorio de carácter interno, el interesado tendrá la posibilidad de ocurrir al órgano jurisdiccional competente a efectos de revertir la medida, con lo que va dicho que cualquier cláusula reglamentaria que cercene esa facultad resultará inválida.

El elenco de sanciones de que serán pasibles los infractores es variado y su individualización en el caso concreto dependerá de la transgresión reglamentaria de que se trate, aunque siempre deberán guardar proporcionalidad.

Las más frecuentes son el “llamado de atención”, el “apercibimiento”, la “multa” y la “suspensión” temporaria en el uso de las instalaciones y cosas

comunes. Sin embargo, en este último supuesto, la suspensión podría comprender el uso de las instalaciones y áreas deportivas o sociales, mas no la utilización de las vías de acceso y circulación interna del complejo, pues de lo contrario el infractor —que conserva su calidad de propietario— no podría usar y gozar de su unidad privativa⁽¹³⁾.

La problemática que encierra la “expulsión” del infractor como posible sanción reglamentaria merece una particular consideración, pues, en tales casos, aquél debería desprenderse del dominio de su unidad funcional como consecuencia de la penalización impuesta. Frecuentemente, los reglamentos establecen un procedimiento especial para ello, previendo un plazo para proceder a la enajenación, combinándose con el derecho de preferencia que le asiste al consorcio o a los restantes propietarios del complejo, para adquirirla. Consideramos que tal sanción no debería integrar los elencos sancionatorios de los reglamentos correspondientes a los conjuntos inmobiliarios y, si fueran incluidas, su suerte debería ser adversa ante un hipotético pleito judicial. Téngase presente que los conjuntos inmobiliarios constituyen una propiedad horizontal especial, a las que se les aplica las disposiciones del título V, sin perjuicio de las matizaciones propias de su régimen legal. Precisamente ante infracciones a la ley o al reglamento de propiedad horizontal, el art. 2069 del Código Civil y Comercial autoriza el desalojo del “no propietario” y sólo en caso de “reiteración de infracciones”, siempre, desde luego, con intervención judicial. De modo que si en la propiedad horizontal “común” se encuentra vedada la posibilidad de excluir de su seno a los propietarios de las unidades funcionales por infracciones legales o reglamentarias, en los conjuntos inmobiliarios también debería estarlo, pues no creemos que la “especialidad” que se predica de los mismos sea tal como para que se admita semejante diversidad de régimen en la materia.

Entendemos que no se aceptó lo propugnado por alguna doctrina que postulaba que determinadas inconductas puedan llevar a la exclusión del consorcista “como miembro del complejo y, consecuentemente, a la pérdida de su condición de titular dominial, hallándose obligado a vender, una vez cumplidas y agotadas todas y cada una de las etapas administrativas impuestas por el propio complejo en su reglamento, dejando siempre a salvo los recursos judiciales pertinentes para el sancionado”⁽¹⁴⁾. Hemos sostenido que exponer a la pérdida de un derecho real (aun por venta forzada) para el caso de inconductas, puede implicar desnaturalizarlo y debilitar

(13) V. ABELLA, Adriana N. - MARIANI DE VIDAL, Marina, “Las reglas de desenvolvimiento y convivencia en las distintas áreas y actividades de las urbanizaciones privadas”, LL, Sup. Esp. Emprendimientos Inmobiliarios 2006 (julio).

(14) DE HOZ, Marcelo, “Barrios cerrados, clubes de campo y conjuntos inmobiliarios: ¿Un nuevo derecho real?”, DJ 1992-2-438.

en demasía al derecho real. En tales supuestos preferimos la solución del art. 7º de la ley española que, con la redacción dada por la reforma de 1999, dispone la posibilidad de que la sentencia que declare la falta establezca la privación del derecho al uso de la vivienda o local por tiempo no superior a tres años, en función de la gravedad de la infracción y de los perjuicios ocasionados a la comunidad y, si el infractor no fuese el propietario, que la sentencia pueda extinguir definitivamente todos los derechos de aquél relativos a la vivienda o local, así como disponer su inmediato lanzamiento.

VIII. Conjuntos inmobiliarios preexistentes

1. La norma que en el Código sancionado establece que los "conjuntos inmobiliarios preexistentes que se hubiesen establecido como derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan este derecho real" (art. 2075, tercera parte) acarrea un sinfín de opiniones dispares.

En el art. 2075, *in fine*, del Anteproyecto, a diferencia del texto legal vigente, se disponía que "Pueden asimismo existir conjuntos inmobiliarios en los que se establecen los derechos como personales o donde coexisten derechos reales y personales". La norma proyectada resultaba más adecuada pues, a través de la misma, los conjuntos inmobiliarios no quedaban atados, exclusivamente, al régimen de los derechos reales, como bien expuso Jorge H. Alterini, quien agregaba: "El legislador puede direccionar las realidades pero debe hacerlo con moderación, de allí que si muchos emprendimientos se realizan a través de derechos personales, hubiera sido inadecuado desconocer esa alternativa negocial para no apagar la potencialidad de ese fenómeno económico"⁽¹⁵⁾. Lamentablemente, el Código sancionado desconoce esta opción y los derechos personales quedarían fuera de la posibilidad de elección.

2. Debe pues estudiarse qué implica la mentada adecuación distinguiendo los distintos supuestos existentes en la realidad.

A) Conjuntos inmobiliarios preexistentes sometidos sólo a la figura de derechos reales

Como han opinado Jorge H. Alterini e Ignacio Alterini, en el artículo 2075 "nada se dice sobre la conversión de los conjuntos inmobiliarios sometidos sólo a algún derecho real, ya a la propiedad horizontal clásica o a la concurrencia de dominio con condominio"⁽¹⁶⁾. En cambio existe doctrina

(15) ALTERINI, Jorge H., "Primeras consideraciones sobre los Derechos Reales en el Proyecto de Código", LL 2012-E-898.

(16) ALTERINI Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E., en ALTERINI Jorge H. [dir.] - ALTERINI, Ignacio E. [coord.], *Código, Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, cit., t. X, p. 32.

que si bien advierte la duda en los casos en que los conjuntos inmobiliarios funcionan sólo bajo el ropaje de derechos reales, señalan luego la necesaria conversión también en los casos de que el conjunto inmobiliario se encuentre sometido exclusivamente a derechos reales⁽¹⁷⁾. En rigor, el caso no se encuentra comprendido en la norma.

B) Adecuar entendido como adaptar

Jorge H. Alterini señala que adecuar no implica transformar de la manera que lo emplea el art. 74 de la ley general de sociedades, ni tampoco convertir en el sentido, por ejemplo, del art. 384 del Código, sino que "según la Real Academia Española implica: 'Proporcionar, acomodar, apropiarse algo a otra cosa'" Y a "su vez, acomodar es 'adaptar', o sea 'ajustar algo a otra cosa'"⁽¹⁸⁾.

Creemos advertir que de hecho, comúnmente, se ha tomado el término "adecuación" como equivalente a "transformación". Con esa última interpretación aparecen cuestiones que se despejan si se le da al referido término la estricta definición lingüística.

Si adecuar es simplemente adaptar, en tal caso se sostiene se "procura que los conjuntos inmobiliarios se ajusten a la nueva regulación y no el cambio frontal de un sistema por otro, lo que no sería conforme a Derecho por violentar garantías constitucionales", pudiéndose, aun sin transformar ni convertir, "aplicarse directamente algunas pautas para el funcionamiento de los conjuntos inmobiliarios preexistentes armónicas con las exigidas para los nuevos conjuntos". En tal sentido se ejemplifica con el art. 2053 en cuanto requiere acuerdo unánime de los propietarios ante una mejora u obra nueva que "gravita o modifica la estructura del inmueble de manera sustancial"⁽¹⁹⁾.

Favier Dubois, ocupándose sólo del caso de los conjuntos inmobiliarios que han adoptado la forma de la sociedad anónima, estima que no es obligatorio transformar la sociedad en consorcio, dado que ello violentaría derechos adquiridos.

Sin embargo, también sostiene que hay que cumplir la norma, para lo cual bastaría aprobar un reglamento con los requisitos previstos para la

(17) PUERTA DE CHACÓN, Alicia - NEGRONI, María Laura, "Adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes. Normas operativas del Código Civil y Comercial", en LL del 4/5/2016, AR/DOC/976/2016.

(18) ALTERINI, Jorge H., "Simplificación en la prehorizontalidad y complejidades en los conjuntos inmobiliarios", *Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, 27/6/2016, p. 1 - LL 2016-D, AR/DOC/1050/2016.

(19) ALTERINI, Jorge H., "Simplificación en la prehorizontalidad y complejidades en los conjuntos inmobiliarios", cit.

propiedad horizontal, inscribirlo en el Registro de la Propiedad Inmueble y transcribirlo en las escrituras en el caso de enajenación de alguna de las parcelas. A su vez, considera que por aplicación del art. 150, inc. a), del Código, las normas de la propiedad horizontal tienen preeminencia sobre los estatutos y reglamentos de la sociedad anónima bajo cuyo ropaje se cobija el conjunto inmobiliario, y entiende que éstas desde la vigencia del Código deben cumplir con lo dispuesto en los arts. 2081, 2085, 2051, 2066, como así también adaptar el régimen de asambleas de la ley de sociedades y sus estatutos al régimen de las mismas en la propiedad horizontal⁽²⁰⁾.

Sobre este tipo de adecuación fáctica la jurisprudencia se ha pronunciado admitiendo la vía ejecutiva, aun cuando el formato del barrio cerrado era el de una sociedad anónima, sosteniendo que es "oportuno (...) destacar que el Cód. Civil y Comercial de la Nación, en su art. 2075, dispone que los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal. Asimismo, dicho precepto establece que los conjuntos inmobiliarios preexistentes se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan este derecho real. De ello se colige, que resulta plenamente aplicable en la especie el art. 524 del Cód. Procesal", es decir, el juicio ejecutivo⁽²¹⁾. Pero otra jurisprudencia resolvió en contrario que "Una sociedad que tiene por objeto el dominio y la administración de espacios comunes no tiene derecho a reclamar ejecutivamente el cobro de un certificado de deuda por expensas, pues no acreditó el cumplimiento de la adecuación a la normativa que regula los conjuntos inmobiliarios

(20) FAVIER DUBOIS, Eduardo M., "Situación actual de los 'clubes de campo' bajo la forma de sociedades anónimas. Reglas de aplicación inmediata", LL del 2/9/2015, p. 1, LL 2015-E-1217, *Impuestos* 2015-10-3, AR/DOC/2966/2015. Contra: NISSEN, Ricardo A., "La situación jurídica de los clubes de campo luego de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación. Punto final para las asociaciones bajo forma de sociedad", en ED 263-20-15, p. 970. Este autor se enrola en la postura, que luego veremos, de la obligatoriedad de transformar las realidades preexistentes al Código, sosteniendo que pese al silencio de la ley a partir de la entrada en vigor del nuevo ordenamiento "las autoridades de la sociedad o asociación bajo forma de sociedad deben proceder, sin demoras, a celebrar todos los actos jurídicos necesarios para llevar a cabo esa adecuación. De lo contrario, cualquier accionista o integrante de la entidad bajo la cual está organizado el club de campo, podrá requerir la convocatoria judicial a la asamblea para adoptar las medidas necesarias para cumplir con la nueva legislación, esto es, la disolución de la sociedad o asociación civil por imposibilidad de cumplir su objeto (art. 94 inciso 4º ley 19550 y art. 163 inciso c. según fuere el caso) y la redacción por parte de todos los copropietarios del respectivo reglamento, como lo manda el artículo 2038 del Código Civil y Comercial de la Nación, el cual podrá redactarse en la misma asamblea". Agregando que "La inactividad del órgano de administración de la sociedad en torno a la 'adecuación' (...) constituye suficiente causal de remoción de sus integrantes, pues dicha demora puede afectar derechos fundamentales que este nuevo ordenamiento legal y especial confiere a los socios o accionistas devenidos en copropietarios".

(21) CNCiv., sala A, 28/8/2015, "Lagunas del Polo Barrio Cerrado SA v. G. L. G. s/ejecución de expensas", AR/JUR/35901/2015.

—art. 2075, Cód. Civ. y Com.—, por lo que no puede ejercer un beneficio derivado de la configuración de un derecho real que no le asiste"⁽²²⁾.

En sentido contrario a la inmediata aplicación de las normas de la propiedad horizontal se pronuncia Cornejo, quien admite que los conjuntos inmobiliarios preexistentes, no estructurados como propiedad horizontal, cobren ejecutivamente si así está previsto en sus reglamentos internos, pero de no existir tal previsión "no existe la aplicación automática de las normas sobre propiedad horizontal entre las que se encuentra la del 2048, último párrafo, que establece el carácter de título ejecutivo al certificado de deuda"⁽²³⁾.

C) Adecuar como transformar

Parte de la doctrina ha entendido la adecuación de la que habla la tercera parte del art. 2075 como un imperativo que implica transformar la figura jurídica adaptada en la de la propiedad horizontal especial extendiendo los instrumentos y efectuando las inscripciones correspondientes.

Si se le da ese sentido a la disposición legal, es lógico que se plantee si existe un plazo o no para la adopción de la forma jurídica de la propiedad horizontal especial. Así se ha dicho que la norma no establece plazo para la adecuación, ni establece sanción para el caso de que no se realice⁽²⁴⁾.

La falta de sanción ha llevado decir a un autor que el deber de adecuación es una obligación natural⁽²⁵⁾. Tal opinión obstaculizaría plantear la cuestión judicialmente ante la falta de acuerdo de los interesados.

(22) CNCCom., sala C, 13/10/2016, "Altos de los Polvorines SA v. Castaño, Mariana s/ejecutivo", AR/JUR/70121/2016.

(23) CORNEJO, Américo A., "El certificado de deuda como título ejecutivo en los conjuntos inmobiliarios", RCCyC 2015 (noviembre), 17/11/2015, 161, AR/DOC/2961/2015.

(24) ABELLA, Adriana N. - MARIANI DE VIDAL, Marina, "Conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial con especial referencia a los preexistentes", AR/DOC/677/2015. En el mismo sentido, las conclusiones del XVIII Congreso de Derecho Registral (Santa Fe, octubre 2015); BILVAO ARANDA, Facundo M., "Propiedad horizontal y conjuntos inmobiliarios: regulación de los *countries* y otros emprendimientos urbanísticos en el Código Civil y Comercial", DJ 13/7/2016, 1, AR/DOC/1188/2016. El último autor citado estima que las autoridades administrativas locales requerirán a los "conjuntos inmobiliarios preexistentes la regularización de su constitución y funcionamiento, lo cual no estará ajeno de una incipiente litigiosidad" (BILVAO ARANDA, Facundo M., "Propiedad horizontal y conjuntos inmobiliarios: regulación de los *countries* y otros emprendimientos urbanísticos en el Código Civil y Comercial", cit.). No creemos procedente que la autoridad administrativa obligue a la transformación, tal conducta excedería en mucho las facultades de la misma.

(25) FUSTER, Gabriel A., "¿Adecuación de los conjuntos inmobiliarios pre-existentes? A propósito del artículo 2075 del Código Civil y Comercial de la Nación", *La Ley Córdoba* 2015 (noviembre), 1047, DJ 27/4/2016, 15, AR/DOC/3593/2015; URBANEJA, Marcelo E., *Propiedad horizontal*, El Derecho, Buenos Aires, 2016, p. 13.

Otros autores, en sentido diverso, entienden que la norma es inmediatamente operativa y que cualquiera de los integrantes del conjunto inmobiliario puede requerir la transformación del mismo en propiedad horizontal especial⁽²⁶⁾. Puerta de Chacón y Negroni partiendo de esta tesitura han analizado las distintas situaciones a transformar por aplicación de la norma en comentario. Así respecto de los conjuntos inmobiliarios ya sometidos a propiedad horizontal dentro del régimen de la 13.512 entienden que, por ser superador el régimen del Código, debe aplicarse la nueva ley retroactivamente, pero sin que sea necesario modificar el plano de subdivisión y el reglamento. No consideran necesario una escritura de adecuación ni tampoco la escritura de obra nueva cuando las unidades sean construidas. Si los consorcistas quisieran, no obstante adecuar el reglamento, las autoras entienden que es de aplicación el régimen de la propiedad horizontal común y tal reforma requerirá unanimidad en el caso de normas estatutarias, los dos tercios si se modifican cláusulas reglamentarias, y sólo mayoría absoluta si lo único que se pretende es una modificación terminológica para que el Registro tome razón que se trata de un conjunto inmobiliario.

Para aquellos conjuntos organizados como dominio más condominio con indivisión forzosa para los espacios comunes, entienden que la escritura de adecuación requiere la concurrencia de todos los propietarios, dado que se modifica la naturaleza del derecho real, pero consideran factible recurrir al juez ante la falta de unanimidad entendiendo que no rige el obstáculo del art. 1896, atento a que la disposición del art. 2074 autoriza al magistrado a imponer la forma de la propiedad horizontal especial por ser ello de orden público. Asimismo especifican que la resistencia de quienes se oponen puede ser abusiva si de hecho, existiendo un reglamento en el conjunto sometido a la forma jurídica de dominio más condominio, en la práctica son parte de un consorcio de hecho. Consideran además esta forma jurídica análoga a cuando el conjunto se organiza como condominio con partición de uso de parcelas.

Al analizar los conjuntos inmobiliarios bajo formas asociativas, opinan que es el caso al que se refiere expresamente el art. 2075. En tal supuesto, para la transformación entienden necesaria la decisión social conforme a las previsiones del estatuto social, quedando libre la vía judicial si no se convoca a asamblea o existe una oposición no fundada o abusiva de la mayoría.

Por último, cuando se trata de conjuntos inmobiliarios donde existe donación de calles al municipio, y se ha permitido que se cierre el mismo y

(26) PUERTA DE CHACÓN, Alicia - NEGRONI, María Laura, "Adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes. Normas operativas del Código Civil y Comercial", cit.

se controle el acceso por parte de los propietarios, quienes son los que se encargan de los servicios municipales, piensan que los obstáculos para la aplicación de la transformación son casi insalvables, atento a la necesidad de desafectar bienes del dominio público. En tal caso consideran que igualmente deben aplicarse en el funcionamiento las normas de la propiedad horizontal, incluyendo cobro ejecutivo de expensas, cumplimiento de reglamentos sobre construcciones, constitución de un consorcio por personalidad jurídica que operará independientemente de que se otorgue cualquier instrumento, etcétera⁽²⁷⁾.

3. La adecuación, sobre todo la entendida como transformación, ha generado controversias acerca de su constitucionalidad. Así se ha interpretado que el respeto al derecho de propiedad incorporado al patrimonio de los particulares y al statu quo imperante determinan que ellos seguirán funcionando bajo el sistema que hayan escogido inicialmente, incluso aunque se trate de derechos reales diferentes al aquí estudiado, en la medida en que estén reconocidos en el ordenamiento jurídico vigente a ese momento⁽²⁸⁾.

En similar sentido, se ha dicho que "la exigencia de adecuación, impuesta por el art. 2075, último párrafo, relativa a los conjuntos inmobiliarios preexistentes a la entrada en vigencia del nuevo Código, impresiona como de muy dudosa constitucionalidad, lesiva de la garantía de la propiedad (art. 17, Constitución Nacional) e incluso contraria a lo dispuesto por el art. 7º del propio Código. En efecto, si el conjunto inmobiliario fue creado con arreglo a las normas en vigor en momento anterior, tal creación constituye una situación jurídica consolidada.

"Al amparo de la situación jurídica consolidada se habrán generado derechos incorporados a los respectivos patrimonios (del propio conjunto inmobiliario y de sus integrantes). Tales derechos no pueden ser modificados —ni se puede obligar a sustituirlos por otros—, aun cuando se entienda que el régimen de los derechos reales es de orden público (arg. art. 1884 del nuevo Código). Porque ello querría decir que, al afectarse la constitución de una situación jurídica que tuvo lugar con anterioridad, el legislador ha dotado a los nuevos dispositivos de efecto retroactivo en un ámbito en el que le está vedado avanzar, que es el de los derechos amparados por garantías constitucionales (art. 17, Constitución Nacional; art. 7º Código Civil y Comercial)"⁽²⁹⁾.

(27) PUERTA DE CHACÓN, Alicia - NEGRONI, María Laura, "Adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes. Normas operativas del Código Civil y Comercial", cit.

(28) SAUCEDO, Ricardo J., en RIVERA, Julio César - MEDINA, Graciela (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2014, t. V, p. 617.

(29) ABELLA, Adriana N. - MARIANI DE VIDAL, Marina, "Conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial con especial referencia a los preexistentes", LL Online, AR/DOC/677/2015.

Concordantemente se sostuvo que basta la oposición fundada de uno solo de los partícipes del conjunto inmobiliario para impedir la afectación voluntaria bajo pena de lesionar derechos consolidados violando el art. 7º del Código y el 17 de la Constitución Nacional, entendiendo que si se recurre a la justicia el reclamo no debería prosperar sino en ausencia de razones suficientes que hagan de tal conducta un abuso de derecho⁽³⁰⁾. El cambio frontal viola garantías constitucionales⁽³¹⁾.

Para otros autores, en cambio, la aplicación retroactiva de la ley se justifica en ser más beneficiosa la nueva regulación. Se afirma que “el principio de igualdad y el de seguridad jurídica que postula el Código Civil y Comercial, así como la naturaleza de los derechos que vinculan a las personas con los inmuebles, justifican la aplicación retroactiva del régimen legal de los conjuntos inmobiliarios que estatuye este nuevo Código si resulta más beneficioso”.

Estos autores reconocen que hay que analizar caso por caso para ver si se afectan o no garantías constitucionales, pero la preocupación mayor parece estar dada por preservar los derechos que puede haberse reservado el emprendedor sobre las cosas de uso común. Han sostenido, “por ejemplo, si el emprendedor se reservó la facultad de administrar el complejo y esa administración futura integraba la ecuación económica del contrato —porque, por ejemplo fue la contraprestación por la constitución de una servidumbre—, deberá mantenerse la equidad del intercambio y respetarse la percepción de ganancia futura o indemnizarse la pérdida”. También en el sistema empresario como en el caso de los *shoppings* u otros de tipo empresarial “donde la centralización del *management* de las actividades productivas y el uso de las instalaciones (fábrica, bodega, frigorífico, etc.) pertenecen en propiedad a quien gerencia y presta los servicios”, entendiéndose que en tal supuesto se afectan los derechos de todos los implicados; y que en los casos de adquirente de vivienda a éste siempre lo beneficia la nueva regulación y muy excepcionalmente podrá afectarlo en sus derechos⁽³²⁾.

Para otros la lesión al derecho de propiedad no resulta tan clara “dado que, en principio, la composición patrimonial de los titulares del derecho

(30) FUSTER, Gabriel A., “¿Adecuación de los conjuntos inmobiliarios pre-existentes? A propósito del artículo 2075 del Código Civil y Comercial de la Nación”, *La Ley Córdoba*, 2015 (noviembre), 1047, DJ 27/4/2016, 15, AR/DOC/3593/2015.

(31) ALTERINI, Jorge H., “Simplificación en la prehorizontalidad y complejidades en los conjuntos inmobiliarios”, *Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, 27/6/2016, p. 1, LL 2016-D, AR/DOC/1050/2016.

(32) PUERTA DE CHACÓN, Alicia - NEGRONI, María Laura, “Adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes. Normas operativas del Código Civil y Comercial”, cit.

real sobre la parcela y personal sobre ciertas áreas recreativas no sufrirá alteraciones”. Aun así se reclama una legislación que complete y armonice la normativa aplicable⁽³³⁾.

Nosotros estimamos que los derechos personales o reales adquiridos respecto de los conjuntos inmobiliarios, al amparo de una legislación anterior a la vigencia de Código Civil y Comercial, son bienes que integran el patrimonio de su titular y constituyen, por lo tanto, una propiedad en sentido constitucional (art. 17, CN).

La aludida garantía constitucional obliga al intérprete a pronunciarse por la subsistencia de los conjuntos inmobiliarios que, preexistentes a la sanción del Código, fueron regulados como derechos personales o combinando derechos reales y personales. Por supuesto que para que exista inconstitucionalidad deberá escudriñarse en el caso concreto que la garantía de propiedad se encuentre afectada.

4. ¿Qué debe entenderse por “cualquier otro emprendimiento urbanístico”?

Cabe preguntarse ante la amplitud de la frase “cualquier otro emprendimiento urbanístico” del art. 2073, si todos estos deben adecuarse cualquiera que sea el sentido que se le dé a ese término. Entendemos que la respuesta debe buscarse en el art. 2074, que en definitiva brinda los caracteres de una propiedad horizontal. Si en el conjunto no se encuentran esas características, puede sostenerse que el art. 2075, tercera parte, no es aplicable, como tampoco el necesario sometimiento al art. 2074 que señala la segunda parte de la norma. Esto permite descartar la aplicación *ab initio* o sobreviniente de la figura para casos tales como los de los *shoppings* u otras situaciones en que sólo a martillazos podrían encajar dentro del esquema del Código, por carecer, v.gr., de una “entidad con personería jurídica que agrupe a los propietarios de las unidades privativas”. Nos parece que ello brinda una pauta objetiva y genérica, que permite descartar *ab initio* supuestos cuyo diseño no responde en absoluto a la “propiedad horizontal especial”.

5. De todas formas *de lege ferenda* debe pensarse qué solución dar a los conjuntos que preexisten y no se someten a la propiedad horizontal o bien qué solución adoptar si una futura reforma permite, con más amplio criterio, el sometimiento a derechos personales o incluso a una combinación adecuada y no forzada de derechos reales como podría resultar en algunos casos de la normativa del art. 2004.

(33) GURFINKEL DE WENDY, Lilian N., “Cuestiones dudosas en torno al instituto de la propiedad horizontal”; LL 2016-B-1242, AR/DOC/1136/2016.

Creemos que establecido el régimen básico de propiedad horizontal para los conjuntos inmobiliarios puede establecerse qué normas de la propiedad horizontal general y de la especial deben aplicarse a los conjuntos inmobiliarios que estuvieran bajo otra forma jurídica, y de esa manera lograr una unidad de régimen posible sin desatender los matices y razones de la adopción de un traje jurídico diverso. Es, salvando las distancias, la solución del párrafo cuarto del art. 24 de la Ley de Propiedad Civil española según reforma efectuada por ley 8/1999.

IX. Conclusiones

Creemos que el legislador perdió la oportunidad, en la premura de sancionar un nuevo Código, de regular adecuadamente los conjuntos inmobiliarios. Las dificultades que viene dando el nuevo régimen, en particular en las cuestiones que giran en torno a la "adecuación" y sus complejidades, denotan su ineficacia a la hora de ordenar las realidades jurídicas.

Es por ello que propugnamos *de lege ferenda* que

1. Los conjuntos inmobiliarios propiamente dichos deben constituir un capítulo dentro de la propiedad horizontal.

2. Las normas específicas de dicho capítulo deben establecer la esencia de lo que distingue la propiedad horizontal común de la especial, esto es, que son solamente comunes las partes del terreno destinadas a vías de acceso y comunicación e instalaciones de uso común.

3. Pueden incluirse normas específicas para este tipo de propiedades, especialmente las que fijan límites edilicios, perfilando también en forma precisa los límites de otra índole.

4. Debe evitarse la superflua remisión a las normas administrativas y la repetición de normas ya incluidas en la propiedad horizontal común.

5. Debe establecerse qué normas, tanto de la propiedad horizontal común como la especial deben aplicarse a los conjuntos inmobiliarios que, por las razones que sean, ostenten otra forma jurídica. ♦

PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS Y OTRAS CATEGORÍAS JURÍDICAS

POR MARIANO GAGLIARDO

SUMARIO: I. Persona jurídica: consideraciones generales. II. El hombre núcleo del derecho. III. Concepciones acerca de la persona jurídica. IV. Concepto de persona jurídica. V. Las personas jurídicas de carácter privado. VI. Final.

I. Persona jurídica: consideraciones generales

A lo largo del tiempo, de manera similar a ciertas actividades que realizan los sujetos individuales, se encuentran grupos o asociaciones que efectúan similares tareas u otras finalidades.

Es que la naturaleza eminentemente social del hombre ha demostrado y así se corrobora que paralelamente a la actividad individual en procura de fines propios, existe en él una tendencia a la asociación con objetivos útiles.

Es que la asociación de personas humanas posibilita el desarrollo de emprendimientos, tareas, logros y otros quehaceres que al hombre de manera individual lo supera y es impotente para su concreción. El trabajo desarrollado de manera colectiva, asociando individuos y capital de trabajo, facilita y propende aquellas tareas.

Y esos grupos de personas humanas, vinculados de manera contractual asociativa, a quienes se les reconoce como sujetos de relaciones jurídicas, son las tan usuales personas jurídicas.

Michoud⁽¹⁾ dice que el *substratum* de las personas jurídicas reside en que posean los dos elementos que configuran el derecho subjetivo: el interés común y la voluntad colectiva.

(1) MICHOU, Léon, *La técnica de la personnalité morale*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1932, t. I, ps. 45 y ss.

En el siglo XIX, con el advenimiento del maquinismo, la persona jurídica alcanzó su auge, ya que el capitalismo hizo necesaria la existencia de entes titulares de los bienes de producción, y la sociedad, en particular la especie anónima, fue la forma societaria lógica para tales finalidades.

La modalidad concibe a estas asociaciones como "personas o sujetos de derecho", solución convencional más necesaria, para lo cual la técnica jurídica debe adoptar pautas de abstracción, acorde a las exigencias de la hora.

El proceso para llegar a tal cometido, en el tiempo, no ha sido sencillo y mucho menos dinámico⁽²⁾.

II. El hombre núcleo del derecho

La distinción entre el individuo y la persona no es cosa nueva; es un tema que pertenece al patrimonio de la humanidad.

Y cuando este aserto se traslada al mundo jurídico, surge la noción de persona jurídica que tiende a que la persona individual pueda realizar actividades de manera mancomunada.

Es que el derecho tiene como objeto seres humanos, no se da sino entre hombres. Ello, no obstante, en la vida y desarrollo de la sociedad jurídica aparecen las limitaciones propias de la individualización. Porque el hombre es un individuo en la especie y comparte con los demás hombres los bienes de la vida social⁽³⁾.

III. Concepciones acerca de la persona jurídica

El hombre, la persona humana (art. 19, Cód. Civ. y Com.), la persona física, es una realidad con la que cuenta el derecho y está inmersa en el orden jurídico.

No acontece lo mismo con la persona jurídica, o persona moral, o persona mística, o persona social que es hoy uno de los grandes temas de la ciencia jurídica.

Y, además de lo dicho, en derredor de tal noción y su terminología, siempre han girado ideologías de las más diversas y cuando no variedad de intereses económicos.

(2) Cfr. FERRARA, Francisco, *Teoría delle persone giuridiche*, Reus, Madrid, 1929, nro. 8.

(3) MARTAIN, Jacques, *Para una filosofía de la persona humana*, Club de Lectores, Buenos Aires, 1984, p. 173.

La búsqueda, investigación de ese deletéreo concepto o definición de la persona jurídica⁽⁴⁾ pudiera emprenderse examinando las principales corrientes jurídicas hasta ahora seguidas.

Las teorías que han tratado de explicar la naturaleza de las personas jurídicas han sido clasificadas de diversa manera, según el enfoque del criterio clasificador que se adopte⁽⁵⁾.

Es que precisar una noción de persona jurídica denota cuán certera era la advertencia de Ortega y Gasset cuando, en el año 1937, en su artículo "Misericordia y esplendor de la traducción", señalaba que todo decir es deficiente —dice menos de lo que quiere— o bien es exuberante, pues da a entender más de lo que se propone.

Y en el concepto aludido, en cuanto a que toda noción conlleva una reducción de ideas, tiene virtualidad la advertencia del ilustre filósofo. Máxime, cuando se trata de un instituto que presenta dificultades para elaborar un concepto unitario que lo comprenda todo, frente a una noción que demuestra que es proteiforme⁽⁶⁾.

Porque en el fondo, el problema moral de la personalidad no es otro que explicitar la situación que presenta una serie de relaciones sociales, ofrecidas por la realidad y actuando jurídicamente como si hubiesen llegado a constituir una entidad dotada de existencia sustantiva y equiparada a la persona humana.

Así en materia de definiciones —con la salvedad efectuada en nota— meramente provisorias y descriptivas de la persona jurídica, nos encontramos con aquellas que son puramente negativas y aluden a la persona jurídica, como sujeto de derecho que no es, al mismo tiempo, una persona humana⁽⁷⁾.

O bien, la que alude a la realidad social a la que el Estado reconoce o atribuye individualidad propia, distinta de sus miembros componentes, sujeto de derechos y obligaciones y con una capacidad de obrar en el tráfico por medio de sus órganos o representantes.

(4) Acerca de las definiciones legales, ALTERINI, Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E., en *Código Civil y Comercial anotado. Tratado exegético*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 1027.

(5) Por tratarse de una cuestión por demás considerada, remitimos a ORGAZ, Alfredo, *Nuevos estudios de derecho civil*, Editorial Bibliográfica Argentina, 1954, ps. 225 y ss.; ALTERINI, Jorge H. y otros, ob. cit., ps. 1026 y ss.; GAGLIARDO, Mariano, "Las personas jurídicas en general", ED 1975-57-760.

(6) Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Panorama de derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1963, p. 112.

(7) MICHOU, Léon, ob. cit., p. 4.

Sin embargo, es importante destacar que a la época en que se sancionara el Código Civil, pocos eran los códigos que habían legislado sobre las personas jurídicas, basadas en razones políticas y económicas.

Las doctrinas de Savigny fueron precursoras en su exposición dogmática e incluso en su utilización terminológica.

A lo dicho deben adicionarse las enseñanzas de Freitas, exposiciones todas que, aunadas, fueron fuente de inspiración de nuestro codificador.

La sanción del Código Civil y Comercial de la Nación no ha alterado la esencia del tema, aspecto que en sustancia subsiste en la actualidad.

Y, en este cauce, la teoría de la realidad es la que mejor se adapta a la índole de la entidad en cuestión, admitiéndose la existencia de las personas jurídicas como reales y verdaderos sujetos de derecho⁽⁸⁾.

IV. Concepto de persona jurídica

El orden jurídico personifica ciertas organizaciones para potenciar la independencia que se les reconoce u otorga respecto de sus representantes y socios, considerándolas con capacidad jurídica y de obrar, más o menos limitada, y con un propio patrimonio separado⁽⁹⁾.

Persona jurídica puede ser definida como toda unidad orgánica de una colectividad organizada de personas o de un conjunto de bienes y a los que, para la consecución de un fin social durable y permanente es reconocida por el Estado una capacidad de derechos patrimoniales⁽¹⁰⁾.

Es impropio relacionar la capacidad de la persona jurídica con su finalidad, o bien con los fines de su creación. Porque la causa fin que pueda tener la persona jurídica no tiene relación con su aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones ni, por tanto, con su capacidad.

Ello, no obstante, no existen derechos subjetivos sin un soporte o titular de ellos: no hay, pues, derechos sin sujeto⁽¹¹⁾.

Sin embargo, no cabe confundir la cuestión de la personería jurídica con la libertad de asociación consagrada en la Constitución Nacional; este de-

(8) LAVALLE COBO, Jorge, en BELLUSCIO, Augusto C. - ZANNONI, Eduardo A., *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, Astrea, Buenos Aires, 1978, t. I, p. 142.

(9) CASTRO BRAVO, Federico, *Temas de derecho civil*, Madrid, 1972, p. 77.

(10) DE RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de derecho civil*, 4ª ed., Reus, Madrid, 1929, p. 433.

(11) SPOTA, Alberto G., *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. I, vol. 34, Depalma, Buenos Aires, 1963, p. 68.

recho consiste en permitir al hombre asociarse con fines útiles, pero para ello no debe necesariamente adoptar la forma de la persona jurídica, pues lo contrario implicaría subordinar su ejercicio, en cada caso, a la autorización estatal.

De allí que el sustrato de los entes colectivos es el conjunto de los elementos personales (individuos humanos), reales (bienes) y fines: si se prescinde de cualquiera de ellos, queda destruida la unidad del conjunto⁽¹²⁾.

Y los sujetos individuales que integran el ente colectivo no lo conforman realmente como tales individuos, con su vida plena: la ley atribuye al ente colectivo algunos actos y comportamientos de esos individuos realizados en consideración del ente colectivo, dentro del objeto y de los fines que éste persigue.

Al decir de Orgaz⁽¹³⁾, los entes colectivos resultan "complejos específicos de relaciones humanas". Dicho en otros términos: persona jurídica no es ya toda reunión de personas destinadas a un fin, sino una unión tal que deriva a una unidad orgánica, a un ente, en el que el Estado reconoce una individualidad propia distinta de las individualidades de las personas que componen el cuerpo colectivo o administración o a las cuales son destinados los bienes.

Cuando una necesidad humana, un fin de carácter permanente o duradero que no puede conseguirse fácilmente con las fuerzas y actividades de uno solo, determina a varios a unirse y cooperar o impulsar a alguien a destinar para su realización de modo permanente un conjunto de bienes, se origina con intervención del Estado un nuevo sujeto de derechos que, como la persona física, resulta centro de una serie de relaciones jurídicas⁽¹⁴⁾.

La persona colectiva puede ser examinada desde un triple punto de vista:

a) Plano ontológico

Se suscita el interrogante si cabe considerar a estas entidades como una sustancia individual de naturaleza racional, a raíz de lo cual se formulan distintas elucubraciones, señalándose que la persona jurídica es una unidad real configurada por seres humanos, base del ente, resultando tan verdadero y sustantivo como los organismos corpóreos. Sin embargo, estas aproximaciones de imágenes y parecidos no explicitan de qué manera un cúmulo y complejo de relaciones puede devenir en sustancia. Estas razones

(12) ORGAZ, Alfredo, ob. cit., p. 246.

(13) ORGAZ, Alfredo, ob. cit., p. 248.

(14) RUGGIERO, Roberto, ob. cit., p. 433.

hacen que la esencia de la personalidad jurídica deba analizarse fuera del plano ontológico y considerarla en un enfoque moral.

b) *Plano moral*

En esta perspectiva, las dificultades subsisten y la explicación menos irreal es el desarrollo de Savigny, para quien el único sujeto de derechos es el ser humano, si bien por conveniencia se admite que entidades no corpóreas sean pasibles de derechos y obligaciones: Ello, no deja de significar una contradicción entre la lógica y los hechos, ante necesidades evidentes, siendo contundente la afirmación de Ferrara⁽¹⁵⁾ para quien la personalidad jurídica es un producto del ordenamiento jurídico, pero no de la naturaleza.

c) *Plano jurídico*

Las personas de existencia ideal —según el Código Civil— son creaciones de la ley; un recurso técnico, carentes de existencia real y son abstractas —sólo y propia del hombre—, pero que pueden ser sujetos activos y pasivos de derechos y por ello tienen personalidad jurídica. Se les conoce como personas de existencia ideal, morales o místicas.

Desde un punto de vista legislativo, el art. 32 Código Civil decía: “Todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones, que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal o personas jurídicas”.

Es del caso señalar, brevemente, una cuestión terminológica que distingue a Savigny de Freitas y, en su momento, influyera en Vélez. Persona jurídica es una denominación aceptada por nuestra ley. Por su parte, Savigny no admitía la expresión “personas morales”, pues no armoniza con la esencia del sujeto jurídico. La nota del art. 30, Código Civil, era ilustrativa de la idea que inspirara al codificador. Y nuestro sistema jurídico, en los arts. 31 y 32, equiparaba a la persona jurídica con la persona de existencia ideal. Freitas, a su turno, admitió la expresión genérica de “persona de existencia ideal” y como específica a la primera. Sin perjuicio de estas nominaciones, lo acertado en el tipo asociativo es llamar a los entes que así agrupan sujetos de derecho como “personas jurídicas colectivas” o personas colectivas o bien personas jurídicas.

La personalidad jurídica de las citadas entidades se basa en dos principios: a) son entidades distintas y diversas de sus miembros; poseen un patrimonio propio; sus derechos y obligaciones no se confunden con los de sus miembros, que pueden desaparecer o cambiarse, subsistiendo la

(15) RUGGIERO, Roberto, ob. cit., ps. 125 y ss.

persona jurídica sin alteración⁽¹⁶⁾ y b) la persona jurídica sólo se ejerce en el dominio de los bienes, careciendo de derechos de familia.

V. Personas jurídicas de carácter privado

Son aquellas cuya existencia y funcionamiento dependen de derecho privado, aun cuando requieran autorización estatal para funcionar.

En opinión de Lavallo Cobo⁽¹⁷⁾, debió reservarse la clasificación de personas jurídicas de carácter privado exclusivamente para aquellos entes que requirieran autorización estatal para funcionar, clasificándose aparte como sujetos de derecho de distintas especie —sociedades comerciales, civiles y simples asociaciones— por estar constituidas por el sistema de disposiciones normativas.

En su día⁽¹⁸⁾, entendíamos que la reforma del art. 33 —ley 17.711— constituyó una correcta y coherente sistematización, denominándose personas jurídicas a todos los entes que, conforme a la ley, tengan objeto de bien común, aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones, posean patrimonios propio e independiente de los miembros que la componen y no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado. De modo que el concepto expresado resulta genérico y omnicomprensivo de todos los entes que reúnan los requisitos expuestos, evitándose así las subclasificaciones.

El art. 148 del Código Civil y Comercial, en un enunciado que no es taxativo, enumera las personas jurídicas privadas, adicionando al abrogado art. 33 del Código Civil, “las mutuales”, las “iglesias, confesiones, comunidades y entidades religiosas”.

Toda vez que la Iglesia Católica es persona jurídica pública —art. 146, apart. c)— y, de acuerdo con la cláusula constitucional —art. 2°: “El Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano”—, las otras referencias son corolario de la libertad de culto: por caso: Iglesia Anglicana e inclusive, sectas. La Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos días (mormones), etcétera.

De manera residual, el inciso f) cita “toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento”.

El enunciado —no imperativo— es amplio y así caben incluir en él, siguiendo las pautas del precepto: la sociedad de garantía recíproca, crea-

(16) Cfr. OTAGUI, Julio C., “Persona jurídica: esquema de sus atributos”, RDCO 1974-287.

(17) OTAGUI, Julio C., “Persona jurídica: esquema de sus atributos”, cit., p. 153.

(18) GAGLIARDO, Mariano, ob. cit., p. 765.

das por ley 24.467, que estaba especialmente destinada a la promoción de las Pymes, pero su expansión —como suele suceder— se vio limitada por imposiciones tributarias⁽¹⁹⁾; sociedades anónimas deportivas (texto legal proyectado); fondos comunes de inversión (ley 24.083) (art. 1º); sociedad minera (título XV, art. 286, Código de Minería; ley 23.551 de asociaciones sindicales; art. 2044 consorcio de propiedad horizontal; art. 2068, subconsorcios —“sectores con independencia—; coparticipación naval —art. 183, ley de Navegación, 20.094—).

En materia de sociedades comerciales se derogó la “sociedad accidental o en participación” que no era sociedad, ni sujeto de derecho ni persona jurídica y también las uniones transitorias de empresas y contratos de colaboración empresarial, arts. 367/383, entidades que carecían de personalidad jurídica.

Sin embargo, las dos últimas figuras quedaron insertas como contratos de categoría, arts. 1463/1478.

La Ley General de Sociedades —19.550 ref. ley 22.903, t.o. decreto 841/84 ref. ley 26.994— mantuvo los tipos originales y suprimió —si se le consideraba tipo— las sociedades irregulares o de hecho, destacándose la asociación comercial constituida formalmente (art. 3º, ley cit.).

Existen, asimismo, en su contexto, distintas comunidades de intereses que no son sujetos de derecho, aunque es indudable la gravitación que implican en el medio en que se desenvuelven.

Señalamos en tal sentido:

a) Las sucursales, como centro de localización de negocios, tienen en el país importantes proyecciones socio-económicas, quizás más significativas que las de la propia sociedad a que pertenecen. Piénsese, por ejemplo, en la positiva incidencia que tiene una sucursal de sociedad extranjera en nuestro medio, cuya actividad sea el comercio marítimo, el ramo asegurador, la actividad financiera, etcétera.

b) Los tenedores de bonos de goce están obligados a aceptar las condiciones de emisión de sus títulos (art. 232), sin perjuicio de la reglamentación de aquéllos en el estatuto, bajo pena de nulidad (art. 227). Tienen, además, los derechos acordados por el estatuto, conservando siempre el derecho a participar en las ganancias y, en el supuesto de liquidación, en el remanente luego de reembolsado el valor nominal de las acciones no amortizadas.

(19) Cfr. Nuestro estudio, *Sociedad de garantía recíproca*, Instituto de Derecho Empresarial, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1995.

c) La asamblea de debenturistas, si bien se rige por las normas de la asamblea ordinaria, tiene importantes facultades para con el ente emisor (art. 354, apart. 2º), pues —entre otros— debe requerirse su conformidad para la emisión de otros debentures (art. 331), disponer la fusión o escisión con otra sociedad (art. 330), etcétera.

d) En el caso de emisión de obligaciones negociables, la sociedad queda sujeta a diversas restricciones derivadas de las facultades legales que se le acuerden a la asamblea de obligacionistas, cuya conformidad es ineludible en ciertos actos de administración extraordinaria de disposición (arts. 15, 27, etc., ley 23.576).

e) Los convenios de sindicación de accionistas —de índole parasocial—, en particular los denominados de mando, inciden en la marcha de los negocios sociales y, por su contenido, pueden referirse a todos los asuntos de la sociedad o bien a temas particulares.

Otro matiz de la sindicación accionaria se presenta con el sindicato de defensa, representado por ciertas minorías que aspiran a preservar su posición frente al obrar de la mayoría.

La licitud de los convenios analizados es incontrovertible y así se ha pronunciado la doctrina nacional, la comparada y nuestra jurisprudencia⁽²⁰⁾.

A pesar de su trascendencia por sus proyecciones de todo nivel en la sociedad, nuestro régimen jurídico no contemplaba estos convenios hasta la sanción de la ley 23.696 de reforma del Estado (art. 38).

La ley 19.550 no incluyó normas sobre la sindicación, pues no se trata de un pacto que integre el régimen legal de las sociedades. Su afectación no es óbice para señalar que es ajeno (exposición de motivos, VIII, nro. 10).

f) La asamblea especial —art. 250— ocupa objetivamente una situación intermedia entre la posición del accionista y la actuación de los órganos de administración y gobierno de la entidad. Desde el instante en que no necesariamente sus decisiones involucran el interés social, sino los derechos de las categorías de acciones, tal asamblea tiene un significativo valor en la evolución de la sociedad.

(20) LL 1983-B-267. Con respecto al accionista, véase BROSETA PONT, M., *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones*, Tecnos, Madrid, 1963, ps. 163 y ss.; respecto del órgano de administración puede consultarse MENÉNDEZ Y MENÉNDEZ, Aurelio, “Los pactos de sindicación para el órgano administrativo de la sociedad anónima”, *Estudios en homenaje a Rodrigo Uría*, t. III, Civitas, Madrid, 1978, apart. seg., esp. ps. 369 y ss.; ROCA, Eduardo A., “Acuerdos entre accionistas, nota jurisprudencial donde se analizan los alcances del pacto de sindicación, derecho de preferencia y mandato irrevocable”, ED 194-89.

De esta manera se advierte cómo el rol que originariamente se asignaba a la personalidad jurídica se desvirtúa por obra de los hechos económicos, adquiriendo connotación determinados centros de poder o bien patrimonios relevantes.

g) **Cártel.** Se trata de pactos de limitación de concurrencia, regulando el obrar de diversos competidores mediante el compromiso recíproco de respetar zonas, precios o condiciones de venta, previamente pactadas, asumiendo obligaciones de no hacer, consistentes en no violar las estipulaciones de pacto.

h) **Coparticipación accidental,** tal el caso de los consorcios de obras públicas, en los que se presentan conjuntamente a una licitación varias sociedades.

i) **Pool aeronáutico** que consiste en la explotación en común de una o más rutas por varias sociedades con reparto de los ingresos sobre pautas convenidas: distancias recorridas, material de vuelo, transportes efectuados, etcétera.

VI. Final

A modo de cierre de estas breves reflexiones, implementamos otros estudios sobre el núcleo central, incorporando figuras que de manera aislada o en un contexto existen en nuestro ordenamiento jurídico. ♦

FUNCIÓN PREVENTIVA Y SANCIONATORIA DE LA RESPONSABILIDAD

POR MARIANO GAGLIARDO

SUMARIO: I. Introducción. II. Acerca de la responsabilidad. III. Función de la responsabilidad. IV. "De otras fuentes de las obligaciones". Enfoque y sustento actual. V. Final.

I. Introducción

La responsabilidad consiste en que el ser humano (o la persona jurídica) deba dar razón de ciertos comportamientos o concretos proceder en el curso de su existencia con relación al obrar respecto de otros sujetos.

Es que la persona física o jurídica incluye o da por supuesto un sinfín de nexos y responsabilidades.

El sujeto capaz es el referente último del respeto moral y del reconocimiento del hombre como sujeto de derecho y en función de ello, se debe a su último vínculo con la noción de identidad personal o colectiva⁽¹⁾.

El hombre es realidad personal. Su existencia da sustento al orden jurídico y filosófico, el pensamiento, a la vida social y a la historia.

Le corresponde, entonces, ser protagonista de los grandes temas humanos, aunados a la cotidianidad y, en suma, los de la alteridad.

Lo dicho es dar por supuesto que cada ser humano es un individuo, un universo de naturaleza espiritual, dotado de libre arbitrio y, por tal, un todo independiente frente al mundo.

En el aspecto jurídico, el desarrollo del ser humano interesa en el sentido de la individualidad material⁽²⁾.

(1) RICOEUR, Paul, *Lo justo*, Jurídica de Chile, Chile, 1997, p. 28.

(2) MARTAIN, Jacques, *Para una filosofía de la persona humana*, Club de Lectores, Buenos Aires, 1984, p. 163.

De más está decir que en el presente exordio de todo estudio sobre la responsabilidad (jurídica), se debe fijar el sistema de interpretación y de integración del derecho que corresponde.

Es que las responsabilidades de las personas conllevan múltiples precisiones, pues la dignidad del ser humano exige respetos que le son debidos y también exigencias que inciden en la obligación de asumir los riesgos del propio vivir, así como las consabidas incertidumbres.

Las experiencias normativas y jurisprudenciales de la responsabilidad (jurídica) que rigen en los distintos sistemas jurídicos ofrecen versiones ciertamente paralelas, a veces coincidentes, otras resultan disímiles, y no excluyen particularidades con motivo de los variados contextos y ámbitos de vigencia en los que se plantean y surgen.

II. Acerca de la responsabilidad

La responsabilidad (jurídica) es quizás una de las más interesantes y complejas figuras que ofrece el derecho.

A ello han coadyuvado múltiples circunstancias entre las que adquieren prioridad los avances de la técnica moderna, que al crear nuevas inversiones, abren nuevos cauces y horizontes al ser humano, sino que, en muchos casos, son génesis de resultados lesivos o dañosos bien para la vida o integridad de los individuos, bien para su patrimonio, cuestiones que alteran en muchos supuestos los cánones tradicionales de la culpabilidad que han seguido estructurándose dentro de la responsabilidad civil.

a) *Noción de la responsabilidad*

La responsabilidad es un responder que la persona está obligada a dar con motivo de su ser y obrar.

Debe retenerse que en cada rama del orden jurídico hay una responsabilidad.

Todas tienen elementos comunes y presentan elementos diferenciales. La ausencia de conceptos sobre la teoría general del derecho ha permitido durante mucho tiempo que se estudiara más la teoría de la responsabilidad a través de los elementos singulares de cada rama, que elevando el examen al plano de los conceptos generales.

La polisemia del verbo responder, no sólo "responder por", sino "responder a", nos introducen al ámbito de la responsabilidad y de allí, hacia el adjetivo responsable que significa una diversidad de complementos.

Así, se destaca que somos responsables de las consecuencias de nuestros actos, pero también responsables por los demás, en la medida en que están a nuestro cargo o cuidado, y a veces más allá de esta medida⁽³⁾.

Es que aludir a una persona como responsable, supone definir quién soportará el daño; es decir, algo sólo parcialmente verdadero, en el sentido de que el sustento definitivo del daño debe significar únicamente la obligación de resarcir el perjuicio sufrido por un tercero⁽⁴⁾.

En función de lo expuesto, caben dos aclaraciones: la primera es que la estructura de la responsabilidad y la del resarcimiento difieren en mucho, dado que sus presupuestos son diferentes; en la responsabilidad predomina el daño injusto, el umbral será el ilícito. En el resarcimiento, el precedente es el daño patrimonial⁽⁵⁾.

El segundo aspecto resulta que la obligación de reparar cualquier pérdida o daño producido por el acto o consecuencia ilícita configura la responsabilidad y debe recaer sobre otra persona que el damnificado, pues no se concibe que uno deba responder ante sí mismo por el daño sufrido en su patrimonio⁽⁶⁾. Esta última nota da cuenta de la existencia de la alteridad en la noción de responsabilidad.

Nuestras reflexiones estarán centradas en la responsabilidad —civil y comercial cada una con sus matices— corolario de la regulación del Código Civil y Comercial de la Nación.

Es propio de la persona el estar llamada a vivir su dignidad a través del ejercicio de sus capacidades, potestades y adecuadas respuestas tendientes a explicitar su proceder.

La actitud a tomar por la persona es la contestación en la cual la responsabilidad se cifra, adopta múltiples versiones y manifestaciones.

Al decirse que "quien por acción u omisión causa daño a otro está obligado a reparar el daño causado", ya estamos ubicados en el núcleo de la responsabilidad.

La persona es hija de sus actos: sus comportamientos son razón, *in limine*, de sus responsabilidades.

(3) RICOEUR, Paul, *Lo justo*, cit., p. 40.

(4) JOSSELAND, L. Louis de, *Droit positif français*, París, 1939, vol. II, p. 235.

(5) FRANZINI, Massimo, *La evolución de la responsabilidad a partir del análisis de sus funciones en responsabilidad civil contemporánea*, Ara editores, Lima, Perú, p. 24.

(6) AGUIAR, Henocho, *Actos ilícitos. Responsabilidad civil*, Tea, Buenos Aires, 1950, vol. II, p. 215.

La acción expresa la autoría: es actividad o pasividad que motiva una modificación en una realidad distinta de la del respectivo agente.

Y a esta altura de lo que se lleva dicho, caben dos afirmaciones: la primera es aquella en razón de la cual la responsabilidad es un concepto secundario, histórico no dogmático y no primario: lo primero, por cuanto se trata de una noción derivada y si bien parece autónoma, la obligación de reparar lo es frente a otro sujeto, o respecto de algo que no somos nosotros; lo segundo es que responsabilidad e imputabilidad son conceptos disímiles. El primero es más amplio que el segundo, pues para que exista responsabilidad, se requiere, además de los supuestos de imputabilidad que se produzca la transgresión de algún deber respecto de otro sujeto. Es decir, en sentido propio, la imputabilidad es la posibilidad de referir un acto cualquiera a la actividad de una persona (imputabilidad material, moral)⁽⁷⁾.

Existe en la responsabilidad un linaje de dependencia. Esta última se relaciona con el mundo de la persona.

La vida social, la sociabilidad, la vida en relación y la consiguiente o impuesta cooperación social dan cuenta de una alternativa entre los sujetos pasibles de convivencia. Y la alteridad tiene su núcleo concreto en las responsabilidades que genera y en que se traduce.

b) Responsabilidad: enfoques

Hasta aquí lo expuesto es el resultado —reducido por las circunstancias— de los desarrollos y estudios fecundos en una consideración del maravilloso Código de Vélez: entonces de manera lineal y rotunda la responsabilidad (civil) traducía siempre un deber de dar cuenta a otro del daño que se le ha causado; el autor del daño debía pues responder de su acto lesivo cumpliendo la sanción que en consecuencia así le correspondía.

López Olaciregui formulaba un acertado planteo de responsabilidad⁽⁸⁾, expresando que tal planteo se compone con tres presupuestos: a) un acto de un individuo; b) un deber; c) una infracción y, cuando un acto no se ajusta a su deber el individuo incurre en responsabilidad.

Además, en el concepto lato de responsabilidad que se ha expresado, se comprende cualquier violación de una norma legal que determine una sanción civil, *stricto sensu*, pues se refiere a actos que por haber causado daño patrimonial determinan una indemnización.

(7) PEIRANO FACIO, Jorge, *Responsabilidad extracontractual*, Temis, Bogotá, 1979, p. 20, aparts. 11 y 12.

(8) LÓPEZ OLACIREGUI, José María, "Notas sobre el sistema de responsabilidad del Código Civil. Balance de un siglo", *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1964-IV-61.

Y el mentado deber de responder conlleva a una reparación de daños, resumible en una sanción⁽⁹⁾, no sin soslayar que el derecho organiza un sistema de sanciones⁽¹⁰⁾.

Estas exposiciones y formulaciones doctrinarias mantienen en nuestros días su presencia, más la "punción", concebida en el Código abrogado, se ve complementada por otros conceptos y desarrollos legales, acorde a pautas preventivas y de modernidad que surgen del orden jurídico a raíz de la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación⁽¹¹⁾.

Lo destacable de la responsabilidad civil consiste en lograr la reparación del daño infligido por una persona a otra que no tenga en justicia porqué padecerlo. Y, si la base teórica de la responsabilidad es responder acerca de los propios actos, el final cabal de tal responder viene a estar en un efectivo reparar lo indebidamente realizado, de modo que se restablezca la indemnidad a que el perjudicado tenga derecho. De más está decir que no siempre será posible devolver la plena indemnidad a la que el perjudicado tenga derecho⁽¹²⁾. Asimismo acontecerá respecto de la indemnidad a quien sufrió un daño injusto.

Tal lo anticipado en su día por López Herrera⁽¹³⁾, para quien el principio de reparación plena o integral representa un mito o ilusión; entre otros motivos, porque no cubre todos los daños, todos los damnificados y todas las consecuencias, no obstante, el claro texto del art. 1740, Código citado.

En lo expuesto está centrado el quid de la responsabilidad civil. Y esa reparación es la finalidad del derecho de daños. Toda indemnización tiene como misión cabal ser reparadora y no una causal de enriquecimiento. El perjudicado no podrá percibir más que el equivalente del daño efectivamente sufrido y, de mediar alguna ventaja, se supone que ella está cuantificada.

El restablecer indemnidad exige describir la lesión jurídica, precisamente en su calidad de daño antijurídico y, sobre tal significación, definir la relación jurídica que imponga la concreta prestación resarcitoria. Así, la relación jurídica que en la responsabilidad contractual es antecedente y

(9) ALTERINI, Atilio A., *Responsabilidad civil. Límites de la reparación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 15.

(10) ORGAZ, Alfredo, *El daño resarcible*, Buenos Aires, 1960, p. 17.

(11) Por todos: ALTERINI, Jorge H. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegetico*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. VIII, ps. 3 y ss..

(12) Cfr. GAGLIARDO, Mariano, "Reparación debida ¿toda?" ED del 3 de julio de 2014.

(13) LÓPEZ HERRERA, "La función preventiva de la responsabilidad civil y su relación con las otras funciones", RDD 2008-2-193 y ss..

referente básico, interpretativo y vigente, en la responsabilidad extracontractual habrá de ser construida.

No obstante, se ha afirmado que "la separación entre las obligaciones que nacen de la convención y las que tienen su origen en la culpa no es más que de régimen jurídico, pues el fundamento último es el mismo"⁽¹⁴⁾.

En síntesis, la responsabilidad contractual motiva una compensación más limitada que en la esfera extracontractual, campo este de extensión ilimitada, pues afecta al mundo de las personas vinculadas entre sí por una mera relación de convivencia social cuando, con ocasión de ella, se irrogan a otros daños injustos.

Debe señalarse que la responsabilidad civil tiene alguna vinculación con la doctrina de los riesgos y sus repartos. En ambas actúa el interrogante acerca de quién soportará la pérdida o menoscabo realmente producido: quién asume, paga, o bien contribuye a la redistribución de los perjuicios⁽¹⁵⁾.

De allí pues la máxima de la alteridad del daño causado.

El menoscabo injusto a otra persona configura un daño (detrimento) cuya mensura podrá variar.

Lo dicho significa distinguir entre daño injusto y mero perjuicio material no susceptible de resultar lesivo; la lesión perjudicial requiere ser antijurídica para merecer ser resarcible.

Conceptualmente el daño es un detrimento injusto a la integridad jurídica ajena, noción amplia que comprende todo interés merecedor de tutela.

De más está decir que el perjuicio deberá acreditarse para su procedencia, lo que no obsta a la existencia de daños notorios.

En el sistema continental europeo, la lesión jurídica sustento de la responsabilidad civil requiere apreciación por el juzgador sobre la base de las pruebas aportadas.

No se controvierte que bienes y cosas son nociones, que en ciertas oportunidades pueden aludir a lo mismo, pero, en otras circunstancias, presentan diferencias.

(14) Díez-PICAZO, Luis - GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de derecho civil*, Tecnos, Madrid, 1975, t. II, p. 42, I.

(15) LÓPEZ OLACIRREGUI, José María, "Esencia y fundamento de la responsabilidad civil", RDCO 1978-II-942, apart. II, 6 y ss.

Existe un notable ensanchamiento de los bienes de que resulta susceptible de ser titular una persona y, asimismo, del cúmulo de sus intereses concebidos como legítimos.

De manera coincidente con la amplitud de bienes y cosas que puede poseer una persona, el daño es un efecto cuya naturaleza, clase y origen pueden ser muy diversos: v.gr., daño injusto que puede ser atípico no excluye por ello su reparación. Así, toda lesión injusta, por excepcional que fuere, sustenta una reparación.

a) *Casos en que no se da la obligación de reparar a pesar de causarse daño*

No surge responsabilidad cuando no existe lesión de un deber jurídico, aunque se cause daño a alguien. Tales hipótesis serían:

a) cuando se daña o perjudica, en virtud de un deber del autor de un daño;

b) cuando se realiza el acto en interés del perjudicado y de acuerdo con su voluntad expresa o presunta (gestión de negocios, operaciones quirúrgicas);

c) si fuere por error excusable —según Enneccerus⁽¹⁶⁾—;

d) no existe vulneración de un deber jurídico si la acción se realiza por quien, por defecto de la inteligencia o de la voluntad, no puede ser considerado imputable.

b) *Quid de los daños contractuales que corresponden a más de un concepto*

El tema de este apartado se refiere a la factibilidad de una "indemnización duplicada", donde a raíz de una acción judicial se reclama, en definitiva, dos veces por un mismo concepto.

Una calificada doctrina alemana⁽¹⁷⁾ señala tal viabilidad con un ejemplo: el demandado incumple un contrato que le obligaba a suministrar una película al demandante, propietario de un cine; el actor solicita se le indemnice: 1) la diferencia entre el ingreso bruto efectivamente obtenido de una película que utilizó para sustituir a la debida y el que hubiese obtenido de

(16) ENNECCERUS, Ludwig, *Derecho de las obligaciones*, 35ª ed., Bosch, Barcelona, 1935, p. 638.

(17) FULLER, Lon L. - PERDUE, William R., *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*, Bosch, Barcelona, 1957, ps. 52 y ss.

ésta, y 2) el reembolso por cantidades gastadas en el anuncio de la película prometida. Señalan los autores que gastar en anuncios no representaba el precio del cumplimiento del demandado, mas era el precio del valor particular que el actor trata de atribuir a ese cumplimiento. Agregan que si el accionado hubiere ejecutado el contrato, el gasto de propaganda habría quedado deducido del ingreso bruto logrado por el actor con la explotación de la película, por lo que resultaría inadecuado permitirle recibir la diferencia entre los dos ingresos y, al mismo tiempo, el gasto de propaganda.

En la especie —argumentan los autores— existe duplicación en el reclamo, pues el valor de la prestación por el accionado fue calculado con especial referencia a la situación del demandante.

III. Función de la responsabilidad

No obstante la larga evolución de la responsabilidad, sus funciones no siempre están claramente definidas o bien delimitadas.

A través de la historia de la humanidad, aquella institución se sustentaba en funciones correlacionadas: castigo del culpable; venganza e indemnización de la víctima; restablecimiento del orden social y prevención de los comportamientos antisociales.

Cada uno de estos cometidos complementaba a los restantes, no obstante lo cual, de tanto en tanto se habla de la “crisis de la responsabilidad civil” y una mirada retrospectiva denota que la exteriorización de tal estado se remonta a los orígenes del “maquinismo” y se considera un debate abierto⁽¹⁸⁾.

Sin embargo, el tiempo ha corroborado la desaparición de dos de las funciones tradicionales de la responsabilidad civil: el castigo del autor del perjuicio y el restablecimiento del orden social; en tales acontecimientos, la venganza de la víctima también ha ido perdiendo su justificación. El derecho de la responsabilidad civil no ha conservado más que dos funciones: la indemnización y la prevención por disuasión.

Ahora bien: un gran factor de transformación de la responsabilidad civil ha sido el aumento de los perjuicios accidentales y el incremento del seguro de responsabilidad.

En este último aspecto, es notable el reemplazo de la responsabilidad civil por un sistema de seguro individual contra accidentes, que con el tiempo se ha convertido en un impacto en el derecho positivo. Lo impor-

(18) VINEY, Geneviève, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, Univ. Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 81.

tante no resultan, en suma, los medios preventivos de los daños sino su reparación. Más allá de que todas las legislaciones adopten el principio de la responsabilidad objetiva, tratándose de automotores, se pretende que ninguna persona dañada por un accidente de tránsito quede sin el debido resarcimiento, lo cual es muy posible por diversas circunstancias: falta de individualización del autor del hecho; una situación económica precaria que no le permita afrontar las consecuencias pecuniarias, etcétera.

Lo que está en juego no es un problema de responsabilidad sino de reparación de daños.

Ello, a pesar de que ciertos autores sostienen que el seguro presenta el inconveniente de suprimir de hecho la responsabilidad, y por lo tanto favorece la negligencia. Inconveniente que debió ser circunscripto, no permitiendo que cubra todas las faltas o el monto total de la reparación. Además, como está fundado sobre la idea de mutualidad, el seguro lleva aparejado la consecuencia bastante inicua de que el peso constantemente creciente de las reparaciones motivadas por la imprudencia o ligereza de los “malos asegurados” recae, en definitiva, sobre los “buenos asegurados”, aquellos que aportan toda la diligencia deseable en el ejercicio de la actividad cuyos riesgos cubren, de manera que la responsabilidad recae con demasiada “frecuencia” en el dinero de los demás⁽¹⁹⁾.

A partir del momento en que la responsabilidad se convirtió en un simple soporte para el seguro no existen motivos para indagar, a raíz de cada daño, si éste se ha debido o no a una culpa, ni para designar como “responsable” al autor personal de esa culpa. El camino normal y lógico consiste más bien en atribuir esa carga a aquel que estaba mejor colocado, antes del daño, para contratar el seguro destinado al riesgo⁽²⁰⁾.

A pesar de todo lo expuesto, a veces el sistema no logra cubrir los perjuicios sino hasta la concurrencia de un tope limitado, el que suele ser exiguo, por lo que se propicia el mantenimiento de la acción de responsabilidad en provecho de las víctimas que rehúsan contentarse con las indemnizaciones garantizadas por la ley.

En el contexto del seguro, la incidencia pecuniaria de la condena corresponde al asegurador, lo que prima facie elimina la existencia de una culpa del citado “responsable”.

Asimismo, cabe señalar que existe un vínculo íntimo entre la evolución del seguro de responsabilidad y la restricción del rol de la culpa en la es-

(19) RIPERT, Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, Paris, 1936, p. 206.

(20) VINEY, Geneviève, *Traité...*, cit., p. 38.

estructura de la responsabilidad civil. Mas la influencia deformante del seguro sobre la responsabilidad civil no se limitó a mitigar el papel de la culpa. Dicha influencia contribuyó, además, a eliminar al responsable mismo, proponiéndole el desaparecer detrás de su asegurador.

Todo este traslado de figuras produce la desaparición del responsable detrás de su asegurador, mediante el recurso de la acción directa. De tal manera, la víctima obtiene la reparación de su daño citando en pleito al asegurador, sin tener prácticamente que tratar con el asegurado teóricamente "responsable".

Y aquí dos notas sobresalientes de todo este andamiaje: la primera, es que resulta el asegurador el sujeto de la relación, en virtud de las estipulaciones que restringen al asegurado reconocer su responsabilidad o transigir si la presencia del asegurador, reservando a este último la conducción del proceso dirigido contra el asegurado; en segundo lugar, el asegurado es responsable, pues la acción directa es considerada como el instrumento de un derecho propio de la víctima.

Esta hipótesis le permite el pago del seguro sin tener que transitar por el patrimonio del asegurado responsable, lo que obsta a la concurrencia de otros acreedores de éste y le garantiza exclusividad sobre las sumas debidas por el asegurador.

La indemnización de la víctima es, también, un papel fundamental de la responsabilidad: no existe duda alguna. La responsabilidad debe, a la vez, desalentar los comportamientos antisociales y asegurar la reparación a todos aquellos que fueren víctimas de tales comportamientos⁽²¹⁾.

Históricamente —es verdad— la indemnización de la víctima no ha sido probablemente la primera función de la responsabilidad civil. En las sociedades "primitivas", la falta aparece ciertamente como una ruptura del orden social o incluso del orden cósmico. Pero, a medida que la falta civil se separaba del crimen o del pecado y ganaba su propia identidad, los daños de la víctima se tornaban uno de sus objetivos fundamentales. Para numerosos juristas ingleses va de suyo que ella constituye la función casi exclusiva de la responsabilidad.

Una cuestión más delicada es la de saber si la función de la responsabilidad civil examinada aquí es la indemnización de la víctima de una falta o la reparación de toda persona que haya sufrido un perjuicio. Ninguna de esas consideraciones es exacta.

(21) Seguimos algún lineamiento de TUNC, André, *La responsabilité civile*, Economica, Paris, 1981, nro. 61.

La responsabilidad civil asegura y debe asegurar eventuales daños e intereses que superen los perjuicios causados por una falta. Por otra parte, ella no puede ni debe asegurar la compensación de todos los perjuicios sufridos por el hecho de otro. Quien practica una competencia leal o una información leal no le debe nada a aquellos a los que, eventualmente, perjudica. El derecho de la responsabilidad, se lo ha constatado a menudo, debe concertar un compromiso entre libertad y seguridad. Para ello le asegura una indemnización a las víctimas de una falta y también a las víctimas de ciertos riesgos. Esos riesgos no pueden, sin embargo, ser determinados sin suscitar controversias. Su determinación es incluso la cuestión más compleja del derecho de la responsabilidad civil, siendo las diferentes escuelas más o menos favorables a la extensión de la responsabilidad civil más allá de la falta.

a) *Función limitada*

Ante todo, hay que reconocer las graves debilidades de la responsabilidad civil en su función indemnizadora.

Basta con recordar aquí un cierto número de constataciones ya hechas. Por una parte, la mayoría de los perjuicios permanecen no indemnizados por la responsabilidad civil, ya sea que éstos resulten de faltas o de accidentes. Además, el lugar de la responsabilidad civil en la compensación de los perjuicios es muy débil, comparado con el de otras instituciones: el seguro de perjuicios, la seguridad social y los servicios de salud pública, y funciona a un costo que la torna a menudo prohibitiva o reduce de manera importante su función compensatoria. Finalmente, el deseo de otorgar una justicia individual (aunque dudosa) demora los pagos hasta el punto de impedir aquello que, en los casos de perjuicios corporales, debería ser esencial: la reeducación personal y profesional de la víctima.

b) *Función inconveniente*

Si bien la indemnización de la víctima es un objetivo en sí mismo indiscutible, no es fácil de alcanzar.

Se trata de recolocar a la víctima, en la medida de lo posible, en el estado en que ella se habría encontrado en ausencia del hecho dañoso. El gran principio general que debe gobernar la determinación de los daños y perjuicios es que el juez debe acordarle a la víctima la suma que la colocará en la misma situación en la que se habría encontrado si ella no hubiese recibido heridas. Pero, en todos lados, el principio no expresa en realidad más que un deseo. En la mayoría de los casos es una ilusión imaginarse que el perjuicio puede ser reparado, es decir, que el estado anterior puede ser restaurado, o que los daños y perjuicios pueden ser indemnizados a la

víctima. Lo más frecuente es que no aporten más que una cierta compensación al perjuicio⁽²²⁾.

Incluso ignorando las pérdidas de tiempo, de dinero y de energía que normalmente son necesarias para obtener una indemnización, la determinación de los daños y perjuicios plantea casi siempre problemas muy delicados, de dificultad creciente, si se consideran los perjuicios a la propiedad, los perjuicios a los intereses de negocios, las pérdidas económicas que resultan de un daño corporal, la insatisfacción como resultado de ese daño corporal y el perjuicio a los valores morales. Estos problemas son de una complejidad tal que ocupan tres capítulos del volumen de la Enciclopedia internacional de derecho comparado.

En innumerables supuestos se puede hasta dudar de la posibilidad de acordar una indemnización, incluso si el vocablo cubre una simple compensación. Tal es el caso para todos los perjuicios que llaman en Francia "morales" y que en los países del common law llaman "no pecuniarios", expresión que por sí misma muestra la ineptitud del dinero para compensarlos. El sufrimiento que causa la pérdida de un cónyuge, de un hijo, de un pariente, de un amigo, no tiene equivalente monetario. El acordar una suma de dinero en respuesta a un tal sufrimiento es chocante en sí, a menos que ello sea justificado por circunstancias especiales, por ejemplo, la necesidad de cambiar de hogar. Incluso la pérdida del placer representado por la práctica del piano o de esquí no tiene valor financiero real. El dinero —es verdad— puede a veces ofrecer placeres que constituirán una cierta compensación frente a aquello que se ha perdido; pero es una compensación inadecuada, e insuficiente cuyo monto es fijado con márgenes inapropiados. Una determinación realista supondría estudios en la psicología y la personalidad de la víctima, investigaciones que están claramente más allá de la capacidad humana: ¿cuántos libros o discos pueden reemplazar el placer de esquiar dos semanas por año? ¿Qué es lo que puede reemplazar a un cónyuge? Incluso habría que adaptar el monto de los daños y perjuicios a la situación financiera de la víctima: lo que puede cambiar la vida de un pobre le parecería insignificante a alguien más rico, y ¿qué puede hacer aquel que ya posee los mejores aparatos de televisión y de *hi-fi*, cinco residencias secundarias, tres yates, que vive de la renta de sus rentas y que ha perdido a su mujer o simplemente se ve privado de tocar el violín? Ahora bien, una escala tal que acordase mucho más a las víctimas ricas que a las de medios modestos es evidentemente inadmisibile.

¿Cómo compensar las consecuencias pecuniarias de un perjuicio corporal? ¿Qué "indemnización" debe recibir un joven, tal vez un joven estu-

(22) Cfr. FISCHER, Hans A., *Los daños civiles y su reparación*, W. Roces (trad.), Gráfica Universal, Madrid, 1928, ps. 129 y ss.

dante, un joven abogado o médico, gravemente herido? Bajo qué forma pagar una "indemnización": ¿capital o renta? ¿Cómo proteger a la víctima de las consecuencias de la inflación?

Se puede, además, destacar que atribuir daños y perjuicios se funda siempre en una presunción, a saber, que el perjuicio no se habría producido sin el hecho del demandado. Y bien, ¿qué sabemos? El automóvil destruido en una colisión habría podido ser chocado al día siguiente en algún otro accidente. La persona muerta en un accidente habría podido morir al día siguiente de una crisis cardíaca o dos años más tarde de cáncer. Nos fundamentamos en una presunción complementaria cuando atribuimos un capital en compensación de una incapacidad personal: la presunción de que la víctima vivirá una vida de duración "normal". Ahora bien, la verdad estadística no tiene casi ninguna posibilidad de verificarse en los casos concretos: la víctima vivirá más tiempo, o menos, pero no morirá en la fecha prevista en las tablas de mortandad. El juicio que acuerde los daños y perjuicios se fundamenta en una visión estática y de algún modo cristalizada de la vida, mientras que la evolución y los imprevistos son parte de la vida misma.

Finalmente, el problema de una indemnización adecuada, si no exacta, se ve complicado por algunos de los temas más difíciles y más oscuros del derecho moderno: el problema de la causalidad y el de la conjunción de los daños-perjuicios y las indemnidades provenientes de otras fuentes.

Debido a que la indemnización de la víctima puede raramente ser exacta, se constata una tendencia a imponer una mayor responsabilidad a un demandado cuya conducta ha causado voluntariamente el perjuicio o que es moralmente censurable.

c) *Solución de la víctima: logro de la justicia*

Se citan a veces otras dos funciones de la responsabilidad civil que se aproximan más o menos directamente a la indemnización de la víctima: su apaciguamiento y la realización de justicia.

La tranquilidad de la víctima parece normalmente realizada por su indemnización o su esperanza de indemnización. Un jurista inglés atribuye a la decisión de justicia un valor de apaciguamiento particular en los casos de difamación, seducción o corrupción. Incluso fuera de esos ámbitos, la víctima puede estar inspirada por un espíritu de venganza cuando ella conduce al autor del daño frente a los tribunales. Nos podemos preguntar —sin embargo— si es verdaderamente la función del juez permitir una venganza. En los casos de difamación, seducción o corrupción, la tarea del juez no nos

parece ni la de decidir el valor monetario de una reputación, de una virginidad o de una fidelidad conyugal, ni la de asociarse a una venganza. Lo que se puede legítimamente esperar de él es esencialmente una declaración solemne a favor del actor. La asignación de una suma puramente nominal puede finalmente hacer más para restaurar una reputación que una suma de dinero importante para compensar un atentado a la integridad física.

En cuanto a la búsqueda de justicia, nadie contestará que ésta fuera la justificación de la responsabilidad civil; si no una justicia de represión, al menos una justicia compensatoria. Ese noble objetivo —sin embargo— deja lugar a mucha incertidumbre en el punto de saber qué teorías o soluciones son los mejores medios de alcanzar la justicia. ¿Requiere ella que un hombre soporte las consecuencias de todos sus actos? ¿Solamente de sus faltas? ¿De sus faltas y de sus simples errores? ¿De los riesgos que él ha creado? ¿La justicia requiere la indemnización de todos los perjuicios accidentales? En la afirmativa, ¿de qué manera? ¿Requiere fuertes medidas de prevención, aun a expensas de algunas personas inocentes, a fin de evitarle a un mayor número de ciudadanos los perjuicios? ¿Requiere —al contrario— una política de amplia dilución de los daños? Es claro que cada una de esas cuestiones está sujeta a controversias.

IV. “De otras fuentes de las obligaciones”. Enfoque y sustento actual

Bajo este título el Código, estando en vías de Proyecto, trata los fundamentos de las innovaciones legales que introduce en la disciplina de la responsabilidad civil a las que sus redactores consideran en dos tipos de articulaciones a las que califican de “sistematización innovadora e importantísima”.

Y en este cauce, entre otras consideraciones —aspectos y formulaciones legales sobre las que se volverá—, se sostiene que “tanto en el derecho comparado como en nuestro país existen discusiones doctrinales acerca de si la prevención y la punición integran o no la noción de responsabilidad; es necesario —se argumenta—, pues, que la ley resuelva la controversia... y se contempla la prevención, la reparación y la sanción pecuniaria persuasiva. Acorde con estos antecedentes y preaviso, se da base normativa, apart. 3º, a la ‘función preventiva’; apart. 4º, “sanción pecuniaria disuasiva, y apart. 5º, ‘función resarcitoria’”.

En lo pertinente, dedicaremos a los títulos que anteceden un análisis de su contenido, sin entrar a la consideración pormenorizada de cada una de sus proyecciones, cuestiones estas que excederían los límites que se nos acordaron para la elaboración de este trabajo.

Y así como la creación *ut supra* legislativa —como todo lo nuevo— será objeto de disensos, controversias, variedad de argumentaciones y cuantos pareceres existan o surjan para restar virtualidad o magnificar su entidad, nos pareció que para el sustento o razón existencial, debíamos acudir a la mejor doctrina que es aquella que resulta permanente e inmutable.

Resultado de nuestras reflexiones, resultó que el ilustre Francisco Carnelutti y algunos de sus tantos pensamientos eran propicios para nuestro propósito, adelantándonos al desarrollo de los referidos institutos, en su Teoría general del derecho, escrita en el verano de 1941 —el autor había nacido en 1879— en las verdes laderas de Tofanas, cerca de Cortina. El estado anímico del ilustre pensador —así lo confiesa— es “resultado de una inquietud de la que procura reponerse”, abrumado además por el manto siniestro de la guerra. Primero dice, ideó el bosquejo de un libro pequeño que habría llamado Principios de estática y dinámica jurídicas. Y, a medida que avanzaba en sus manuscritos y desarrollaba las energías del trabajo intelectual, llámese pensamiento, entendió que debía avanzar y darle forma más extensa a su propio saber.

Existe una ilimitada variedad de relaciones sociales que abarcan todas las manifestaciones de la actividad humana. Y las relaciones sociales se convierten en jurídicas en la medida que resultan de un precepto jurídico: toda vinculación contemplada en una norma legal tendrá el carácter de una relación jurídica. De donde, una relación no es jurídica *per se*; lo es por su entidad o bien con motivo de un fundamento de derecho.

Cabe el interrogante, a raíz de los supuestos innovadores de responsabilidad, o con más precisión —pues los otros, obedecen a una nueva sistematización—, nos referimos a la “responsabilidad preventiva”, donde se ubica la relación de derecho. Una respuesta atribuye a la fuente que declara en un precepto jurídico, mientras los que opinan más acorde al instituto al que nos referimos, las relaciones jurídicas son relaciones existenciales que se dan en la realidad fuera de su fundamento creador.

He aquí un primer sustento a la posición innovadora.

Y la relación de derecho tiene características técnicas que la hacen diferenciarse de otras relaciones jurídicas de naturaleza patrimonial y, obviamente, de otras relaciones jurídicas de derecho privado. Aquí, la moderna doctrina italiana introduce lo que se denomina “cooperación social”, aplicable a la razonabilidad del encuadre en el “esquema preventivo”.

Y así como las relaciones jurídicas —reales resuelven problemas de atribución y distribución de los bienes—, las relaciones de obligación atienden problemas de cooperación dentro del contexto social.

La idea o el factor de cooperación social —segundo fundamento— es un hilo conductor que sirve para orientar al jurista a través de las controvertidas cuestiones del ámbito jurídico. La idea es que en la actualidad la obligación no puede ser considerada como un instrumento de subordinación del deudor al acreedor y ha de ser entendida como un instrumento de cooperación entre ambos, que, con sus rasgos productivistas y mercantilistas, muestra la presencia del valor primario de las personas directa o indirectamente interesadas en ello.

Es que en el fondo, la relación de derecho es una vinculación de la vida social entre hombres, tutelada por el derecho objetivo; el derecho subjetivo se desenvuelve siempre en la esfera de estas relaciones.

Pero el dominio social —tercer argumento— es mucho más extenso que el derecho: hay relaciones de la vida social que no son jurídicas; ¿Cuáles tiene aptitud para ser reguladas por el derecho?

El derecho objetivo, por su naturaleza moral y por la función que le corresponde, extiende ese poder ordenador y su protección sólo a aquellas relaciones que sean dignas y estén necesitadas de esa tutela: dignas, en cuanto sirvan a los fines humanos; necesitadas, en cuanto no estén expuestas a los ataques de los hombres y no estén protegidas por otro orden (moral, religioso, etc.).

André Tunc⁽²³⁾ sostiene que a través del tiempo, las funciones de la responsabilidad son: castigo del culpable; venganza de la víctima; indemnización a la víctima; restablecimiento del orden social, y prevención de los comportamientos antisociales.

La autora citada en destacado trabajo analiza, de manera particular, las funciones de la responsabilidad, citando sólo por nosotros, los títulos respectivos: función demarcatoria; función vindicativa; función preventiva; función sancionatoria; función resarcitoria o compensatoria; función distributiva, y función sustitutiva de otros remedios.

a) *Deber de prevención del daño*

El orden jurídico implementa una serie de instrumentos legales y otros medios similares, susceptibles de impedir, restringir o hacer cesar hasta la simple posibilidad, eventualidad o mera circunstancia del acaecimiento de un mal causado de manera injustificada o bien una vez acaecido se logre la reparación del agravio causado o consumado.

(23) Citado por Aída K. de Carlucci, en Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, Argentina, 2009, t. III, p. 1312, en *La responsabilité civile*, ed. Economica, Paris, 1981, nro. 160.

En la vida de relación, máxime en la sociedad moderna de nuestros días, se trata de evitar o paliar todo aquello que pueda inferirle a un ser humano una molestia, malestar o daño corporal o espiritual con génesis en su propio obrar o en uno de otro sujeto que él.

Es una preocupación del hombre conocer las consecuencias posibles de los hechos acaecidos y del porvenir para atemperarlos o bien soslayarlas.

Decía Proudhon: "Saber para prever, prever para prevenir". O en otros términos, si se pretende preverlas, es para prevenir las.

El ordenamiento jurídico puede prevenir el daño mediante medidas materiales aptas para impedir que se verifique o bien utilizando la acción psicológica intimidatoria.

De allí pues que la reparación del daño causado funcione como un factor de prevención⁽²⁴⁾.

Sin embargo, nada de ello es inexorable y existe una limitada eficacia de prevención del daño, pues los medios técnicos de tales fines, aunque sensibles, no han alcanzado a ser lo suficientemente adecuados para atemperar o evitar las ocasiones de daños.

Evitar el daño evitable ejerció y ejerce una fuerte presión, determinante de la aparición de lo que se ha dado en llamar jurisdicción o tutela preventiva, con raíces en los interdictos romanos y en lo más clásico del pensamiento procesal⁽²⁵⁾.

Y en razón de la limitada eficacia de la prevención del daño y, consiguientemente, la mayor frecuencia con que se presenta el daño mismo, la reacción contra él es un tema de actualidad.

Repárese que la prevención del daño no es por la mera eventualidad de que se produzca, sino por la complejidad de que si se verificase, tampoco sería soluble mediante el resarcimiento⁽²⁶⁾.

De allí que resulte muy posible que el derecho de daños sea el ámbito en el cual se ha desarrollado ampliamente la "tutela civil inhibitoria"⁽²⁷⁾.

Es decir, el daño que se previene no se efectúa por la mera circunstancia de que pueda acontecer, sino por una cuestión que no es de detalle: la eventualidad de la no solución a través del resarcimiento.

(24) Cfr. VERGARA, Leandro, "La prevención en el derecho de la responsabilidad civil", RDyS 2003-253.

(25) PEYRANO, Jorge W., "La jurisdicción preventiva", LL 2013-D-1326.

(26) Cfr. DE CUPIS, Adriano, *El daño*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, t. II, p. 574.

(27) PEYRANO, Jorge W., "La jurisdicción preventiva", cit., p. 1327.

A lo dicho, se señala la incorporación de la tutela anticipada de urgencia que se funda muchas veces en la necesidad de evitar males mayores⁽²⁸⁾.

El autor en nota citado señala que el significado de la irreparabilidad del daño debe considerarse, pues hay veces en que el resarcimiento aunque jurídicamente sea factible, puede no adaptarse adecuadamente a la reparación del daño: o bien surgir dificultades para determinarlo o para medirlo o no pueda efectuarse prácticamente en virtud de la situación económica del llamado a responder.

Aguiar en su valioso Tratado⁽²⁹⁾ sistematiza una serie de situaciones en las que puede encontrarse una persona en presencia de un daño posible, capaz de afectar cualquiera de los bienes de sus patrimonios, económico o moral, que seguimos para tener un panorama integral de la "prevención del daño". 1) es el acto de un extraño o de la cosa de un extraño, que amenaza producir un daño en detrimento de nuestro derecho; 2) es la ley que atribuye un efecto gravoso a nuestro patrimonio en razón de una omisión propia, efecto que se destruye con la ejecución del acto positivo, previsto por ella, y cuyo acto lo podemos realizar por sí solos sin intervención de otra persona ni aun la de la autoridad pública; 3) en el mismo supuesto anterior; pero en el que, para enervar la consecuencia perjudicial de nuestra omisión, no basta la simple manifestación de voluntad, sino que es preciso que ésta se realice ante una autoridad pública; 4) cuando la ley declara indemnizables los daños producidos por un hecho dado, cuyos efectos perjudiciales se prolongan en el tiempo, y cuando la ley prohíbe un acto bajo la sanción del resarcimiento de los daños que causare y existe un acto exterior violatorio de la prohibición y que puede ocasionarlos.

Desde otro punto de vista, se ha argumentado, en una posición ortodoxa, que un acto ilícito no puede existir o configurarse antes que un daño se hubiere irrogado y a su vez, destacados autores franceses⁽³⁰⁾ han llegado a sostener que "cuando la realización próxima del daño es la consecuencia necesaria de ciertos actos ilícitos, cuando no existe ninguna duda sobre el efecto que debe producir, cuando el perjuicio que causara es apreciable, no es derogar los principios el declarar procedente la acción por responsabilidad y ello sin otro fundamento que el combinar en una justa medida la actualidad y la certidumbre del daño, ya que cuando esta última condición existe, puede considerarse como cumplida la próxima"; o en fin, que "los tribunales pueden tomar medidas de ordenar trabajos para impedir, sea la aparición, sea la continuación, o sea la renovación de un

(28) PEYRANO, Jorge W., "La jurisdicción preventiva", cit., p. 1328.

(29) AGUIAR, HENOC, *Hechos y actos jurídicos*, Tea, Buenos Aires, 1951, t. IV, p. 170, apart. 26.

(30) SOURDAT, A., *Traité général de la responsabilité*, Paris, 1902, t. I, apart. 448.

daño; y que pueden también, con ese objeto, establecer prohibiciones, hechas prácticas, en casos de necesidad, por una imposición"; o que los jueces pueden condenar al mismo tiempo que a satisfacer el daño, "sea a suprimir ciertos trabajos, ciertas obras que son la causa temporánea o permanente del daño".

En el derecho comparado y, en particular en el sistema francés, tal la noticia que suministra Aguiar⁽³¹⁾ se elaboró una doctrina sobre la que se sustenta el principio de prevención del daño: en una primera época se consideró apropiado reparar el daño cuando existía certeza de que se produciría; luego se avanzó, y se dispuso indemnizar en especie el daño, aun cuando estuviere referido a uno a producirse, la de dar órdenes o dictar prohibiciones al accionado para que impida que el perjuicio se continúe produciendo.

En la hipótesis, se partía de un daño ya irrogado, cuya causa continuaría generando nuevos daños, no de un hecho capaz de producir un daño, pero que todavía no le habría originado; de manera que aquí se detenía la actividad judicial preventiva, pero el principio estaba en marcha, y luego proclamó, sin más restricciones que las del respeto a la libertad individual y al derecho ajeno, que los tribunales podían tomar medidas y ordenar la realización de trabajos pendientes, sea a impedir *la aparición, la continuación o la renovación de un daño* (resaltado del autor citado), o sea, en suma, que el hecho- causa que amenaza producir uno, originaria, continuada o renovadamente, podrá ser desarmado de su poder de perjudicar⁽³²⁾.

b) *Deber de prevención del daño (cont.)*

Antes de la sanción del nuevo Código, doctrina y jurisprudencia reconocían la existencia de una acción preventiva extraída de diversas disposiciones específicas distribuidas en distintas partes del orden jurídico civil y para determinados casos, se carecía de reglas genéricas, hoy contempladas en el Código Civil y Comercial⁽³³⁾.

De allí pues que resulte una premisa básica la previsibilidad de las reglas contractuales, pues su mutación incide en las mismas. Es, que en efecto, el contrato es un acto mediante el cual las partes programan su

(31) AGUIAR, HENOC, *Hechos y actos jurídicos*, cit., p. 175.

(32) Véase *in extenso* el título "La previsión del daño en el derecho común argentino", AGUIAR, HENOC, *Hechos y actos jurídicos*, cit., ps. 179 y ss., apart. 28 y ss., y los supuestos que allí considera bajo la óptica del Código de Vélez donde la ley se ocupa no sólo de la prevención del daño en los casos que trata, sino hasta el momento y la forma de efectuarla.

(33) BARACAT, EDGAR J., "Herramientas procesales para la prevención del daño en el nuevo Código", LL 2015-D.

futuro, administran sus recursos, ordenan sus preferencias y controlan los riesgos⁽³⁴⁾.

Lo dicho no excluye que a la hora de dividir la responsabilidad, más veces se señala cuotas de responsabilidad entre los copartícipes; otras se disminuye la cuantía de la reparación con base en la concurrencia de culpas; otras se distribuye la responsabilidad en proporción a la gravedad de las conductas culposas o por partes iguales, cuando éstas son similares, mientras que no faltan ocasiones donde la culpa de la víctima es absorbida por la actuación del sujeto dañador.

En las afirmaciones precedentes, ya nos ubicamos en el cauce de la responsabilidad a título de dolo que es una imputación de las consecuencias mediatas al autor del hecho "cuando las hubiere previsto" y cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa haya podido preverlas (culpa).

El no haber previsto lo que se debió prever implica violación de un deber genérico que es el deber de previsión.

Con lo dicho, nos orientamos en la línea de la causalidad adecuada, donde la víctima tiene derecho a la reparación de los daños previsibles: en las pautas del abrogado art. 904, se trata de las consecuencias de un hecho efectivamente previstas y, por otro, de las que resultaren previsibles.

c) Deber de prevención del daño (cont.)

El daño considerado como hecho jurídico incide en el modo de ser de las relaciones jurídicas, pues produce alcances legales, uno o más, ubicados en un plano de consecuencias.

Para prevenir el daño opera el reflejo preventivo que supone la reacción posterior del orden jurídico por causa del daño mismo, es decir, de la represión que se producirá en la hipótesis de acaecer⁽³⁵⁾.

La operatividad de la prevención del daño —tema antiguo en nuestro medio legal— no resulta de interpretación y aplicación sencilla luego de la sanción del nuevo Código.

Ello así, pues de acuerdo con la nueva normativa el derecho a la prevención del daño puede tutelar los más variados intereses, ponderando diversos presupuestos.

(34) LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos. Parte general*, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 146.

(35) DE CUPIS, Adriano, *El daño*, cit., p. 572.

La categoría —se ha dicho—⁽³⁶⁾ es amplia si bien no todo lo bastante para atender a la defensa preventiva de todos los intereses jurídicamente protegidos y sin que tampoco aparezcan como una estructura uniforme.

Las previsiones legales que tratan la prevención del daño, *rectius*, una sola y las otras atiende a su faz procedimental, se ubica en la sección 2ª —cap. 1, título V— (art. 1710), precepto que complementa la formulación del art. 1708, sección donde también se trata la sanción pecuniaria disuasiva.

Nos parece que la única hipótesis que trata la "función preventiva" es la del inciso a) del art. 1710: "evitar causar un daño no justificado"; mientras que los incisos b) y c) consideran supuestos de daños ya acaecidos.

Porque la tutela preventiva es la más enérgica, pero —tal su enunciado— es la más problemática: un orden jurídico poco sensible a la exigencia de combatir los peligros del daño podría ser considerado favorecedor; pero una aplicación estricta de la prevención implicaría el riesgo de oprimir la libertad de los demás.

Atemperando el amplio enunciado del inciso ya citado, el *Código* de Jorge Horacio Alterini⁽³⁷⁾ enuncia una pauta que "oxigena" la norma al decir "el principio precautorio no está contenido en la función preventiva del Código" y desarrollando estas pautas, se lee que la acción preventiva para neutralizar el daño cuando su posible producción sea "previsible", es decir, cuando el daño futuro pueda ser anticipado dentro de las precauciones normales, implica que necesariamente debe tener basamento científico y podrá, en condiciones normales del cotidiano vivir, acaecer ser percibido con anticipación, con lo cual se debe descartar las hipótesis donde haya incertidumbre pues deja de ser previsible.

A modo de cierre de esta disposición, cabría decir que la normativa es dictada en potencia y ante la eventualidad —*ex ante*— de su acaecimiento y así el orden jurídico se anticipa al acaecimiento del daño.

Los incisos b) y c) del precepto, en relación a la primera formulación del b), complementan al inciso a), evitar el daño.

Si tuviéramos que ubicar cierta analogía —por caso Ley de Defensa del Consumidor—, respecto de tal enunciado, "el deber general de seguridad" es una pauta o dicho de otro modo que exista un deber general de que los bienes y servicios destinados al mercado sean seguros "y no implicarán riesgos".

(36) DE CUPIS, Adriano, *El daño*, cit., p. 574.

(37) ALTERINI, Jorge H. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado...*, cit., p. 7.

Por el contrario, los restantes enunciados dan cuenta del daño ya acaecido, y un alcance sustancial de orden procedimental del daño irrogado es la consecuencia de “la punición excesiva”.

El dispositivo tiende a reducir la sanción a sus justos términos, templando el exceso o exorbitancia, tal como acontece con la cláusula penal excesiva.

“Evitar causar un daño no justificado” (inc. a), art. 1710) no debe confundirse con el peligro del daño con la reparación del daño existente en tal peligro.

La mentada prevención, cuando el peligro del daño tenga por sí mismo efectos dañosos, prescindiendo de que se haya producido el daño mismo, subsiste la exigencia jurídica del remedio resarcitorio para el interés lesionado.

Cuando la posibilidad de la prevención no existe, porque originariamente ha quedado excluida, no hay lugar a la referida prevención, pues no existe el peligro de que se produzca un daño.

Es sabido que todo precepto jurídico es una reducción de conceptos que en el caso que nos ocupa reviste múltiples características⁽³⁸⁾ que tienden a evitar un daño en concreto (o bien paralizar sus efectos) limitada a la tutela civil inhibitoria⁽³⁹⁾.

La extensión de la medida lo es tanto a derechos reales cuanto personales, cuya operatividad es inaudita parte de manera preventiva y urgente y cuya permanencia lo es en la medida de subsistir la conducta dañosa⁽⁴⁰⁾.

¿Qué decir de la vinculación entre la previsión y la diligencia?

De un modo genérico esta última está relacionada de manera íntima con la noción de culpa; es más, configura la idea de culpa, sea en el obrar como en el prescindir de hacer.

De allí que la previsión —o el deber de previsión— requiera de una determinada diligencia, siendo que la idea de ésta resulte muy antigua; significa cuidado, exactitud en la ejecución de un deber. Se refiere, igualmente a una

(38) VÁZQUEZ FERREYRA, R., “La función preventiva de la responsabilidad civil”, LL 2015-E-1155.

(39) PICASSO, Sebastián, “Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación”, RCyS 2015-IV-5.

(40) ALTERINI, Jorge H., *Tutela de la propiedad. Estudios en homenaje a Jorge Mosset Iturraspe*, La Rocca, Buenos Aires, 1989, t. I, ps. 415 y ss.; LORENZETTI, Ricardo L., “Tutela civil inhibitoria”, LL 1995-C-1216; NICOLAU, Noemí L., “La tutela civil inhibitoria y el nuevo art. 45 CN”, LL 1996-A-1245.

actividad y la deficiente diligencia —en el obrar o en no actuar— ya nos ubica en el umbral de la culpa.

La falta de diligencia es no prevenir el daño y excluye el límite cuantitativo del responder: el causante tiene conciencia —sabe de manera deliberada— de que su obrar es susceptible de causar daños⁽⁴¹⁾.

Con la evolución del tiempo y del derecho, en la reparación de daños, la diligencia resultará un “cartabón” que incide la responsabilidad: la ausencia de diligencia, genera culpa —la prevención ha sido superada— y es la génesis de la obligación de reparar.

La diligencia es una actitud, conducta, comportamiento, y actualiza a la persona en un obrar cuidadoso respecto del cometido que esté en cuestión y por el cual se debe responder.

En suma: la diligencia da cuenta de un proceder —positivo o negativo— del ser en cuanto existe, lo cual tiene su sentido específico con la idea referida a la diligencia⁽⁴²⁾.

Y, en el núcleo de diligencia, de manera próxima a la previsión, surgen las nociones de que la previsibilidad y la evitabilidad son consideraciones que ha de contar como apreciaciones referidas a la diligencia⁽⁴³⁾.

Y ya en el ámbito de la diligencia normal mediando presunción de culpa, el presunto responsable puede eximirse de todo reproche acreditando que carece de culpa; en su caso, deberá probar que utilizó aquellas diligencias propias de la índole de la respectiva obligación.

Y si la culpa se configura en un defecto del comportamiento —no obrar como una persona diligente y prudente— la ausencia de culpa se verifica con la diligencia normal, sin requerirle al interesado ser diligentísimo⁽⁴⁴⁾.

d) Normas procedimentales de la prevención del daño

La sección 2ª del título V complementa los conceptos legales de la función preventiva del daño con preceptos formales que tienden a hacer efectiva la referida tutela.

De más está decir que ante las innovaciones legales que dan cuenta de la introducción de “conceptos jurídicos” novedosos, aun cuando en un

(41) ALTERINI, Atilio A., *La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 87.

(42) ORTEGA Y GASSET, José, “Estudios sobre el amor”, en *Obras completas*, t. V, 1951, p. 559.

(43) LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La responsabilidad civil extracontractual*, Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010, p. 667, apart. 163.

(44) ORGÁZ, Alfredo, *La culpa*, Lerner, Buenos Aires, 1980, p. 161, apart. 59.

enfoque amplio reiteren en estas pautas tradicionales, los cuestionamientos u observaciones son nutridos. Es algo propio de los cultores de nuestra ciencia. Es el turno de la noción “función preventiva” la que además de las consideraciones expuestas posibilita más explicaciones.

Para una ampliación de nuestra exposición, remitimos al muy bien logrado estudio de Hugo A. Acciarri y Pamela Tolosa⁽⁴⁵⁾, quienes de manera liminar advierten el peligro de una actividad y la cesación del mismo o su agravamiento se reduciría a la tutela inhibitoria, sea provisoria o definitiva, con la idea de que estas medidas agotan las posibilidades jurídicas de prevenir. Sin embargo, no se agotan, aquí, las dimensiones de la prevención, pues abarcan la prevención específica la prevención general o genérica⁽⁴⁶⁾.

Finalmente, ni ordena la previsibilidad contractual —art. 1728— en los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Esta pauta normativa, indicativa del proceder del obligado, debe complementarse con la previsión del art. 1725, apart. 1º, en cuanto a la “valoración de la conducta”, en el sentido de que “cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias.

e) *Función resarcitoria*

El resarcimiento, finalidad a la que tiende el daño causado, tiene su enunciado genérico en el art. 1716, Cód. cit., cuando dice: “La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código”.

Este solo enunciado no agota el deber de resarcir, toda vez que el Código contiene preceptos aislados que también aluden al núcleo de este apartado: el art. 1794 menciona a los sujetos responsables al decir que “es responsable directo quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión”, art. 1751, en cuanto trata “pluralidad de responsables” y dispone: “si varias personas participan en la producción del daño que tiene una causa única, se aplican las reglas de las obligaciones solidarias. Si la pluralidad deriva de causas distintas, se aplican las reglas de las obligaciones concurrentes”; art. 1740, que regula la reparación plena; art. 1082, que contempla la reparación del daño, cuando procede, en

(45) ACCIARRI, Hugo A. - TOLOSA, Pamela, “Funciones del derecho de daños y análisis económico del derecho”, en JA del 10 de agosto de 2016, fascículo 6.

(46) Un desarrollo amplio del tema en el trabajo citado.

distintas hipótesis, en lo relativo a la materia contractual; art. 1041, que se refiere a la reparación por daños en caso de saneamiento; art. 1311, que contempla el cálculo del daño en el transporte de cosas.

Se advierte entonces, que la denominada función resarcitoria abarca distintos preceptos ubicados en variadas secciones del Código (arts. 1749 y ss.).

Consideramos que de manera observable la sección 4ª, que menciona el “Daño resarcible”, debió regularse en un orden correlativo según el contenido de los preceptos de función del título precedente, “función resarcitoria”, pues esta última es corolario de la existencia de un “daño resarcible”.

Con distintos enunciados, el Código contempla la “responsabilidad objetiva” y “Factores subjetivos” —léase responsabilidad subjetiva—.

El factor objetivo (art. 1722) prescinde de todo factor de orden moral o psicológico, de la causalidad interna con relación al daño: la obligación de reparar se origina en la mera relación de causa a efecto —“la culpa del agente es irrelevante”— y la exención de responsabilidad sólo es viable demostrando la causa ajena, excepto previsión adversa. Se considera la relación puramente mecánica de causa a efecto entre el autor material y el daño.

Por idéntico cauce se orienta la responsabilidad objetiva —acuerdo de partes, o circunstancias de la obligación o logro de un resultado—. La responsabilidad es objetiva; la conexión causal entre el hecho y el respectivo daño se presume legalmente, sin perjuicio de que el presunto responsable acredite que el daño se debió a una causa extraña.

El factor subjetivo presupone que el sujeto es físicamente autor del daño —relación de causalidad— y también en principio moralmente: el acto culposo es aquel acorde a las pautas que enunciaba el art. 512 del Código abrogado; el doloso es el acto intencional o “con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos” (art. 1724). La valoración de la conducta del agente debe ponderar las pautas del art. 1725, Cód. cit.

A) *Recaudos de la responsabilidad*

De manera sistemática el Código contempla los distintos elementos de la responsabilidad civil: antijuridicidad (art. 1717, “cualquier acción u omisión que causa un daño a otro antijurídica si no está justificada”); factores de atribución (art. 1721, “la atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa”; “factor objetivo” —art. 1722—. El factor es

objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad y daño resarcible (arts. 1737/1748).

En cuanto a la prueba de los factores de atribución y eximentes — art. 1734— la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alea.

B) Causalidad

En materia de causalidad, el nuevo Código con una técnica observable dedica a la causalidad tres preceptos: el art. 1726 trata la relación causal; el art. 1727 alude a la dinámica de la causalidad y se refiere a los “tipos de consecuencias” y, clausurando la sección 3ª, alude a la “prueba de la relación de causalidad”.

Existe un hecho generador y un hecho generado, vinculados por un nexo de causalidad: hecho-causa y hecho-consecuencia. Sin embargo, a veces el hecho-causa inicial, antes de alcanzar la plenitud de su desenvolvimiento, otros hechos le salen al cruce, los que aunados con él, aceleran, cambian, modifican o enervan los efectos que normalmente hubiera producido si éstos no hubiesen sido influidos por esos otros hechos⁽⁴⁷⁾.

Puede suceder que los nuevos hechos, en razón de su poder determinante, coloquen en segundo plano o anulen los efectos del hecho-causa originario, pasando los de aquéllos a ocupar el primer lugar o a ser los únicos producidos: de manera que el hecho-consecuencia sea efecto inmediato de los nuevos hechos o los tenga por única causa; mientras que respecto del hecho causa originario, o no lo sería, o sólo sería uno mediato o uno causal; o que siendo coadyuvantes, deban todos esos hechos ser considerados como productores del hecho consecuencia: así, cada uno de esos hechos conexiónados se los tendrá como hecho causa en la medida que hayan contribuido a producir el hecho consecuencia que será juzgado⁽⁴⁸⁾.

Respecto de la relación causal, en supuestos de responsabilidad por el hecho propio, la relación de causalidad debe encontrarse directamente entre la acción del responsable y el daño.

Desde un punto de vista legal —art. 1726— tal la formulación del precepto citado, excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas —siempre imputables al autor del hecho— y las consecuencias mediatas, en cuanto sean previsibles en abstracto, tal la doctrina del abrogado art. 904, Código de Vélez.

(47) AGUIAR, Henoch, *Hechos y actos jurídicos*, Tea, Buenos Aires, 1950, t. I, p. 244.

(48) AGUIAR, Henoch, *Hechos y actos jurídicos*, cit., p. 245.

El Código, en el art. 1727, respecto del tipo de consecuencias, sigue los enunciados que realizaran los arts. 901 y ss. del Código Civil.

El hecho-consecuencia, tal lo expuesto, colocan al hecho-consecuencia en la categoría de los llamados “fortuitos”, pues no es de aquellos que inexorablemente deben producirse, si bien los necesarios queden comprendidos en ella; la consecuencia inmediata es contingente y fortuita.

Es que las consecuencias imputables al autor de un acto son las previsibles —esto es, para cualquier sujeto— “según el orden natural y ordinario de las cosas” o sea, las consecuencias inmediatas; resultan del acto mismo (art. 1727, apart. 1º, Cód. cit.); “Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de mi hecho con un acontecimiento distinto se llaman consecuencias mediatas” (art. 1727, apart. 2º, Cód. cit.); estas consecuencias se producen sólo por mediación de otro hecho distinto, pero habitualmente conexo con aquél, y por tanto, previsibles.

La vinculación entre el hecho-causa y el hecho-consecuencia se establece por la interposición de otro hecho natural o humano al que debe ser extraño el autor de aquél; pues si fuese suyo, se producirá la relación directa que caracteriza a las consecuencias inmediatas⁽⁴⁹⁾.

“Las consecuencias mediatas que no pueden perverse se llaman consecuencias causales” (art. 1727, final).

Con relación a lo último, las consecuencias puramente causales no son imputables al autor del acto, desde que lo causal es lo que ocurre de manera anormal y no es previsible.

Se agrega, que las consecuencias no imputables son las imprevisibles; es decir, las puramente causales.

En cuanto a la prueba de la relación de causalidad, corresponde quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma⁽⁵⁰⁾. La carga de la prueba de la causa ajena, o de la imposibilidad de cumplimiento, recae sobre quien la invoca.

C) Consentimiento del damnificado: asunción de riesgos

La culpa de la víctima es una causal eximente de responsabilidad; es que cuando el daño se origina en la culpa del propio damnificado no puede éste pretender descargar sobre otro, necesariamente inocente, la pérdida sufrida.

(49) AGUIAR, Henoch, *Hechos y actos jurídicos*, cit., p. 247.

(50) *Juris et de jure*.

Se trata de una culpa contra sí mismo semejante a la culpa que viola el derecho⁽⁵¹⁾.

El art. 1720, libera de responsabilidad, en la medida del consentimiento libre e informado del damnificado, siempre que no constituyera una cláusula abusiva.

Lo relativo a la asunción de riesgos —art. 1719— es regulado bajo dos directrices, lo que estará condicionado por las circunstancias del caso.

El primer supuesto es la exposición voluntaria de la víctima a una situación de peligro —juego u operación quirúrgica— que no justifica el hecho dañoso ni exceptúa la responsabilidad, excepto que por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe de manera total o parcial el nexo causal.

Es decir, la asunción voluntaria del riesgo debe ser realizada con pleno conocimiento: discernimiento, intención y voluntad: el hecho debe ser conocido por el damnificado que asume el riesgo. De manera que la parte que se beneficia con el riesgo que asume la víctima, debe informar el nivel de peligrosidad⁽⁵²⁾.

La segunda hipótesis contempla el llamado acto de abnegación que es causal de reparación por el causante del peligro o el beneficiado del acto de abnegación, en la medida —en este caso— del “enriquecimiento por él obtenido” (beneficiado).

D) *Caso fortuito. Fuerza mayor*

El art. 1730, Código cit., en el cauce del art. 514, Código abrogado, dice que “se considera caso fortuito al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado.

Este Código emplea los términos “caso fortuito” y “fuerza mayor” como sinónimos. El caso fortuito exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario”.

Algunos autores atribuyen a la fuerza mayor irresistibilidad, mientras que al caso fortuito le asignan la imprevisibilidad.

Como fuere, el hecho del hombre, la imprevisibilidad extraordinaria, el carácter invencible, la insuperabilidad para el más diligente y la procedencia externa afirman la fuerza mayor. El hecho de la naturaleza, la im-

(51) ORGAZ, Alfredo, *La culpa*, cit., p. 226.

(52) ORGAZ, Alfredo, *La culpa*, cit., p. 242.

previsibilidad ordinaria, el impedimento grave, la insuperabilidad para el hombre medio y la oriundez interna perfilan el caso fortuito. Estas notas distintivas precedentes han llevado a sostener que en oportunidades el caso fortuito no exime de responsabilidad, teniendo sólo virtualidad eximente la fuerza mayor.

El *casus* se configura por la nota de imprevisibilidad al superar la normal previsión de un sujeto diligente y la irresistibilidad se trata de un hecho de imposibilidad absoluta que obsta a un sujeto diligente impedir el acaecimiento del suceso; el inc. e) contempla el caso de la “cosa riesgosa” que así lo es *ab initio* y no de manera sobreviniente; el inc. f) atribuye responsabilidad al daño irrogado por *casus* en razón de la devolución de una cosa obtenida por medios ilícitos.

V. Final

La responsabilidad está correlacionada con el poder y la libertad, y este poder coloca en el centro la moral. A veces se dice que el temor provoca un principio de precaución y, también, un retroceso de nuestro derecho de la responsabilidad civil, que se anclaría en la falta de no precaución. Por el contrario, pensamos que consolida la obligación de seguridad en la que se basa la responsabilidad objetiva: justifica en particular que se mantenga la responsabilidad civil frente al “riesgo del desarrollo”, ilustrado por tantos dramas colectivos.

El jurista, atento a los nuevos datos legales y jurisprudenciales de la responsabilidad civil, puede y debe, por lo tanto, fundamentarlos sobre la base ética, sin la cual la evolución jurídica contemporánea parecería apartarse de la moral para correr, en el mejor de los casos, hacia utopías fantasmales⁽⁵³⁾.

La ética, para alcanzar su finalidad práctica —en el marco de la filosofía aristotélica—, no sólo a escala social sino también a nivel individual, precisa del derecho. Inclusive para alcanzar sus fines particulares el individuo necesita no sólo del amparo sino también del contexto que proporcionan las leyes; en suma, el derecho y la política. ♦

(53) LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, “L'éthique de la responsabilité”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, enero-marzo 1998, ps. 5 y ss.

INNOVACIONES EN MATERIA DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS Y PRIVADOS

POR JUAN CARLOS HARIRI

Sumario: I. Antecedentes. II. Instrumentos públicos. III. Instrumentos privados en el Código Civil y Comercial. IV. Conclusiones.

I. Antecedentes

No podemos iniciar esta nota sin entrar en el Código Civil que nos rigió dese el 1 de enero de 1871 hasta el 30 de julio de 2015, donde su autor, el doctor Dalmacio Vélez Sarsfield, dejó sentado sus inagotables conocimientos sobre el derecho civil, preservando con armonía los distintos temas que fue tratando en los libros que contiene su sobresaliente obra que perduró por más de ciento cuarenta años, con las reformas que se fueron incorporando en las distintas épocas.

Allí se tuvo en miras la justicia, la equidad y también la solidaridad que debe manifestar la sociedad.

Pero resultó ser la jurisprudencia la que realizó la interpretación más adecuada de las normas que continúa contemplando la estática de la ley y la manifestación de los acontecimientos que demuestra la sociedad.

De allí proviene nuestro criterio, lo que se conoce como el progreso jurídico acompañado también por la doctrina, lo cual lleva a lograr la existencia de la paz jurídica, elemento indispensable y necesario que determina la armonía que necesita una nación para obtener un desarrollo creciente y duradero, de modo tal que las leyes necesariamente deben contemplar la realidad social, sus costumbres, reconocer su historia, pues si ello no se observa se estará legislando en el vacío.

Si bien la obra del doctor Vélez Sarsfield fue redactada por una sola persona, pudo lograr la confluencia de todos los valores necesarios que la hizo perdurar en el tiempo e impulsar a otros países a tomarla de modelo, y aun la nueva ley 26.994, con cambios importantes, no ha superado ni dejado

de lado en lo fundamental los principios rectores que contiene el brillante Código Civil, si bien en algunas instituciones se han creado situaciones ajenas a nuestras costumbres no es, ahora, el caso de señalarlas.

Hay un fuerte contenido de normas de carácter supletorias, razón por la cual las partes están autorizadas a dejarlas de lado e imponer su voluntad. En cambio, en materia de derecho de familia y sucesorio, imperan las de orden público y si ellas no responden a nuestras costumbres se evitarán con otros medios.

Por tanto, la proyección del nuevo Código Civil y Comercial tardará décadas para contar con una interpretación armónica y serán, obviamente, las distintas opiniones de nuestros tribunales que traerán uniformidad sobre temas iguales, mostrando correspondencia entre la rigidez de la ley con los habituales cambios que ocurren en la vida, debiendo llenar las lagunas que tiene el Código sancionado, y seguramente los jueces se verán en la obligación de resolver en los asuntos que se encuentren en su jurisdicción a través de una "decisión razonablemente fundada" (artículo 3° del Código Civil y Comercial), debiendo recurrir a la interpretación, tal como lo indica el artículo 2° de ese cuerpo.

Veamos entonces los cambios que trajo la nueva normativa respecto de los instrumentos públicos y privados, sin perjuicio de otros que se alude con una nueva denominación ampliando de ese modo la categoría primaria.

II. Instrumentos públicos

a) Concepto

Entendemos por instrumentos públicos aquellos documentos que gozan de autenticidad, sin ignorar que gran cantidad de autores consideran que son aquellos donde interviene un oficial o funcionario público que los autentifican y de ese modo puedan ser probados.

Así Borda los definió como aquel que "...es otorgado con intervención de un oficial público, con las formalidades que la ley establece"⁽¹⁾. Pero luego este eximio jurista consideró que se trataba de un concepto erróneo, por cuanto el artículo 979 del Código Civil previó distintos instrumentos donde no intervenía ningún oficial público, tales como los asientos en los libros de corredores, en los casos y en la forma que determine el Código de Comercio, las acciones de las compañías autorizadas especialmente,

(1) BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil. Parte general*, 7ª ed. actual., Perrot, Buenos Aires, t. II, nro. 964.

emitidas en conformidad a sus estatutos y los billetes, libretas y toda cédula emitida por los bancos autorizados para tales emisiones.

Téngase en cuenta que el Código Civil (ley 340) no definió este concepto, sólo indicó en el artículo 979 que revisten esa calidad respecto de los actos jurídicos aquellos que mencionan los diez incisos que contiene.

Tampoco lo hace el nuevo Código Civil y Comercial.

También el doctor Llambías consideró que "los instrumentos otorgados con las formalidades que la ley establece en presencia de un oficial público a quien la ley confiere la facultad de autorizarlos se denominan instrumentos públicos"⁽²⁾.

Salvat nos dice: "...instrumento público es el otorgado con las formalidades que la ley establece, en presencia de un oficial público a quien la ley confiere la facultad de autorizarlo"⁽³⁾.

Siguiendo esta característica, que es la de intervención de un oficial público, nos parece oportuno citar el artículo 1574 del Código Civil de la República Oriental del Uruguay que dice: "...Instrumentos públicos son todos aquellos, que revestidos de un carácter oficial, han sido redactados o extendidos por funcionarios competentes, según las formas requeridas y dentro del límite de sus atribuciones. Todo instrumento público es título auténtico y como tal hace plena fe otorgado ante Escribano e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública. Se tiene también por escritura pública la otorgada ante funcionario autorizado al efecto por las leyes y con los requisitos que ellas prescriban".

Por tanto, el instrumento público es caracterizado en Uruguay por cinco notas: a) actividad de funcionario; b) que actúe dentro del límite de sus atribuciones; c) que tenga competencia; d) que cumpla con las formas requeridas, y e) que se hagan en documentos revestidos de carácter oficial⁽⁴⁾.

El doctor Cifuentes entendió que "...el instrumento público es el que secundado por una disposición normativa tiene fuerza probatoria auténtica, sea que esa disposición normativa requiera a ese efecto de la actuación de

(2) LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, 8ª ed. actual., Perrot, Buenos Aires, t. II, nro. 1638.

(3) SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, 10ª ed., Tea, Buenos Aires, t. II, nro. 1886, p. 307.

(4) LARROUD, Rufino, "Curso de derecho notarial", *Anotaciones y concordancias con relación al derecho positivo argentino por el Instituto Argentino de Cultura Notarial*, nro. 273, p. 511, Depalma.

un oficial público, de un autorizado a actuar como tal u otros elementos en ella previstos"⁽⁵⁾.

b) *Instrumentos públicos en el Código Civil y Comercial*

Como ya dijimos, el Código Civil y Comercial no los define; el artículo 289 alude a aquellos instrumentos que considera públicos: a) las escrituras públicas y sus copias o testimonios; b) los instrumentos que extienden los escribanos o los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes, y c) los títulos emitidos por el Estado nacional, provincial o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme a las leyes que autorizan su emisión.

Tal vez se haya querido resumir el artículo 979 del Código Civil, olvidando enunciar otros que sin duda alguna tienen la característica esencial de este instrumento, como las actas judiciales o los asientos de los registros civiles, y otros más.

Por tanto, debemos afirmar que la enunciación del artículo citado de ningún modo puede considerarse taxativa, sino simplemente enunciativa.

Empero, el artículo 290 del Código Civil y Comercial previó los elementos de validez que tienen que contener: a) la actuación del oficial público en los límites de sus atribuciones y de su competencia territorial y b) que las firmas del oficial público y de las partes y en su caso, de sus representantes, o la de aquel que lo haga a ruego, sancionando con su invalidez para el caso que faltare alguno de estos elementos que se indican.

De este modo advertimos que el nuevo Código se enroló en el concepto original que sostuvo el doctor Borda y siguió también lo dispuesto en los artículos 267 y 268 del Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998.

También la prohibición del artículo 291 ya estaba contemplada en el artículo 985 del Código anterior, habiéndose agregado la figura del "conviviente", sancionándolo en nuestro criterio con la nulidad absoluta, razón por la cual el instrumento que autorice el funcionario público es de "ningún valor".

Debemos ponderar la aclaración que dispuso el artículo 292 del Código Civil y Comercial siguiendo en definitiva a lo previsto en los artículos 982 y 983 del Código Civil.

(5) CIFUENTES, Santos, *Negocio jurídico*, 2ª ed. actual. y ampl., Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 253, nro. 1226.

En cuanto a los defectos de forma previstos por el artículo 294 del Código Civil y Comercial —más allá de lo dispuesto en la ley—, debemos decir que ha sido un principio recibido por nuestras costumbres salvar las enmiendas, agregados, borraduras, palabras, escrituras entre líneas u otras alteraciones a la redacción, con la prevención que ello ocurra antes de estar insertas las firmas de las partes.

Pero la segunda parte del artículo altera el contenido del primer párrafo, pues se refiere claramente a la forma, la cual es tratada por los artículos 299 al 313 del Código Civil y Comercial.

Desde ya que si se ha alterado la forma prevista, pero el instrumento fue firmado por las partes disponentes, valdrá entonces como instrumento privado pero no como público donde el cumplimiento de sus prescripciones son esenciales y hacen a su validez como tales. Ello también estaba tratado por los artículos 987 y 989 del Código de Vélez Sarsfield.

En cuanto a los testigos inhabilitados en estos instrumentos, el artículo 295 del Código Civil y Comercial sigue el espíritu de los artículos 990 y 991 del Código Civil manteniendo así los principios ya recibidos por la jurisprudencia y la doctrina.

Sostenemos que la indicación de quienes no pueden ser testigos de los instrumentos públicos es taxativa, no pudiendo ser ampliada, pues debe interpretarse, además, restrictivamente.

Desde nuestra opinión la característica esencial que tienen los instrumentos públicos es que hacen plena fe por sí mismos y por ello gozan de autenticidad, principio que fue recibido por el artículo 993 del Código Civil y ahora por el artículo 296 del Código Civil y Comercial, pues está afirmándose la fe pública.

Adviértase que para negar su contenido es necesario un proceso especial; no es suficiente la simple prueba en contrario.

Es requisito esencial para logarlo promover juicio penal, o bien civil conocido como proceso de redargución de falsedad del instrumento público, el cual podrá plantearse tanto por la vía incidental (artículos. 175 y ss. del Código Procesal Civil y Comercial), o bien como acción independiente que se dirigirá contra todas las partes, inclusive el oficial público actuante o el escribano interviniente ante quien pasó la escritura.

Claro está que el instrumento será tenido por válido hasta que no recaiga una sentencia firme que lo declare falso. Empero, según sea el caso y las pruebas que aporte el que pretende obtener su falsedad, el juez podrá dic-

tar las medidas precautorias que solicite la parte interesada para suspender sus efectos, siempre que se acrediten los extremos exigidos del peligro en la demora, la verosimilitud del derecho y la contracautela que se exija (artículos 195 y 199 del Código Procesal Civil y Comercial).

El artículo 297 del Código Civil y Comercial alude a la incolumidad formal, impidiendo a los testigos y al oficial público que lo autorizó a contradecir o variar su contenido, siempre y cuando no prueben que actuaron con dolo o violencia impartida por un tercero. En similares términos, el artículo 992 del Código Civil así lo disponía.

Resulta más significativa aún la nota que indicó Vélez Sarsfield a este artículo que da la pauta necesaria para una mejor comprensión: "Si el oficial público o los testigos instrumentales pudiesen, por sus declaraciones ulteriores, contradecir o alterar el contenido de un acto, no habría derecho alguno seguro por instrumento público..."

Es claramente el concepto más adecuado de la conducta que deben observar quienes participaron de este acto jurídico.

Debemos tener presente que tanto el oficial público como el escribano actuante son testigos a quien el Estado invistió con esa dignidad.

Puede ocurrir que las partes que celebraron el acto jurídico público redacten un contradocumento que lo modifique alterando su contenido, situación prevista en el artículo 298 del Código Civil y Comercial y también con mayor precisión por el artículo 996 del Código Civil. En ambos preceptos se mantiene su inoponibilidad para terceros del contradocumento que sean de buena fe.

c) *Actos jurídicos que requieren la forma de instrumento público*

1) Las asociaciones civiles deben constituirse por este tipo de instrumento (artículo 169 del Código Civil y Comercial), diferenciándose de este modo del Código Civil que permitía el instrumento privado.

El acto constitutivo de las fundaciones debe ser hecho por escritura pública para obtener su aprobación como tal (argumento artículo 195 del Código Civil y Comercial).

En cambio la ley 19.836 (BO 25/8/1972), hoy derogada (artículo 3º, ley 26.994), permitió en su artículo 3º que podían constituirse también por instrumento privado con las firmas certificadas por escribano público.

2) En cuanto a la afectación de una vivienda —como se conoció— como bien de familia, que había incorporado la ley 14.394 también derogada

(artículo 3º, ley 26.994), entendemos que debe realizarse por instrumento público (argumento artículo 244, del Código Civil y Comercial).

Si bien el artículo 284 del Código Civil y Comercial refiere a la libertad de formas cuando la ley no designa una determinada para la exteriorización de la voluntad, creemos que, aunque el Código no lo determine expresamente, no caben dudas de que, atendiendo a la importancia y trascendencia del acto, la forma que debe instrumentarse es el público, e inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmueble en la matrícula correspondiente, pues se trata de una restricción de dominio.

3) La representación ahora separada del mandato (artículo 1321 del Código Civil y Comercial) exige que se lleve a cabo por instrumento público cuando el apoderamiento deba otorgarse en la forma prescripta para el acto que el representante debe realizar (artículo 363 del Código Civil y Comercial), indicándose que el poder puede conferirse en términos generales o con facultades determinadas —especiales— (artículo 375 del Código Civil y Comercial), no advirtiéndose sustanciales cambios con los artículos 1184 del Código Civil.

Teniendo presente que las facultades que contengan los poderes deben interpretarse restrictivamente, entendemos que las previsiones allí contenidas son taxativas, de manera que no podrán exigirse otros poderes especiales para situaciones que no estén allí contempladas, sabiendo que aquellos que se otorguen en forma general sólo serán para realizar actos de administración.

Empero, el escribano autorizante podrá otorgar un poder especial de representación, si así es encomendado, o cuando, a su sano criterio, entienda que la representación así lo exija, como podría ser cuando exista la necesidad de confirmar un acto jurídico (artículos 393, 394 y 395 del Código Civil y Comercial).

4) También será necesario, en nuestro criterio, que se realice por instrumento público la manifestación de la voluntad de la persona que tenga limitaciones en su aptitud para comunicarse en forma oral y quiera contraer matrimonio (artículos 416 y 420, 421 y 422 del Código Civil y Comercial).

5) Las convenciones matrimoniales deben realizarse exclusivamente por escritura pública (artículo 448 del Código Civil y Comercial), entendiéndose que la forma prevista es como solemnidad, figura que también estaba contemplada en el inc. 4º del artículo 1184 del Código Civil.

El mandato entre cónyuges, que prevé el artículo 459 del Código Civil y Comercial, también deberá extenderse por escritura pública. Es un mandato con representación como expresamente lo indica la norma.

6) Cabe decir también en cuanto a la prueba del carácter propio o ganancial de un bien registrable (artículo 466 del Código Civil y Comercial), para que sea oponible a terceros, es necesario que en el acto de adquisición se haga constar esa circunstancia, determinándose su origen, lo cual deberá constar en nuestra opinión en instrumento público aunque el Código no lo mencione, e inscribirse en el Registro correspondiente quien deberá asentar esa particularidad.

7) Las uniones convivenciales pueden probarse, según lo dispuesto por el artículo 512 del Código Civil y Comercial, por cualquier medio de prueba, es decir, aun por testigos, aunque si ella se inscribió en el Registro Civil en el libro correspondiente (o soporte magnético), es suficiente prueba (artículo 512 del Código Civil y Comercial), instrumento que podrá ser público o privado según quien lo emita sujetándose a las formalidades. Las partes tienen la libertad para su elección.

8) Otro tema nuevo que describe el Código vigente, en el Libro II, título V, capítulo 2, respecto de las "Reglas Generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida" (artículo 560), nos indica que el "control de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones".

No puede escapar al intérprete que estamos frente a un acto de suma trascendencia y por tanto, los centros que lleven adelante esas intervenciones deberían contar con un mandato especial, el que se expresará por escritura pública y archivarla a los antecedentes del caso. Somos de opinión que ellas deberían ser registradas formalmente en el Registro de las Personas.

Si bien el artículo 513 del Código Civil y Comercial refiere que la instrumentación del consentimiento debe protocolizarse ante escribano público o ser certificado ante la autoridad sanitaria correspondiente entendemos que debería exigirse la forma que mencionamos anteriormente, máxime atendiendo al derecho a la información que tienen las personas nacidas por esas técnicas (artículo 563 del Código Civil y Comercial).

9) Respecto de la determinación de la filiación extramatrimonial, el artículo 571 del Código Civil y Comercial las indica en forma enunciativa, debiendo permitirse otros medios de prueba que lleven a lograr la convicción del juez.

El inciso b) del artículo citado prevé que la paternidad por reconocimiento del hijo puede declararse tanto en instrumento público como privado,

agregamos que si se empleara este último al menos deberá constar con fecha cierta (artículo 317 del Código Civil y Comercial).

10) En materia contractual se incluyó, como normas de carácter supletorias, las "uniones transitorias" a partir del artículo 1463 indicando en el 1464 que la forma de ese contrato debe ser por instrumento público o privado con firma certificada por escribano.

11) Igual prevención de formas corresponde para el contrato de "consorcios de cooperación" (artículos 1470, 1473 del Código Civil y Comercial).

12) Respecto del contrato de donación de inmuebles el artículo 1552, siguió al 1810, inc. 1º, del Código Civil. Por tanto, deben celebrarse por escritura pública bajo pena de nulidad, pues se trata a la forma como solemnidad (contrato *ad solemnitatem*).

Por tanto, si cae el instrumento caerá el contrato de donación.

13) Con relación al contrato de fianza, el artículo 1579 prevé que debe convenirse por escrito sin mencionar el tipo de instrumento.

Ciertamente la redacción que tenía el artículo 2006 del Código Civil parece ser más apropiada.

Este contrato requiere, en principio, la existencia de uno principal, pues es accesorio y si el primero se realizó por escrito no podrá suponerse que el segundo no se hará del mismo modo.

En cambio, cuando esa garantía se otorgue sobre un bien inmueble deberá ser hecha por escritura pública y se denomina hipoteca (artículos 2205 y 2208 del Código Civil y Comercial). También se determina con este nombre a la que recae sobre una aeronave —bien mueble registrable— aunque el Código Aeronáutico (ley 17.285) no la define como lo hizo el nuevo Código y el anterior. Las hipotecas aeronáuticas deben inscribirse en el Registro Nacional de Aeronaves y se extinguen a los siete años de su inscripción (artículo 56 del Código Aeronáutico) si no fue renovada.

14) Bajo la misma forma que previó el Código Civil el contrato oneroso de renta vitalicia (artículo 2071), el nuevo Código en el artículo 1602 indicó que debe celebrarse por escritura pública sin indicar la sanción, como lo hizo Vélez Sarsfield, que era la de nulidad.

15) El contrato de cesión de derechos previsto por el artículo 1614 del Código Civil y Comercial tiene que hacerse por escrito (artículo 1618), sin perjuicio de los casos donde se admita la transmisión por endoso o entrega manual la cual también es por escrito agregando en los incisos a), b) y c) las

cesiones que deben realizarse por escritura pública siguiendo lo dispuesto para los dos primeros al artículo 1184 del Código Civil, siendo natural que se exija ese instrumento público cuando la cesión recae sobre algún derecho o sobre un acto jurídico que se instrumentó por esa vía.

16) El contrato de transacción dispuesto ahora por el artículo 1641 del Código Civil y Comercial, adhiriéndose a este criterio el doctor G. A. Borda⁽⁶⁾, prevé que debe hacerse por escrito (artículo 1693), sin indicar que sea público o privado.

Entendemos que la forma se determinará teniendo presente la naturaleza del objeto sobre el cual se transe, la cual podrá ser judicial o extrajudicial.

17) El contrato de arbitraje (artículo 1649 del Código Civil y Comercial) debe ser hecho por escrito (artículo 1650); de allí que el instrumento que lo contenga en principio privado, también podrá hacérselo por escritura pública, la cual no se inscribirá en ningún registro.

Advertimos que ya el artículo 736 del Código Procesal Civil y Comercial dispone que la sujeción a un proceso arbitral puede ser convenida en un contrato sin indicar la forma regulándose ahora en el Código.

18) El contrato de fideicomiso (artículos 1666/1700 del Código Civil y Comercial) debe inscribirse en el Registro Público que corresponde y su celebración debe hacerse por instrumento público o privado "...excepto cuando refiere a bienes cuya transmisión debe ser celebrada por instrumento público..." (artículo 1669), y si no se cumple con esa forma el contrato vale como promesa para otorgarlo.

Atendiendo al objeto que lleve el contrato, las partes serán, además, quienes opten por uno o por otro, pues buscarán la forma más apta para lograr su prueba.

Podrá obtenerse el dominio fiduciario (artículo 1701 del Código Civil y Comercial), tanto por contrato o por testamento, hasta que concluya el plazo de extinción del fideicomiso.

19) Se legisló sobre las "garantías unilaterales" (artículo 1810), que se constituyen mediante una declaración unilateral de voluntad reguladas por las disposiciones del capítulo 5, del Libro Tercero del Código (artículos 1800/1806), las cuales causan una obligación exigible en los casos contemplados por la ley o por los usos y costumbres, aplicándose subsidiariamente

(6) BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 5ª ed. actual y ampl., Perrot, Buenos Aires, t. I, nro. 926, p. 662.

las normas de los contratos, reconociéndolas también como seguros de caución.

Pueden realizarse estas obligaciones por instrumento público o privado (artículo 1812); pero resulta muy significativo lo dispuesto por el artículo 319 del Código Civil y Comercial en cuanto a que "el valor probatorio de los instrumentos particulares debe ser apreciado por el Juez...", de modo tal que preferimos que se concluyan por instrumento público, evitando así el criterio judicial.

20) En cuanto a los catorce derechos reales regulados (artículos 1882/2237 por el Código Civil y Comercial), no podemos indicar una sola forma de instrumentación, pues dependerá del que se trate que requerirá que se exija instrumento público o privado, y otros podrán adquirirse por prescripción (artículos 1897, 1565 y concordantes del Código Civil y Comercial).

Así la propiedad horizontal no tiene otra forma que no sea la escritura pública (artículo 2038), e inscribirse en el Registro de la Propiedad en la matrícula correspondiente; los conjuntos inmobiliarios (artículo 2075); los tiempos compartidos (artículo 2092); los cementerios privados (artículo 2104), el de superficie (artículo 2114), el usufructo (artículo 2134); la hipoteca (artículo 2205), la anticrisis (artículo 2212), ellos también deberán realizarse también por escritura pública.

En cuanto a los derechos reales de garantía sólo pueden ser constituidos por contrato escrito, es decir, por instrumento privado o público (artículos 2184/2185), debiendo decir que en nuestro juicio deberían hacerse por escritura pública que se inscribirá en el Registro de la Propiedad, sobre anotaciones personales y se cancelarán conforme a las disposiciones del artículo 2204.

En cambio, la prenda prevista por el artículo 2219 puede constituirse también por instrumento privado.

Si recayese sobre un bien mueble registrable (ej. automotor), ella se registrará por la legislación especial según manda el artículo 2220, es decir, por el decreto-ley 15.348/1946, ratificado por la ley 12.962 (prenda con registro). Estos contratos se extienden en formularios determinados, no pudiéndose confeccionar de otra manera, pues se trata de un contrato formal.

También está regulada la prenda sobre créditos (artículo 2232), cuya formalidad puede ser un instrumento privado.

21) Resulta significativa la remisión del artículo 2476 del Código Civil y Comercial respecto de la escritura de la firma en los testamentos, im-

niéndose como condición que el testador debe hacerla como: "...acostumbre firmar los instrumentos públicos o privados...", dando de este modo a ellos un valor trascendente.

Vélez Sarsfield en la nota al artículo 3639 del Código Civil, similar al artículo 2477 del Código Civil y Comercial, da otro concepto de la firma indicando que "es el nombre escrito de una manera particular, según el modo habitual seguido por la persona en diversos actos sometidos a esa formalidad".

Por tanto, la nueva ley ha destacado los instrumentos públicos y privados, que servirán de prueba indubitable cuando se impugne la firma del testador y ella se hallare inserta en aquéllos.

No obstante la indicación señalada, no podemos dejar de lado lo dispuesto por el artículo 314 del Código Civil y Comercial que dispone: "...la autenticidad de la firma puede probarse por cualquier medio..." si bien esta directiva está destinada a los instrumentos privados, no encontramos argumentos que prohíban ese régimen para los testamentos, máxime que ella será determinada por las pruebas pericial caligráfica que se realice.

III. Instrumentos privados en el Código Civil y Comercial

Entramos en los instrumentos privados para destacar las innovaciones legisladas en el nuevo Código y comparárselas con el Código Civil que nos rigió.

Se ha destacado en cuanto a su forma que ellos requerirían la firma y el doble ejemplar (artículos 1012, 1021 y 1024 del Código Civil), y "son aquellos que las partes otorgan sin intervención de oficial público"⁽⁷⁾.

El nuevo Código trata estos instrumentos en el Libro I, Parte general, sección 6ª, en los artículos 313 a 319.

En el 313 refiriéndose a la firma prevé que "si alguno de los firmantes (mejor hubiera sido decir 'alguna de las partes o los otorgantes'), de un instrumento privado no sabe o no puede firmar, puede dejarse constancia de la impresión digital o mediante la presencia de dos testigos que deben suscribir también el instrumento".

Señalamos que no es que "puede dejarse constancia" sino que "debe" y no es "o" la alternativa que debió indicarse sino "y"...

Como se advierte la firma de los otorgantes del acto no es un requisito esencial, variando así la exigencia que traía el artículo 1012 del Código Civil seguida por el artículo 289 del Proyecto del Código Civil de 1998.

(7) BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil. Parte general*, cit., t. II.

No podemos compartir este criterio que ahora legisla el artículo 313, por cuanto el instrumento privado, para ser tal, debe estar firmado por las partes, pues se trata de una exigencia propia de ellos.

Empero, no debemos confundirnos con la prueba que las partes puedan ofrecer para demostrar su existencia.

Muchas veces ocurre que los contratantes no suscriben contratos y sin embargo ellos se cumplen y son plenamente válidos. No hay instrumento, pero se permite acreditar su existencia por cualquier medio de prueba (artículo 1019 del Código Civil y Comercial), es decir, por otros elementos que los prueben.

La impresión digital, en principio, no es, a nuestro juicio, un medio certero que pruebe la voluntad de quien la insertó.

La firma manifiesta, ni más ni menos, la voluntad de obligarse.

Por tanto, no puede dejársela de lado, pues naturalmente integra los instrumentos privados, los cuales ahora pueden ser tenidos como tales de conformidad con lo dispuesto por el artículo 313.

Corresponderá que se valore muy bien, si el caso así se presenta, el conocimiento que tengan los testigos de quien no sabe o se encontró impedido de firmar, valorándose la prueba que se produzca con estricto rigor de análisis.

Advertimos a la luz del nuevo Código el valor importante que ahora representa la impresión digital, que ciertamente no podrá valorársela como a la firma, que es el elemento esencial que prueba la existencia del instrumento privado.

Esta directiva del artículo citado también se sigue respecto de los "instrumentos particulares", los cuales pueden o no estar firmados (artículo 287 del Código Civil y Comercial).

Es algo novedoso esta disposición, máxime que siempre se consideró que un instrumento sin firma no era nada, o sin ser tan rigurosos podría ser un principio de prueba por escrito.

Pero la prescripción de ese artículo aún es más extensiva, pues los califica como *instrumentos particulares no firmados* y señala como comprensivos en forma ejemplificativa, todo escrito no firmado, los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y cualquiera que sea el medio empleado, los registros de palabra y de información (debería habérselos tratado como "elementos" pero jamás como instrumentos).

Nuestra tradición jurisprudencial y doctrinaria seguida por las costumbres de la sociedad a quienes están dirigidas estas normas, fue tenerlos por elementos que carecen de existencia propia, si es que así puede denominárselos.

Por ello podemos afirmar que tanto el artículo 287 como el 313 del Código Civil y Comercial no responden a nuestras costumbres y por tanto creemos que los casos que se presenten ante nuestros tribunales serán limitados, pues si se trata de un instrumento importante, las partes seguramente buscarán seguridad y ella se exhibe a través de las firmas de las partes y no de otro modo.

El artículo 314 del Código Civil y Comercial siguió los lineamientos de los artículos 1028, 1031 y 1032 del Código Civil, y 290 y 292 del Proyecto de Unificación de 1998.

Es valor entendido que debe ser reconocida la firma por parte de quien se le atribuye y que se encuentre inserta en un instrumento, importando también el conocimiento de todo lo que contiene, en principio.

Podrá reconocerse la firma, pero impugnarse el texto del instrumento, máxime teniendo presente la diversidad de medios técnicos que ahora se conocen que podrían permitir adulterar el instrumento y mantener la firma.

Se destaca que la firma de estos instrumentos puede probar su autenticidad por cualquier medio y si mediare imposición judicial para que el firmante se manifieste y guardare silencio se lo deberá considerar como un reconocimiento y prueba completa.

Pero el último párrafo de este artículo revela, en nuestro criterio, una contradicción trascendente con lo dispuesto en el anterior al indicar que "El documento signado con la impresión digital vale como principio de prueba por escrito y puede ser impugnado en su contenido".

Se deberá impugnar la impresión digital y a los testigos que suscribieron el documento y como consecuencia de ello caerá el contenido del instrumento.

Adviértase que se cambió también el valor de la impresión digital, demostrándose entonces su escasa trascendencia.

Un instrumento privado reconocido o declarada auténtica su firma en una sentencia o que cuente con firmas certificadas por escribano, valdrá como tal, alterándose los conceptos de Vélez Sarsfield plasmados en los

artículos 1028, 1031 y 1032 del Código Civil, y ahora en el artículo 314 del Código Civil y Comercial incluyó otros conceptos.

También el nuevo artículo 315 en su primera parte sigue lo dispuesto por el artículo 1017 del Código Civil agregando como condición que no se podrá valer de testigos si no existe principio de prueba por escrito (redacción esta última que introdujo el artículo 291 del Proyecto de 1998), lo cual significa en nuestro criterio que deberá ser amplia la prueba que se produzca para demostrar que el instrumento que se redactó, después de haberlo firmado el obligado, no respondió a las instrucciones que dio para lo cual debió haber otorgado previamente un mandato que no fue cumplido.

No advertimos otras diferencias con lo dispuesto por los artículos 1016 y 1019 del Código Civil.

Se destaca en el artículo 316 del Código Civil y Comercial que las raspaduras, enmiendas o entrelneas que afecten las partes esenciales del acto deben salvarse por las partes y si no lo hicieren, el juez deberá decirlo.

Es principio recibido en la práctica salvar esos defectos (por ejemplo, "E/L: - Vale") en los instrumentos donde se presentaban. También el Código Civil en la parte final del artículo 989 así lo disponía.

Respecto de la fecha cierta que trata el artículo 317, debemos decir que el artículo 1035 del Código Civil describió con relación a los sucesores de las partes o terceros situaciones simplemente enunciativas; empero la nueva norma es más abarcativa otorgándole al juez rigurosidad para valorar las pruebas que se produzcan, siguiendo al artículo 294 del Proyecto de 1998.

Se trata de saber con certeza cuándo se firmó un instrumento privado, pues desde ese entonces será oponible frente a terceros y podrá equiparárselo —según el caso— con los instrumentos públicos, los cuales no permiten que se altere la fecha de su firma.

Estos instrumentos, en principio, no cuentan con una fecha auténtica para los terceros; si, en cambio, para las partes que suscribieron el acto jurídico.

"Lo importante es el acaecimiento de algún hecho personal de los firmantes que induzca la absoluta certeza moral de la imposibilidad ulterior de la firma"⁽⁸⁾.

Es trascendente que los instrumentos privados tengan fecha cierta, tanto para terceros como por sus posibles consecuencias que se deriven.

(8) LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil...*, cit., t. II, nro. 1620.

La correspondencia, el intercambio de notas entre las partes que las suscriben a través de los distintos medios pueden considerarse instrumentos privados, pero sólo podrán ser admitidas como prueba por el destinatario, salvo que su contenido sea confidencial, excepto que cuente con la conformidad del remitente y los terceros, de ningún modo pueden valerse de este medio, así es reconocido por el artículo 318 del Código Civil y Comercial que amplió su normativa comparándolo con el artículo 1036 del Código Civil al incluir el consentimiento de las partes.

El punto a decidir será cuando la carta que se pretende utilizar como prueba tiene contenido confidencial, de modo que deberá ser el juez quien lo determine luego de proceder a su lectura en soledad.

Debemos destacar una sentencia del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil, que al tratar el tema resolvió:

“La afirmación de la coheredera sobre el carácter confidencial de una carta cuya propiedad le pertenece, resulta irrelevante. Es que la naturaleza ‘confidencial’ de la correspondencia debe surgir de su propio texto: por lo tanto, no derivará de la calificación que le den los interesados ni de una prueba exterior; por lo que la palabra ‘confidencial’ aun colocada en la parte superior o inferior del papel usado, no alteraría dicha circunstancia”.

Este fallo fue confirmado por la Excma. Cámara Civil, y también por la Corte Suprema, con disidencia de los doctores Fayt y Maqueda.

Ciertamente se trató de un fallo sumamente trascendente y sin antecedentes, máxime que se encontraron en juego, por un lado, la protección constitucional de la correspondencia y por el otro, el reconocimiento de la legítima que sin duda es de orden público.

La apertura de la carta permitió conocer que había un testamento ológrafo beneficiando a su destinataria, a quien la causante ya le había dejado por otro testamento por acto público el quinto disponible⁽⁹⁾.

A esta altura podemos preguntarnos si los instrumentos privados se prueban por sí mismos. Si la respuesta fuera afirmativa, deberíamos sostener que entre ellos y los públicos no habría, en principio, ninguna distinción.

El artículo 1028 del Código Civil dispondría que el reconocimiento judicial de la firma es suficiente para que el cuerpo del instrumento quede también reconocido.

También el artículo 1026 del Código Civil previó que el instrumento privado reconocido judicialmente por parte de quien se opone, o declarado

(9) ED 217-553, con nota al fallo de Andrea V. SCATTOLINI.

por sentencia reconocido, tiene el mismo valor que el instrumento público entre los que lo suscribieron y sus sucesores.

Empero, deberá diferenciarse el reconocimiento de la firma y el contenido ideológico o la sinceridad de las declaraciones y por tanto, no asume la calidad de instrumento público que hace plena fe⁽¹⁰⁾, y siguiendo a este autor ello significa que el reconocimiento de la firma no es obstáculo para sostener que su contenido es falso.

El artículo 319 del Código Civil y Comercial refiere al valor probatorio de los instrumentos particulares “que deben ser apreciados por el juez ponderando, entre otras pautas, la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen”.

Advertimos que ésta es la única norma dentro de la sección 6ª que alude a los instrumentos particulares definidos por el artículo 287, donde se indica que pueden estar firmados o no, como ya dijimos.

Si no lo están, comprenden, entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o de hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información.

No participamos del criterio dispuesto en la ley por ser absolutamente innecesario, pues todo lo que hace a la prueba no debiera tratarse en un código de fondo, pues su fin es acreditar y probar la existencia de un hecho o acto, materia del derecho procesal.

Entendemos que se ha realizado una casuística poco conveniente. Es sabido que el juez debe permitir durante el proceso la amplitud de pruebas para luego valorarlas con su “sana crítica” y el “principio de congruencia” (artículos 163, 386 y 463 y concordantes del Código Procesal), máxime que el tema se encuentra dentro del principio de prueba por escrito.

Si bien en este aspecto se siguió el artículo 264 del Proyecto de 1998 en forma más extensa al incorporar “todo escrito no firmado”, ello de ninguna manera puede sustituir la prueba que resulte de documentos por cierto firmados.

También el juez puede llegar a su convicción a través de las pruebas de presunciones admitidas en este Código (artículos 683, 727, 899, 1161, 1357, 1919, 2138, entre otros), y en el Código Procesal Civil y Comercial (artículo

(10) CIFUENTES, Santos, *Negocio jurídico*, cit., p. 287, nro. 148.

lo 378), las cuales para ser tenidas como tales deben ser graves, precisas y concordantes (artículo 163, inc. 5º, de ese cuerpo ritual).

En consecuencia, los llamados instrumentos privados que carezcan de firma podrán admitirse como prueba excepcionalmente, y requerirán, en primer lugar, que se los califique como tales, tarea que seguramente no será sencilla y en segundo orden se deberá recurrir a otros medios para llevar al juez a la íntima convicción para que produzca el efecto probatorio, debiendo respetar que no estén reñidos con nuestra moral, el orden público y la libertad de las partes o de terceros, o bien que no se encuentren expresamente prohibidos.

En definitiva, los instrumentos privados son aquellos documentos que firman las partes donde no interviene ningún oficial público, observando la forma escrita o instrumental, sin más sujeción de formas.

La firma es un elemento esencial que puede suplirse en determinadas circunstancias por la firma a ruego, la impresión digital o a través de medios cibernéticos que no ofrezcan dudas para conocer quien emitió la obligación.

El nuevo Código ha establecido en esta materia cambios importantes a los cuales hicimos referencia, incluyendo una nueva categorización como son los instrumentos particulares que hoy pueden presentar dudas respecto de su valor, sin advertir ningún avance sobre las normas reguladas en el Código Civil.

Los instrumentos privados constituyen una categoría sumamente valiosa que deben ajustarse estrictamente a la formalidad que les exige la ley —que no son muchas— no pudiendo permitirse, en principio, la ausencia de la firma de las partes.

Empero, otra cosa bien diferente a ellos son los elementos probatorios que carecen de formalidad dispositiva, pero sirven también para demostrar la existencia de un hecho o acto jurídico y de ese modo permitirán que los jueces puedan llegar a la convicción necesaria para fundar su sentencia.

IV. Conclusiones

En definitiva, el Código Civil y Comercial en materia de instrumentos públicos no introdujo cambios que alteraran su valor; al contrario hubo más bien una jerarquización.

Sí advertimos un tratamiento más amplio respecto de los instrumentos privados confundiéndolos con los particulares y con aquellos que nos per-

mitimos mencionar como elementos probatorios, invadiendo el régimen amplio de pruebas previstas por el derecho procesal y los códigos que rigen esta rama del derecho los cuales se hacen verosímiles, por vía de inducción, para determinados hechos que puedan surgir de ciertas características que ocurran y permitan acreditarse.

Por último, debemos señalar que el avance de la ciencia cibernética traerá una infinidad de medios de prueba que hoy no imaginamos, pero la ley deberá recibirlas. ♦

II. La masa partible y la masa de cálculo de la legítima

El art. 2376 del Código Civil y Comercial dispone que la masa partible comprende los bienes del causante que existen al tiempo de la partición o los que se han subrogado a ellos, y los acrecimientos de unos y otros. Se deducen las deudas y se agregan los valores que deben ser colacionados y los bienes sujetos a reducción.

A su vez, el art. 2384 establece que los gastos causados por la partición o liquidación y los hechos en beneficio común se imputan a la masa.

En el Código Civil, de acuerdo con el art. 3469, el partidor debía formar la masa de los bienes hereditarios, reuniendo las cosas existentes, los créditos, tanto de extraños como de los mismos herederos a favor de la sucesión, y lo que cada uno de éstos colacionaba a la herencia. El art. 3474 preveía que debían separarse bienes suficientes para afrontar el pago de las deudas y cargas de la sucesión.

Como se advierte, antes y ahora, la masa partible es diferente a la formada en la indivisión hereditaria porque también la integran las liberalidades que hubiera realizado el causante y que deban ser colacionadas entre los herederos y los bienes sujetos a reducción.

Además, el partidor deberá excluir los bienes gananciales que pudieran corresponderle al cónyuge supérstite y que le serán adjudicados como consecuencia de la disolución de la comunidad de ganancias⁽²⁾.

Deberán separarse bienes para solventar las deudas y cargas pendientes, así como los legados impagos (art. 2378, segunda parte), es decir, las llamadas bajas comunes.

Recordemos también que los honorarios de los profesionales pueden remunerar trabajos comunes y particulares, siendo los primeros los que impulsan el trámite del sucesorio y benefician a todos⁽³⁾.

La asignación de los lotes es la partición propiamente dicha, que implica la adjudicación de los lotes constituidos por los bienes que le han correspondido a cada heredero, tras ser aprobada judicialmente la cuenta

pasivo del sucesorio respecto de las acciones de los acreedores del causante", LL del 16 de mayo de 2016, AR/DOC/883/2016; FERRER, Francisco A. M. - GUTIÉRREZ DALLA FONTANA, Esteban M., "Fuero de atracción y acciones personales de los acreedores del causante", LL 2015-F-1020.

(2) MAFFÍA, Jorge O., *Tratado de las sucesiones*, Depalma, Buenos Aires, 1982, t. I, p. 118.

(3) Solución criticada por FORNIELES, Salvador, *Tratado de las sucesiones*, 4ª ed., Tea, Buenos Aires, 1958, t. I, ps. 318 y ss., pero admitida en jurisprudencia.

particionaria (art. 731 del Cód. Proc. Civ. y Com. y su concordancia en los demás Códigos provinciales)⁽⁴⁾.

Diversamente el art. 2445 establece que las porciones de legítima se calculan sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante más el de los bienes donados computables para cada legionario a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación.

Además de señalar el error de la norma en cuanto computa valores no homogéneos tomando épocas diferentes, se advierte fácilmente que el cómputo de la legítima se diferencia de la masa de la partición. La primera siempre está referida al momento de la muerte del causante, mientras la segunda a la de la partición; de allí reiteramos que las cargas se computan entre las bajas en la partición y no en el cómputo de legítima que sólo se descuentan las deudas.

Por consiguiente, el cálculo de la legítima se diferencia de la determinación de la masa partible en la sucesión. Obsérvese que se regula, tanto en el Código Civil como en la nueva legislación en distinto articulado la masa de cálculo de la legítima y el de la masa partible, por lo que carecería de sentido la regulación independiente en diversas normas de lo que hubiese resultado ser el mismo y único procedimiento⁽⁵⁾.

Precisamente adquiere importancia para diferenciar ambas masas las donaciones efectuadas al legionario colacionables, aun cuando no sean inoficiosas y las donaciones efectuadas a terceros, las que resultarían computables en la masa partible sólo si son inoficiosas.

III. Donaciones colacionables

1. Principios generales

Con carácter preliminar cabe hacer algunas reflexiones sobre las donaciones y sus efectos después de la muerte del donante. Principalmente nuestra ley diferencia dos acciones reconocidas a los legitarios relativas a las donaciones: la acción de colación y la reducción.

La colación no tutela la legítima aunque los legitimados activa y pasivamente sean los herederos forzosos, sino que se dirige a restablecer la igualdad de los mismos. De tal manera cualquiera que sea el valor colacio-

(4) MEDINA, Graciela - RIVERA, Julio César (dirs.), *Código Civil y Comercial comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2014, comentario al art. 2377.

(5) UGARTE, Luis A., "Cálculo de la legítima. Incidencia de un fallo plenario", LL 2007-B-1082.

nable, aun cuando no violente la legítima, debe ser computado en la masa hereditaria e imputado como recibido por el heredero beneficiario. De allí que a pesar de no contar actualmente con el art. 3476 del Código Civil, debe considerarse que toda donación entre vivos hecha a heredero forzoso que concurre a la sucesión legítima del donante, sólo importa una anticipación de su porción hereditaria, salvo —agregamos— que el causante lo hubiera dispensado de colacionar⁽⁶⁾.

Por ello, se ha sostenido que las operaciones destinadas a imputar el valor colacionable no tienen nada que ver con el cálculo de la porción disponible: ésta sólo interesa cuando el causante ha dispuesto en vida de bienes a título gratuito, cuando efectúa legados o mejora a uno de varios herederos legitimarios⁽⁷⁾.

La reducción, en cambio, protege la legítima frente a las disposiciones testamentarias y las donaciones inoficiosas efectuadas por el causante, otorgando a los legitimarios la posibilidad de reducir primero los legados, dejándolos sin efecto y después las donaciones. En el Código Civil y Comercial también cabe incluir a las donaciones hechas a un descendiente o al cónyuge cuyo valor exceda la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, haya o no dispensa de colación.

Ambas acciones entonces pueden dirigirse contra las donaciones, pero para que funcione la colación no es necesario que la donación supere la porción disponible afectando la legítima, como requiere la reducción⁽⁸⁾.

De todas maneras, como lo destacara Borda, tanto la colación como la reducción defienden la integridad de las porciones hereditarias⁽⁹⁾.

(6) HERNÁNDEZ, Lidia B., "Relación entre la colación y la reducción y el artículo 3604 del Código Civil", en LL Litoral, abril 1997, p. 23.

(7) LACRUZ, José Luis - ALBALADEJO, Manuel, *Derecho de sucesiones. Parte general*, Bosch, Barcelona, 1961. p. 567, nro. 424.

(8) Véanse otras diferencias entre ambas acciones cuyo contenido excede este trabajo en UGARTE, Luis A., "Acción de colación: afinidades y diferencias con la reducción. Requisitos, sujetos, funcionamiento y prescripción", LL 1987-E-620; BELLUSCIO, Augusto C., "El valor de las donaciones a los efectos de la colación y del cálculo de la legítima", LL 135-1241; GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo, "La colación y la determinación del valor a colacionar", LL 1993-D-876; HERNÁNDEZ, Lidia B. - UGARTE, Luis A., *Sucesión del cónyuge*, Universidad, Buenos Aires, 1996, ps. 218 y ss.; ORLANDI, Olga, E., "Las acciones de reducción y colación: similitudes, diferencias y discrepancias", JA 2001-IV-33; PÉREZ LASALA, José L. - MEDINA, Graciela, *Acciones judiciales en el derecho sucesorio*, Depalma, Buenos Aires, 1992, ps. 123 y ss.; LLOVERAS, Nora - ORLANDI, Olga, E., "¿Colación o reducción entre coherederos?", JA 2002-III-8, p. 9; "Conclusiones de la Comisión 6 en las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en el año 2001", en *Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 208.

(9) BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil. Sucesiones*, 5ª ed. actual., Astrea, Buenos Aires, 2008, t. I, p. 486.

En la colación los sujetos pasivos son los herederos forzosos. Cuando se trata de donaciones a los legitimarios el Código Civil y Comercial exige la reunión a la masa hereditaria de los valores dados en vida por el difunto, conforme lo prevé el art. 2385, adoptando el sistema de la colación ficticia, al igual que el art. 3477 del Código Civil. El codificador en la nota a la disposición citada expresamente explicaba los fundamentos por lo que se apartó del sistema francés.

De tal manera los bienes donados no estarán sometidos a esa suerte de dominio imperfecto que lo hace revocable —como dice Zannoni— confiando certeza a los derechos adquiridos por el donatario⁽¹⁰⁾.

Asimismo, el causante puede efectuar donaciones a sus legitimarios dispensando de colacionar en los límites de su porción disponible, ya sea mediante testamento o en el acto de la donación.

De manera excepcional, el art. 2461 del actual Código presume que el causante ha querido mejorar a su heredero cuando ha entregado por contrato algunos bienes al legitimario reservándose el usufructo, uso o habitación o con prestación de renta vitalicia, enajenaciones que también presume encubren una liberalidad, sin admitir prueba en contrario.

En los dos últimos casos, el valor de la donación se imputará a la porción disponible, pues se ha dispensado de manera expresa o por presunción legal al legitimario y el exceso se imputará a la porción legítima del heredero.

Cuando la donación colacionable tiene un valor inferior o igual a la participación del donatario, en la herencia no existe inconveniente, ya que éste debe tomar de menos, colación que la doctrina francesa caracteriza como *en moins prenant* o no tomar nada si la donación cubre su cuota.

Debe destacarse que actualmente sólo se colacionan las donaciones que no sean inoficiosas, pues éstas son reducibles.

La nueva legislación ha eliminado los arts. 3479 y 1789 y ahora especialmente el art. 2391 establece que el descendiente y el cónyuge supérstite también deben colacionar los beneficios recibidos a consecuencia de convenciones hechas con el difunto que tuvieron por objeto procurarles una ventaja particular. Por ejemplo, el fideicomiso o cualquier acto que implique un beneficio patrimonial, aun sin que haya transferencia de propiedad, como, por ejemplo, renuncia a una hipoteca o fian-

(10) ZANNONI, Eduardo, *Derecho de las sucesiones*, 4ª ed. actual., Astrea, Buenos Aires, t. 1, p. 744, nro. 748; véase también MÉNDEZ COSTA, María Josefa, "Derechos de los herederos forzosos", JA 28-1975-47, nro. 10.

za de una deuda, la omisión voluntaria que tenga en mira beneficiar, como perder una servidumbre por el no uso, dejar de interrumpir una prescripción⁽¹¹⁾.

Ya durante la vigencia del Código Civil la jurisprudencia mostró una interpretación amplia en un caso donde dos herederas legitimarias iniciaron una demanda de colación contra los coherederos que recibieron bienes inmuebles del causante como consecuencia de la constitución de un fideicomiso a su favor en el exterior. El juez de primera instancia rechazó la demanda por considerar que no se estaría frente a una donación típica. La Cámara decidió que a los fines de salvaguardar el principio de igualdad entre los herederos forzosos los coherederos demandados deben colacionar en la sucesión del causante el valor de los inmuebles que fueron transferidos a su favor como consecuencia de un fideicomiso gratuito. El vocal preopinante Eduardo Zannoni dijo que el fideicomiso constituido con fines de liberalidad a título gratuito, designando beneficiarios a algunos herederos forzosos, debe ser asimilado a las donaciones colacionables⁽¹²⁾.

El art. 2396 del Código Civil y Comercial especialmente dispone que la colación se efectúa sumando el valor de la donación al de la masa hereditaria después de pagadas las deudas y atribuyendo ese valor en el lote del donatario.

2. Donación de gananciales

Uno de los problemas que presenta la donación de bienes gananciales al legítimo y que fue materia de discusión doctrinaria está dado por la medida de la colación; es decir, si se colaciona la totalidad de la donación en la sucesión del donante o solamente la mitad y el resto en la sucesión del cónyuge del donante.

(11) AZPIRI, Jorge O., *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho sucesorio*, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 195.

(12) CNCiv., sala F, 3/11/2005, "Vogelius, Angelina T y otros v. Vogelius, Federico y otro", LL del 30/3/2006, 2006-A-374, con nota de Jorge AZPIRI, y JA 2006-III-726, con nota de DI LELLA, Pedro, "Fideicomiso y derecho sucesorio". Azpiri, comentando el fallo, sostuvo que la primera conclusión que cabe extraer es que la constitución de un fideicomiso en el que los bienes, a su fin, se transfieren a unos herederos forzosos, en perjuicio de otros, constituye un acto a título gratuito que permite promover las acciones de colación y reducción. La segunda conclusión es que —frente a esa situación— la acción de colación será procedente cuando el traspaso de la propiedad a favor de los herederos forzosos como consecuencia de un fideicomiso ha tenido lugar en vida del causante por haberse quebrado la desigualdad entre los herederos forzosos. Cuando la transferencia de la propiedad por el fin del fideicomiso tenga lugar como consecuencia de la muerte del causante, la acción de reducción será procedente en la medida en que los bienes recibidos por los fideicomisarios, ya sean herederos forzosos o terceros, superen la porción disponible.

Esta última solución de colacionar sólo la mitad de los gananciales, sostenida por Rébora, fue suficientemente refutada por Fornieles y no prosperó teniendo presente el régimen de bienes gananciales con administración separada, en el cual cada cónyuge administra los bienes que adquiere⁽¹³⁾.

Durante el régimen no hay cotitularidad —salvo, claro está, en cuanto haya partes indivisas gananciales—, el cónyuge que adquiere es el único titular. También debe aclararse que la donación en los casos previstos por la ley deberá contar con el asentimiento conyugal.

También con la reforma de la ley 17.711, distinta fue la solución de Fassi y Bossert para quienes, siendo la exteriorización del consentimiento otorgado por el cónyuge no administrador la exteriorización de un derecho de copropiedad, sostuvieron que en el caso de una donación realizada con consentimiento (asentimiento para nosotros) a la muerte de uno de los esposos el donatario colacione solamente la mitad debiendo colacionar la otra mitad a la muerte del otro⁽¹⁴⁾.

Decíamos con Ugarte que la colación de bienes gananciales debe hacerse por la totalidad en la sucesión del donante. Esta colación está referida solamente al ámbito sucesorio, resultando ajena a las secuelas de la liquidación de la comunidad conyugal y a las discrepancias en cuanto a la recompensa en caso de donación de gananciales⁽¹⁵⁾. Si se tratara de un bien de titularidad conjunta y la donación la hubieran hecho ambos cónyuges la colación deberá hacerse proporcionalmente en cada una de las sucesiones. Por último, en la computación debe tenerse presente la calidad del bien ganancial, pues deberá ser imputado a la masa de gananciales cuando el acervo se integrara también con bienes propios⁽¹⁶⁾.

El Código Civil y Comercial sólo trata el tema en la partición de donación de gananciales, en el art. 2411, segundo párrafo, por lo que remitimos al apartado que tratamos más adelante. Adelanto que la interpretación de la doctrina durante la vigencia del Código Civil reformado por la ley 17.711 servirá de guía también con los artículos vigentes.

(13) RÉBORA, Juan C., *Derecho de las sucesiones*, Buenos Aires, 1952, t. II, nro.395, p. 96; FORNIELES, Salvador, *Tratado de las sucesiones*, cit., t. I, ps. 393 y ss.

(14) FASSI, Santiago - BOSSERT, Gustavo, *Sociedad conyugal*, Astrea, Buenos Aires, 1978, t. 2, p. 19, nro.19.

(15) MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Régimen sucesorio de los bienes gananciales*, Ediar, Buenos Aires, 1977, ps. 167 y ss.

(16) HERNÁNDEZ, Lidia B. - UGARTE, Luis A., *Sucesión del cónyuge*, cit., ps. 246 y ss.; MAFFÍA, Jorge O., *Tratado de las sucesiones*, 2ª ed. actual. por HERNÁNDEZ, Lidia B. y UGARTE, Luis A., AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010, t. I, p. 603, nro. 661.

3. Legitimación. Las nuevas normas

Con respecto a las personas obligadas a colacionar recordemos que el art. 2385 se refiere a las descendientes y el cónyuge del causante, excluyendo a los ascendientes.

En este aspecto, pueden distinguirse tres sistemas. El que obliga a colacionar sólo a los descendientes, propio del derecho romano; el que impone la colación a todos los herederos forzosos, sistema propio del Código Civil a partir de la ley de fe de erratas y el del proyecto español de 1851 y por último, el propio del derecho francés que incluye como sujetos pasivos de la colación a todos los herederos legítimos.

a) Ascendientes

En el Código Civil el art. 3478 prescribía que la colación es debida por el coheredero a su coheredero, no es debida ni a los legatarios, ni a los acreedores de la sucesión y el art. 3476, conforme a la ley de fe erratas, los limitaba a los herederos forzosos.

De todas formas ya con el Código se advertía que la ley no alcanzó la congruencia apetecida, ya que si el fundamento confesado por el codificador partía de entender que la donación realizada por el causante a un heredero debe presumírsela como un adelanto de la herencia, no se advertía la compatibilidad de ese principio con la obligación de colacionar impuesta a los ascendientes⁽¹⁷⁾.

Esta última advertencia tuvo recepción en el Código Civil y Comercial siguiendo el art. 2339 del Proyecto de 1998, por lo que con la nueva legislación si bien el ascendiente es legitimario no es sujeto pasivo de la acción de colación. En otras palabras, no está obligado a colacionar las donaciones recibidas del causante.

Así, el art. 2385 con el título "Personas obligadas a colacionar" sólo menciona a los descendientes y al cónyuge supérstite que concurren a la sucesión intestada los que deben colacionar a la masa hereditaria el valor de los bienes que les fueron donados por el causante, excepto dispensa o cláusula de mejora expresa en el acto de la donación o en testamento.

Si bien parece subsanada la crítica que en su momento se hizo al régimen anterior, lo cierto es que nuevamente se han señalado inconvenientes producidos por la nueva norma. Siguiendo la tradición romanista se presume la voluntad presunta del causante, y por ende, la donación a un ascendiente

(17) MAFFÍA, Jorge O., *Tratado de las sucesiones*, cit., t. II, 1ª ed., p. 170, nro. 607.

no es considerada un adelanto de herencia, lo cierto es que si se reconoce a los ascendientes como legitimarios se lesiona otro principio como es la igualdad entre ellos.

En este aspecto, resulta ilustrativo el ejemplo dado por Zannoni, imagínese, dice, que al causante le heredan sus padres y el cónyuge, y hubiera hecho donaciones a alguno de sus ascendientes —o a ambos— y también al cónyuge supérstite. Pues bien, en el ejemplo dado la desigualdad resulta evidente, pues mientras el cónyuge debería colacionar su valor, los ascendientes no estarán correlativamente obligados a hacerlo. En este supuesto también cabe destacar la diferencia entre el cálculo de la legítima y la masa partible, pues a los fines de la colación corresponderá tomar el valor líquido de los bienes de la herencia y sumar sólo el de los bienes donados al cónyuge supérstite; pero para establecer la porción disponible a los fines de una eventual reducción sí corresponderá agregar el valor de las donaciones a los ascendientes que determinara si se trata de una donación inoficiosa⁽¹⁸⁾.

De todas maneras debe hacerse una aclaración que divide a la doctrina. La desigualdad señalada por Zannoni implica que este autor considera que los ascendientes no son sujetos pasivos de la colación, pero sí se encuentran legitimados como herederos forzosos a exigir la colación, aplicando el art. 2395 que no los excluye, pues en general habilita para pedir la colación a quien era coheredero presuntivo a la fecha de la donación.

Empero, Azpiri entiende que los ascendientes no tienen la acción de colación a pesar de ser legitimarios. Si bien no aclara esa afirmación, entendemos que se salvaría la desigualdad de los herederos si a quien no se le pueda reclamar la colación no pueda a su vez reclamarla a los otros legitimarios⁽¹⁹⁾.

b) Cónyuge

Dispone el art. 2395 que la colación sólo puede ser pedida por quien era coheredero presuntivo a la fecha de la donación. El cónyuge supérstite no puede pedir la colación de las donaciones hechas por el causante antes de contraer matrimonio.

Durante la vigencia del Código Civil, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil ya había sentado doctrina en el sentido de que "El cónyuge

(18) ZANNONI, Eduardo, "Algunos aspectos sobre la igualdad entre herederos forzosos y la protección de la legítima hereditaria en el Proyecto de Código Civil (Acciones de colación y de reducción)", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2012-3-655.

(19) AZPIRI, Jorge O., *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho sucesorio*, cit., p. 200.

supérstite no se encuentra legitimado para demandar la colación de donaciones realizadas antes de contraer matrimonio con el causante”⁽²⁰⁾.

Esta doctrina tiene ahora consagración legal en el art. 2395 del Código Civil y Comercial que especialmente prevé que el cónyuge superstite no puede pedir la colación de las donaciones hechas por el causante antes de contraer matrimonio.

Recuerdo que pueden hacerse donaciones entre cónyuges bajo el régimen de separación de bienes, y si el causante hubiera muerto vigente el régimen de comunidad de ganancias, antes, y no ha cambiado en la actualidad a pesar de la prohibición del art. 1002, inc. d), puede admitirse la donación efectuada en la convención matrimonial que está condicionada a la celebración del matrimonio.

c) Acreedores

Si bien, a diferencia del art. 3478 del Código Civil, el Código actual nada dispone expresamente, debe interpretarse que los acreedores de los herederos tendrán la acción de colación contra las donaciones en virtud de la acción subrogatoria prevista en los arts. 739 y ss. del Código Civil y Comercial.

Los acreedores del causante en principio no tienen la acción de colación, a pesar de que el nuevo Código no trae la disposición del art. 3478. En el Código Civil, el art. 3483 los legitimaba “cuando el heredero a quien la colación es debida ha aceptado la sucesión pura y simplemente”, pues al producirse la confusión de patrimonios las deudas del causante se integran al patrimonio del heredero.

En el Código derogado el interés de los acreedores desaparecía frente a la aceptación beneficiaria que se presumía con la ley 17.711. En el Código Civil y Comercial la responsabilidad del heredero es en principio limitada a los bienes que recibe. Así surge del art. 2280 que establece que los herederos responden por las deudas del causante con los bienes que reciben o con su valor en caso de haber sido enajenados. A su vez, el artículo 2317 establece que “el heredero queda obligado por las deudas y legados de la sucesión sólo hasta la concurrencia del valor de los bienes hereditarios recibidos. En caso de pluralidad de herederos, éstos responden con la masa hereditaria indivisa”.

No obstante, como una excepción al principio general referido, el art. 2295 dispone que el heredero que oculta o sustrae bienes de la he-

(20) CNCiv., en pleno, 22/8/2002, “Spota, E. M. v. Spota, G. M. y otro”, JA 2002-IV-739.

rencia es considerado aceptante con responsabilidad ilimitada, pierde el derecho a renunciar y no tiene parte alguna en aquello que ha sido objeto de su ocultamiento o sustracción. En el supuesto de que no pueda restituir la cosa debe su valor, estimado al momento de la restitución. Por otra parte, conforme al artículo 2321, el heredero responde con sus bienes propios por el pago de las deudas del causante y cargas de la herencia, cuando no hace el inventario en el plazo de tres meses desde que los acreedores o legatarios lo intiman judicialmente a su realización, oculta fraudulentamente los bienes de la sucesión omitiendo su inclusión en el inventario, exagera dolosamente el pasivo sucesorio, enajena bienes de la sucesión, excepto —en este último caso— que el acto sea conveniente y el precio obtenido ingrese a la masa.

Como se advierte, la omisión del inventario cuando se ha sido intimado judicialmente en el plazo de tres meses y la realización de actos de ocultamiento o actos de venta de bienes de la herencia o actos fraudulentos, son causas de pérdida de la responsabilidad limitada, considerándose al heredero como aceptante con responsabilidad ilimitada⁽²¹⁾.

En tales casos siendo la responsabilidad ilimitada, se darían las circunstancias que describimos durante la vigencia del Código Civil.

d) Legatarios

El Código Civil y Comercial en materia de colación no se refiere a los legatarios. Debe aclararse que para determinar si el legado es inoficioso, es decir, si excede la porción disponible, deben computarse las donaciones para su cálculo. Sólo si los bienes no alcanzasen a cubrir el legado y el heredero tenga responsabilidad ilimitada en los casos que hemos mencionado, el legatario como acreedor podrá demandar la colación en caso de inactividad del heredero ejerciendo la acción subrogatoria⁽²²⁾.

e) Heredero de cuota

No siendo legitimario el heredero de cuota no tendrá la acción de colación. De todas maneras, en principio y fuera de las excepciones legales que le dan derecho de acrecer, puede asimilárselo al anterior legatario de cuota, por lo que es de suponer que el testador se refiere a una cuota de los valores de sus bienes a su muerte, quedando fuera las donaciones⁽²³⁾. Ello

(21) HERNÁNDEZ, Lidia B. - ARIANNA, Carlos - UGARTE, Luis A. - OCAMPO, Guillermo, “La limitación de la responsabilidad del heredero”, LL del 8 de abril 2013.

(22) MAFFÍA, Jorge O., *Tratado de las sucesiones*, cit., t. I, p. 176; ZANNONI, Eduardo, *Derecho de las sucesiones*, cit., t. I, p. 771.

(23) FORNIELES, Salvador, *Tratado de las sucesiones*, cit., t. I, p. 380, nro. 310.

sin perjuicio de que, como decían Aubry y Rau, se trata de una cuestión de hecho, pues la respuesta debe encontrarse en las manifestaciones del testador. Aunque agregamos que si nada dice se entenderá que la alícuota debe calcularse sobre los bienes que se encuentran en su patrimonio al momento de la apertura de la sucesión.

4. Forma de hacer la colación

El Código Civil y Comercial mantiene en el art. 2385 la colación ficticia o en valores siguiendo el sistema de Vélez, quien justificó las ventajas de apartarse de la colación en especie seguida por el Código francés en la nota al art. 3477.

Decía el codificador: "Designamos los valores dados por el difunto y no las cosas mismas, como lo dispone el Código francés. La donación fue un contrato que transfirió la propiedad de las cosas al donatario, y éste ha podido disponer de ellas como dueño. Ese dominio no se revoca por la muerte del donante, y los frutos de las cosas donadas deben pertenecer al donatario aun después de abierta la sucesión. Lo mismo decimos cuando se ha dado dinero: el donatario no debe intereses a la sucesión desde que ella se abre, porque ese dinero es suyo, y sólo está obligado a tomarlo en cuenta de la herencia que le corresponde".

Actualmente, siguiendo la solución aceptada por Vélez, el art. 2396 dispone que la colación se efectúa sumando el valor de la donación a la masa hereditaria después de pagadas las deudas y atribuyendo ese valor en el lote del donatario.

Tratándose de los legitimarios como sujetos de la colación, ésta se da principalmente en la sucesión intestada. Así lo disponía el art. 3476 del Código Civil al referirse a la sucesión legítima del causante. También el art. 3713 del Código de Vélez expresamente decía que sobre los herederos instituidos no pesa la obligación de colacionar.

No obstante se entendía que en la sucesión testamentaria podía darse la obligación de colacionar en dos supuestos: a) Cuando era impuesta expresamente por el testador a todos o algunos de los instituidos de las donaciones que les hubiera hecho, por lo que la negativa a colacionar operará como una condición resolutoria del llamamiento. b) Cuando el testador reprodujera en su testamento la sucesión de sus legitimarios, aplicándose en tal caso los principios generales.

El Código Civil y Comercial expresamente en el art. 2385 admite la colación en las sucesiones testamentarias. Dice: También hay obligación de colacionar en las sucesiones testamentarias si el testador llama a recibir las

mismas porciones que corresponderían al cónyuge o a los descendientes en la sucesión intestada.

Sigue en este aspecto a la mayoría de la doctrina que así lo consideraba durante la vigencia del Código anterior. Debemos agregar que en el derecho actual también el testador puede imponer la obligación de colacionar al heredero instituido las donaciones que le hubiera efectuado.

5. Dispensa de colación o cláusula de mejora

Durante la vigencia del Código Civil el causante podía efectuar donaciones a sus legitimarios dispensando de colacionar en los límites de su porción disponible, ya sea mediante testamento (art. 3484 del Código Civil) o tratándose de donaciones de ascendientes a sus descendientes en el mismo instrumento de la donación (art. 1805 del Código Civil).

Debe tenerse presente que la citada postura respecto del art. 1805 no era pacífica, pues algunos autores sostenían que el testamento era la única forma prevista por el Código Civil para dispensar de colación, considerando a la dispensa como una disposición de última voluntad revocable hasta la muerte del causante⁽²⁴⁾.

El Código Civil y Comercial ha superado dicha discusión doctrinaria y estableció en el art. 2385 como excepción al deber de colacionar la dispensa o la cláusula de mejora expresa en el acto de la donación o en el testamento. El texto actual es más amplio que el art. 1805 que se refería sólo a las donaciones hechas del padre o la madre a sus hijos.

También debe recordarse que además de nuestro derecho, permiten la dispensa en el mismo acto de la donación el Código francés (art. 919); Código español (art. 1036); el Código Alemán (art. 2050); Código italiano (art. 552 y 737); Código Suizo (art. 626); Código brasileño (arts. 2006), y Código chileno (art. 1198).

Como se advierte, la dispensa debe ser expresa. De manera excepcional, el art. 2461, a semejanza del art. 3604 del Código Civil, presume que el causante ha querido mejorar a su heredero cuando por acto entre vivos a título oneroso ha transmitido a alguno de los legitimarios la propiedad de bienes con reserva de usufructo, uso o habitación, o con la contrapresta-

(24) En tal sentido FORNIELES, Salvador, *Tratado de las sucesiones*, cit., t. I, p. 386; ZANNONI, Eduardo, *Derecho de las sucesiones*, cit., t. I, p. 768; BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil. Sucesiones*, cit., t. I, p. 517, nro. 684; contrariamente la siguen entre otros GUASTAVINO, Elías P., *Pactos sobre herencias futuras*, Ediar, Buenos Aires, 1968, p. 364; MAFFÍA, Jorge O., *Tratado de las sucesiones*, cit., t. II, 1ª ed., p. 208, nro. 637; LAFAILLE, Héctor, *Curso de derecho civil. Sucesiones*, Biblioteca Jurídica Argentina, 1932-1933, t. I, nro. 505.

ción de una renta vitalicia, presumiendo sin admitir prueba en contrario la gratuidad del acto y la intención de mejorar al beneficiario.

Como dice Fornieles, la dispensa de colación se refiere a una "donación ya existente", pues cuando el causante mejora en su testamento a cualquiera de sus legitimarios mediante un legado no se trata de dispensa de colación sino de una institución testamentaria en la porción disponible⁽²⁵⁾.

De allí, que nos parece de mala metodología establecer en el capítulo de colación de donaciones, en el art. 2385, que el legado hecho al descendiente o al cónyuge se considera realizado a título de mejora, excepto que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario.

6. Prescripción

La acción de colación no tiene en el nuevo Código un plazo expreso especial de prescripción, por lo que se le deberá aplicar el plazo genérico de cinco años previsto en el art. 2560 que deberá contarse desde la muerte del causante o desde que los herederos conocieron la donación efectuada a su coheredero si lo hicieron después del fallecimiento de aquél.

En cuanto a las donaciones simuladas bajo la apariencia de un acto oneroso resulta aplicable el plenario "Arce" que estableció que "No es aplicable la doctrina sentada en los autos 'Glusberg, Santiago s/Concurso c. Jorio, Carlos s/Sucesión. Ordinario', cuando la simulación se ejerce en forma conjunta con las acciones de colación o reducción"⁽²⁶⁾; pues se repiten diferentes plazos de prescripción de la acción de colación y de la de simulación, al igual que en el Código Civil.

En consecuencia, como de acuerdo con el art. 2561, inc. a), la acción de simulación prescribe a los dos años y la colación a los cinco años (art. 2560 del Código Civil y Comercial), se aplica el plazo de prescripción de esta última, según la doctrina del plenario referido. Aclaro que de acuerdo con el texto del art. 15 de la ley 26.853 se condiciona la aplicación de la ley a la constitución de las cámaras y salas creadas por la presente. En este aspecto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que "considera razonable... disponer que la aplicación del nuevo ordenamiento se halla supeditada a la efectiva instalación y funcionamiento de los órganos jurisdiccionales llamados a asumir la competencia que les atribuye la ley 26.853, y así se acordó 'declarar que la operatividad de los recursos procesales se en-

(25) FORNIELES, Salvador, *Tratado de las sucesiones*, cit., t. I, p. 384, nro. 31; ZANNONI, Eduardo, *Derecho de las sucesiones*, cit., t. I, p. 783.

(26) CNCiv., en pleno, 1/2/2011, "Arce, Hugo S. v. Arce Haydee C.", en CNCiv., Fallos Plenarios.

cuentra sujeta a la efectiva constitución de las respectivas Cámaras de Casación'⁽²⁷⁾.

"Se dijo en el plenario citado: Para contestar la pregunta que hoy debemos responder, debe decidirse si al supuesto de que la colación o la reducción se dirijan contra una donación encubierta cuál es el plazo de la prescripción, si los dos años de la acción de simulación del art. 4030, que en razón del plenario Glusberg, Santiago (s/concurso) c. Jorio, Carlos s/sucesión s/ordinario (simulación)", incluye también la ejercida por terceros o los diez años, plazo propio de las acciones sucesorias antedichas.

Cuando la simulación es ejercida entre partes la nulidad del acto agota la pretensión, sea la nulidad absoluta o relativa, mientras que si la ejercen terceros al acto la simulación integra otra acción que llamamos principal y que la contiene. En definitiva, como dice Fornieles, la simulación es un hecho que habrá de demostrarse en el ejercicio de la colación⁽²⁸⁾. Cuando se ejerce la acción de colación se pide solamente que se compute valores que el demandado ya había recibido del autor de la sucesión y en la de reducción que se reduzca la donación inoficiosa en la medida que mengüe la legítima: no se persigue la nulidad como acción principal.

La acción de simulación de terceros, como dice Zannoni, siempre o en la mayoría de los casos es instrumental, es decir, debe obtener la declaración de simulación del actor para hacer valer otra acción principal, por lo que se podrá invocar la simulación siempre que no haya prescripto la acción para conseguir hacer valer el derecho principal, sea la colación o la reducción⁽²⁹⁾.

La verdadera finalidad del heredero es el ejercicio de la acción de colación o de reducción y la simulación es un simple hecho que deberá demostrarse en el ámbito de estas acciones. Es el medio a que se debe acudir para acreditar que el causante hizo una donación.

(27) Acordada 23/2013, CSJN.

(28) FORNIELES, Salvador, *Tratado de las sucesiones*, cit., t. I, p. 296. En el mismo sentido GUASTAVINO, Elías P., "Colación de donaciones disimuladas", JA 1961-III-50; MARTÍNEZ RUIZ, La colación en el derecho sucesorio, Abeledo, Buenos Aires, 1943, nro. 273; BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil. Sucesiones*, cit., t. I, nro. 687; GAGLIARDO, Mariano, *Sociedades de familia y cuestiones patrimoniales*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. 76; GOYENA COPELLO, Héctor R., *Tratado del derecho de sucesión*, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 310; MÉNDEZ COSTA, María Josefa - FERRER, Francisco A. M., en LLAMBÍAS, Jorge J. - MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Código Civil anotado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, t. V-B, ps. 216 y ss.

(29) En igual sentido: LAMBOIS, Susana, en BUBRES, Alberto J. (dir.) - HIGHTON, Elena I. (coord.), *Código Civil*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, t. VI-A, p. 528.

IV. Donaciones inoficiosas

1. Donación efectuada a un legitimario

En las donaciones efectuadas a los legitimarios la dificultad se produce cuando el valor de la donación excede la cuota del beneficiario. Durante la vigencia del Código Civil se presentaban divergencias sobre si el donatario debía colacionar el exceso.

En nuestra doctrina Pérez Lasala consideraba que por el mecanismo de la colación, aceptado por nuestro derecho, el legitimario no debe restituir el exceso. Sostiene que la imputación contable del valor de lo donado a la cuota del colacionante implica traer el valor de la donación a la masa y redistribuir las cuotas "con los bienes que hay en la herencia". Tal mecanismo, propio del sistema de la colación por imputación o colación de valor, implica una simple operación de contabilidad o reunión ficticia de valores que nada tiene que ver con la restitución del exceso. Para este autor restituir el exceso es propio de las instituciones que protegen la legítima y no de la colación⁽³⁰⁾.

Para otra posición, en cambio, mediante la acción de colación podía también imponerse al legitimario una obligación de dar cuando el valor de lo donado excede su porción en la herencia.

Se sostenía que de admitir la posición contraria, quedaba desvirtuado el principio por el cual toda donación importaría un adelanto de herencia. Por otra parte, se decía, no se ataca la validez de la donación sino que solamente el donatario debía compensar a sus coherederos forzosos el exceso. Como afirmaba Maffía, partidario de esta postura, tomar de menos, no tomar nada o restituir el exceso aparecen entonces como los diferentes mecanismos que aseguran el fin de la igualdad⁽³¹⁾.

Como consecuencia, se diferenciaban las donaciones hechas a terceros, sujetas a la acción de reducción cuando afectan la legítima y las donaciones efectuadas a los legitimarios, sujetas a la acción de colación.

Esta distinción tenía importancia, pues si se trata de colación el heredero resulta deudor de una suma de dinero por el excedente sin afectar el dominio del donatario; mientras que si se considera que se trata de una reducción, debían aplicarse los efectos propios de esta acción que importan la resolución de la donación en la medida del exceso y la restitución

(30) PÉREZ LASALA, José Luis, en PÉREZ LASALA, José L. - MEDINA, Graciela, *Acciones judiciales en el derecho sucesorio*, cit., p. 139, nro. 119, y *Derecho de sucesiones*, Buenos Aires, 1981, t. I, p. 726, nro. 618; ZANNONI, Eduardo, *Derecho de las sucesiones*, cit., t. II, p. 236, nro. 1000.

(31) MAFFÍA, Jorge O., *Tratado de las sucesiones*, cit., t. II, 573, nro. 632.

en especie del bien donado en esa proporción. Con esta última posición se protegía a los herederos en el caso de insolvencia del heredero donatario⁽³²⁾.

La doctrina francesa distingue el mecanismo de la colación con fines de igualdad, que puede identificarse como la colación propiamente dicha y la colación con fines de reducción, llamada colación impropia.

En principio, es cierto que las donaciones hechas a un legitimario están sujetas a colación, imputables a la porción hereditaria del heredero como valor ya recibido o a la porción disponible primero y a la legítima del heredero después cuando se lo ha dispensado de colación. Obsérvese que si en el primer caso, la donación excede la cuota de legítima del donatario, la restitución del exceso a la masa tendrá lugar mediante la reducción de esos valores. De la misma manera si mejorado el heredero, esa mejora excede la porción disponible, el exceso está sujeto a colación imputándose a la porción legítima del heredero como adelanto de herencia. Si esa mejora excede además la porción legítima del beneficiado, debe reducirse el exceso y traerlo a la masa⁽³³⁾.

Como se advierte, aun cuando se hable de la acción de colación, el mecanismo es el propio de la reducción. Se trata de la llamada colación del excedente que corresponde a lo que la doctrina francesa llama colación con fines de reducción. Es también el supuesto previsto en el art. 2461 del Código Civil y Comercial, donde se presume la mejora, ordenando la imputación a la porción disponible y la colación del exceso⁽³⁴⁾.

Como observan Ripert y Boulanger —refiriéndose al art. 918 del Código francés— la idea de una reducción por medio de una colación es sumamente simple en sí misma, pero se refiere a dos instituciones distintas. Cuando se habla de colación se piensa habitualmente en el procedimiento técnico destinado a restablecer la igualdad entre los coherederos. Pero aquí se trata de otra colación: la que opera la reducción de las liberalidades en favor de un sucesor que no se identifica con fines de igualdad⁽³⁵⁾.

Actualmente el art. 2386 ha seguido esta última posición y la donación a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción

(32) BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil. Sucesiones*, cit., t. II, nro. 996; GOYENA COPELLO, Héctor R., *Tratado del derecho de sucesión*, cit.; PÉREZ LASALA, José L. - MEDINA, Graciela, *Acciones judiciales en el derecho sucesorio*, cit., p. 139, nro. 119; HERNÁNDEZ, Lidia B., "Relación entre la colación y la reducción y el art. 3604", cit.; ZANNONI, Eduardo, *Derecho de las sucesiones*, cit., t. II, p. 204, nro. 988.

(33) ZANNONI, Eduardo, *Derecho de las sucesiones*, cit., t. II, p. 237, nro. 1000.

(34) HERNÁNDEZ, Lidia B., "Relación entre la colación y la reducción y el art. 3604", cit.

(35) RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean, *Tratado de derecho civil, La Ley*, Buenos Aires, 1965, t. X, "Sucesiones", vol. 2, p. 393.

disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a reducción por el valor del exceso.

Si ello es así, tal supuesto no se trata de la colación sino de una acción de defensa de la legítima.

2. Donaciones a terceros

Frente a donaciones a terceros que resulten inoficiosas corresponde ejercer la acción de reducción, conforme lo prevé el art. 2453 del Código Civil y Comercial.

Por otra parte, en el Código Civil se había distinguido la acción preterición de legitimarios de la acción de reducción. La primera competía al legitimario frente a la institución de heredero mientras la segunda tenía como sujeto pasivo al donatario y al legatario. Actualmente esta precisión se ha perdido, pues el art. 2450 bajo el título acción de entrega de la legítima comprende no sólo como sujeto pasivo al heredero instituido sino también a los donatarios cuando el difunto no deja bienes. No obstante se sigue legislando en el art. 2453 la reducción de donaciones.

Sin entrar en el controvertido tema de la naturaleza jurídica de la acción de reducción, es decir, si se trata de una acción personal o de una acción real, lo cierto es que la doctrina mayoritaria está conteste en su efecto reivindicatorio, por lo que el dominio adquirido por el donatario es un dominio imperfecto, de carácter resoluble o revocable (arts. 1964 y ss. del Código Civil y Comercial). Ello sin perjuicio de que parte de la doctrina ya con el Código Civil reconocía al donatario la facultad de pagar el valor del bien donado⁽³⁶⁾. Además, sin olvidar aquellas opiniones minoritarias que desconocían ese efecto reipersecutorio a la acción de reducción.

Cabe agregar, además, que “la vicisitud que afecta a las donaciones inoficiosas determinando su eficacia no es la nulidad sino la resolución de los actos que las originaron”, en consecuencia, coincidimos que no es aplicable al caso el art. 392, anterior 1051, respecto de subadquirentes de buena fe y a título oneroso. Como dice Guastavino, en razón del carácter resolutorio de la vicisitud que afecta a las donaciones inoficiosas, se debe interpretar que la cláusula agregada por la reforma de 1968 al art. 1051 en materia de nulidades no afecta, estrictamente, a la reipersecución de la acción de reducción contra terceros adquirentes, hayan estos últimos adquirido el dominio a título gratuito o a título oneroso⁽³⁷⁾. En todo caso, se advierte un

(36) FORNIELES, Salvador, *Tratado de las sucesiones*, cit., t. II, nro. 1000; MAFFÍA, Jorge O., *Tratado de las sucesiones*, cit., t. II, p. 540, nro. 889; ZANNONI, Eduardo, *Derecho de las sucesiones*, cit., t. II, p. 194, nro. 975.

(37) GUASTAVINO, Elías P., “La protección a terceros adquirentes de inmuebles”, JA 1973-111. nro. 22, secc. doctrina.

obstáculo a la buena fe en razón de que la donación y su efecto surgen del estudio de títulos antecedentes.

También en este aspecto en un viejo fallo plenario de la Cámara Civil se resolvió que “Corresponde rechazar la demanda por escrituración si de autos resulta que el título de propiedad de los vendedores no es intachable o perfecto, toda vez que proviene de una donación y se desprende de él que el donante tiene una hija, quien —en el caso que hubiese sido perjudicada en su legítima— podría ejercer la respectiva acción reivindicatoria contra los terceros adquirentes del inmueble vendido”⁽³⁸⁾.

3. Cálculo de la legítima

Debe recordarse que en el art. 2445, el Código Civil y Comercial dispone calcular la legítima tomando el valor líquido de los bienes al tiempo de la muerte del causante más el de los bienes donados computables para cada legitimario a la época de la partición, según el estado del bien a la época de la donación.

En principio se computan los bienes dejados por el causante a su muerte, no se incluye a los frutos o rentas para computar la cuota de legítima. Diversamente, como son accesorios los devengados hasta la partición integran la masa partible.

Como hemos sostenido, en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en setiembre de 2013: 1. La legítima debe calcularse al tiempo de la apertura de la sucesión, no de la partición. 2. Debe distinguirse la masa de cálculo de la legítima de la masa de partición. 3. El criterio que adopta para el cálculo de legítima el valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante más el valor de bienes donados de cada legitimario a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación, presenta una discordancia que reconoce dos momentos distintos para valuar bienes, que deben ser unificados empleando valores al momento de la muerte del causante. 4. La colación —como operación de partición y dado su fundamento de igualar hijuelas de donatarios legitimarios y de sus coherederos forzosos al momento de partir la sucesión— justifica determinar los valores a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación (art. 2385).

En definitiva, se advierte en el legislador la confusión entre el cálculo de la legítima y el de la masa partible al llevar la actualización del valor de la donación a la partición, mientras los bienes del acervo se calculan a la muerte del causante. Heterogeneidad de valores que pueden provocar evidentes injusticias.

(38) Conf. CNCiv., en pleno, 11/6/1912, “Escary, José y otra v. Pietranera, Tancredi”, JA 5-1.

El art. 2445 se refiere al "valor líquido de los bienes hereditarios" por lo que deben deducirse las deudas de la sucesión de los bienes que integran el patrimonio del causante y no corresponde hacerlo sobre las donaciones. En este aspecto el Código Civil y Comercial no ha cambiado el contenido del art. 3602 del Código Civil.

En cambio, no deben incluirse las cargas para el cálculo de la legítima, dado que éstas nacen luego del fallecimiento y solamente tienen incidencia en orden al trámite de la partición. Como es sabido, se incluyen en este concepto de cargas obligaciones que nacen después del fallecimiento del causante como gastos de inventario, protocolización del testamento, honorarios de abogados, entre otras⁽³⁹⁾.

No desconozco que algunos autores como Zannoni y Natale consideran que también deben restarse las cargas, criterio que no comparto⁽⁴⁰⁾.

Maffía, en cambio, expresaba que no deben deducirse las cargas para el cálculo de la legítima, dado que éstas nacen luego del fallecimiento, y solamente tienen incidencia en orden al trámite de partición (conf. art. 3474, Cód. Civil, y su nota), pero no en este cálculo aritmético destinado a determinar la legítima. En el mismo sentido se manifiesta Orlandi⁽⁴¹⁾.

Las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, ya citadas, aconsejaron que la legítima debe calcularse al tiempo de la apertura de la sucesión, no de la partición. Por ello, por activo líquido se entiende el de los bienes transmitidos por sucesión menos las deudas pero no las cargas.

Por otra parte al valor líquido se deben adicionar el valor de las donaciones sean a los herederos o a extraños.

En lo que se refiere a donaciones remuneratorias sólo se computarán cuando excediera el valor del servicio que las motivó, quedando alcanzado el excedente.

(39) Ponencia presentada en las XXIV Jornadas de Derecho Civil realizadas en Buenos Aires en septiembre de 2013, ya citada.

(40) ZANNONI, Eduardo, *Derecho de las sucesiones*, cit., t. II, p. 162, nro. 943; NATALE, Roberto, "Para determinar la legítima deben deducirse también las cargas de la sucesión de la masa hereditaria", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2009-1-121, y *La acción de reducción*, Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2008, p. 159.

(41) MAFFÍA, Jorge O., *Tratado de las sucesiones*, cit., t. II, 2ª ed., p. 831, nro. 913; ORLANDI, Olga, E., *La legítima y sus modos de protección*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009, p. 125; PERRINO, Jorge, *Tratado de las sucesiones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. 2, p. 1859; PÉREZ LASALA, Fernando, *Defensa del tráfico jurídico inmobiliario*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011 p. 146; HERNÁNDEZ, Lidia B. - ARIANNA, Carlos - UGARTE, Luis A. - OCAMPO, Guillermo, ponencia presentada en las Jornadas de Derecho Civil, septiembre de 2013, citada; UGARTE, Luis A., "Cálculo de la legítima hereditaria e incidencia de un fallo plenario", LL 2007-B-1082.

Tampoco se calcularán las liberalidades exentas de colación ahora contempladas en el art. 2392 del Código Civil y Comercial.

4. Legitimación

El art. 2445 en su tercer párrafo ha limitado la legitimación y establece que para el cómputo de la porción de cada descendiente sólo se toman en cuenta las donaciones colacionables o reducibles, efectuadas a partir de los trescientos días anteriores a su nacimiento o, en su caso, al nacimiento del ascendiente a quien representa y para el cónyuge, las hechas después del matrimonio.

Se ha eliminado el art. 1832, inc. 1º, texto introducido por la ley 17.711, que ampliaba la legitimación de los descendientes y así no sólo tenían legitimación los herederos forzosos que existían en la época de la donación; sino también en caso de que existieran descendientes que tuvieran derecho a ejercer la acción, se otorgaba ese derecho a los descendientes nacidos después de la donación.

Este artículo en su momento tuvo comentarios negativos por parte de la doctrina porque otorgaba la acción a personas que ni siquiera habían sido concebidas en el momento de la donación. De allí que la norma actual es técnicamente correcta, pero cabe advertir que en todo caso la legislación derogada en esta materia resultaba más positiva al mantener la igualdad de la legítima de todos los descendientes al momento del cálculo, es decir, a la apertura de la sucesión, siempre que hubieran existido descendientes cuando se efectuó la donación.

Veamos un ejemplo. Alberto, viudo y con hijos dona una casa de un valor de \$ 270.000 a un ahijado. Dos años después contrae matrimonio con Susana, con la que tiene un hijo. Producida la muerte de Alberto los bienes líquidos del haber hereditario ascienden a \$ 300.000 que tienen el carácter de propios.

Para calcular la legítima según el actual art. 2445 hay doble base de cálculo, primero se deberá calcular la del hijo existente al efectuarse la donación, adicionándola, y separadamente efectuar el cálculo de la legítima del hijo nacido después y el cónyuge a los que no debe adicionarse la donación.

Así resulta que en el primer cálculo adicionando la donación a los bienes del acervo al momento de la muerte y aplicando los 2/3 la porción global es de \$ 380.000, mientras que la legítima individual del hijo (aplicando las reglas de concurrencia cabe dividirla por cuatro por ser los herederos que concurren respecto de los bienes propios) es de \$ 95.000.

El otro hijo y el cónyuge obtendrán sin computar la donación y aplicando el mismo procedimiento, 2/3 de \$ 300.000 (sin la donación), su legítima individual será de \$ 50.000.

Resulta así que la cuota legítima del hijo que existía a la época de la donación prácticamente duplica al otro descendiente, que si bien no había nacido a la época de la donación, existía a la del fallecimiento del causante. En este caso no habrá reducción porque el causante no ha lesionado la legítima de los herederos.

Con el derogado art. 1832, inc. 1º, pero aplicando la legítima global actual de 2/3 para una mejor comparación, el doble cálculo se hará primero para todos los hijos adicionando la donación y el segundo cálculo para el cónyuge que no había contraído matrimonio en la época de la donación. Así, aplicando los procedimientos ya explicados, la legítima de ambos hijos sería de \$ 95.000 a cada uno y \$ 50.000 para el cónyuge. Con este cálculo la donación excedería la porción disponible afectando la legítima por lo que debería reducirse en \$ 35.000.

El supuesto analizado está demostrando también que el primer cálculo de acuerdo con el derecho actual perjudica a los legitimarios y beneficia al donatario.

5. Efecto reipersecutorio

De acuerdo con el art. 2458 del Código Civil y Comercial se mantiene el efecto reipersecutorio que el Código Civil había consagrado en el art. 3955. No obstante, este efecto se encuentra limitado por la segunda parte de la norma actual cuando permite al donatario y al subadquirente demandado desinteresarse al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima.

Asimismo, el art. 2454 dispone que si la reducción es total la donación queda resuelta. Si es parcial, por afectar sólo en parte la legítima y el bien donado es divisible, se lo divide entre el legitimario y el donatario. Si es indivisible, la cosa debe quedar para quien le corresponde una porción mayor, con un crédito a favor de la otra parte por el valor de su derecho. En todo caso, el donatario puede impedir la resolución entregando al legitimario la suma de dinero necesaria para completar el valor de su porción legítima.

Son disposiciones que el nuevo Código ha tomado del Proyecto de 1998 y que no se encontraban en el Código Civil, aunque algunas de sus soluciones habían sido propuestas por la doctrina y la jurisprudencia.

En primer lugar, más que limitarlo la segunda parte del art. 2458 prácticamente hace desaparecer el efecto reipersecutorio, pues el donatario y el subadquirente, en su caso, pueden desinteresarse al legitimario cubriendo en dinero la afectación de la legítima.

Pero es el art. 2454 el que ofrece mayores dudas interpretativas. Si bien las hipótesis que se plantean resultan claras en cuanto a si la reducción es total o parcial o si la cosa es divisible o indivisible, cabe hacer algunas consideraciones.

Si la reducción es total, la donación queda resuelta. Si es parcial y la cosa es divisible, no se aclara el supuesto de porciones iguales. Se supone que en tal caso tiene preferencia el donatario, dueño de la cosa, quien podría también en tal caso desinteresarse al legitimario.

Además, se ha señalado la difícil interpretación que plantea la tercera parte del art. 2454 cuando dispone que "En todo caso el donatario puede impedir la resolución entregando al legitimario la suma de dinero necesaria para completar el valor de su porción legítima". Se advierte fácilmente que "en todo caso" parece no distinguir la reducción total de la parcial, mientras cuando se refiere a "completar" el valor de su legítima parece incluir sólo a la reducción parcial⁽⁴²⁾.

Por mi parte entiendo que la disposición permite al donatario, sea la reducción parcial o total, desinteresarse al legitimario y no advierto tal contradicción en la segunda parte del tercer párrafo, pues completar el valor de la legítima permite inferir que se lo complete totalmente o parcialmente.

De esta manera también la interpretación resulta coherente con la segunda parte del art. 2458, aunque cabe reiterar que se ha desvirtuado casi totalmente el efecto reipersecutorio de la acción de reducción.

6. Prescripción

Al igual que la acción de colación, la de reducción no tiene un plazo especial establecido en el nuevo Código. Se aplica entonces el plazo general de cinco años del art. 2560. Cabe aclarar que dicho plazo debe computarse desde la muerte del causante, salvo que los legitimarios conocieran posteriormente la existencia de la donación, por lo que podrán hacerlo desde que tomaron conocimiento del acto.

Por otra parte, bajo la denominación "Prescripción adquisitiva" el art. 2459 prevé que la acción de reducción no procede contra el donatario

(42) AZPÍRÍ, Jorge O., *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho sucesorio*, cit., p. 261.

ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez años computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el art. 1901, referido a la unión de posesiones.

Tal vez esta disposición del Código Civil y Comercial es la que más críticas ha recibido, no sin razón. En primer lugar la denominación prescripción adquisitiva a un supuesto que manifiestamente no lo es merece críticas. En efecto, tratándose de un donatario, titular de la cosa donada, obviamente no puede hablarse de prescripción adquisitiva.

Tampoco puede referirse a la prescripción liberatoria de la acción de reducción, pues la posibilidad de demandar por reducción existe desde la muerte del causante y no puede prescribirse antes de la apertura de la sucesión.

La norma fue tomada del Proyecto de 1998 que con mejor redacción decía en el art. 2402 que el legitimario puede pedir la reducción de las donaciones hechas por el causante en los diez años anteriores a su deceso.

Por otra parte, como toma como punto de partida la posesión, podría darse el caso de que la donación se hubiera perfeccionado el día anterior a la muerte del causante, pero si el donatario había poseído el bien donado durante más de diez años, no podría accionarse por reducción contra esa donación⁽⁴³⁾.

De todas maneras, como se ha dicho, si los diez años de posesión de la cosa donada perfecciona el título antes de la muerte del donante, ya no podrá ser perseguido ni el donatario ni su subadquirente por la acción de reducción.

No cabe duda además que el art. 2459 desprotege al legitimario al extraer del cálculo de la legítima una masa considerable de bienes.

Por ello, compartimos la afirmación en el sentido de que no existe fundamento para admitir la caducidad del derecho a obtener la reducción de una donación inoficiosa por el transcurso de un plazo que se agotó antes de que el heredero forzoso pudiese ejercer la acción de defensa de su legítima. Amén de ello podría darse el caso de que el causante hubiese donado la totalidad de los bienes a uno cualquiera de los legitimarios o incluso a un tercero, tornando ilusorio el derecho hereditario de sus legitimarios⁽⁴⁴⁾.

(43) ZANNONI, Eduardo, "Algunos aspectos sobre la igualdad entre herederos forzosos", en RDPyC 2012-3-667.

(44) ZANNONI, Eduardo, "Algunos aspectos sobre la igualdad entre herederos forzosos", cit., p. 668.

V. El valor de las donaciones

En todos los casos para la colación y el cálculo de la legítima se debe tener en cuenta el valor de los bienes al tiempo en que se hacen las donaciones, apreciado a valores constantes.

A diferencia del art 3478, segundo párrafo, introducido por la ley 17.711, que ordenaba que los valores dados en vida por el causante debían computarse al tiempo de la apertura de la sucesión, sea que existan o no en poder del heredero; el art. 2385 del Código Civil y Comercial dispone en su segundo párrafo que dicho valor se determina a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación.

La diferenciación que se advierte entre ambas normas se debe a una larga discusión doctrinaria que culmina actualmente en el art. 2385 que ha seguido la buena doctrina, apartándose de la disposición anterior que ocasionaba casos de verdadera injusticia, al no diferenciar el valor intrínseco del valor extrínseco de la donación.

Para una mejor comprensión haré un breve análisis de la evolución doctrinaria al respecto. El art. 3477 original de Vélez decía que "los ascendientes y descendientes... que hubieran aceptado la herencia... deben reunir a la masa hereditaria los valores dados en vida por el difunto". Si bien respecto de la colación la ley no explicitaba cuándo debía tomarse el valor de los bienes, la doctrina y jurisprudencia aplicaron el art. 3602 referido al cálculo de la legítima que ordenaba que se atendiera al valor de los bienes quedados por muerte del testador. Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregaría el que tenían las donaciones del mismo testador al tiempo en las hizo.

En esta materia y a fin de superar los desfasajes producidos por la inflación la doctrina nacional había distinguido, antes de la sanción de la ley 17.711, el valor intrínseco de la donación de su valor extrínseco. La variación intrínseca se produce —dice Guastavino— cuando se alteran los elementos materiales de los bienes donados o cuando se alteran circunstancias concretas y particulares que configuran el contorno de la cosa y permiten su correlación con el valor de los restantes bienes; la variación extrínseca ocurre cuando la cosa permanece idéntica a sí misma, en sus elementos constitutivos y en las circunstancias que configuran su contorno, pero sufre las consecuencias de las fluctuaciones del poder adquisitivo del dinero que afecta todos los bienes⁽⁴⁵⁾.

De la misma manera en las Primeras Jornadas de Derecho Civil reunidas en Santa Fe en el año 1963 se aprobó que I. En el Código Civil argentino

(45) GUASTAVINO, Elías P., "El derecho civil ante la inflación", LL 116-1080.

la colación es una deuda de valor. II. Por tanto, en la determinación del monto de lo colacionable ha de tenerse en cuenta la alteración del poder de cambio de la moneda, en modo de reflejar al día de la partición el valor que tenía el bien al tiempo de la donación.

Como ya hemos visto, la ley 17.711 modifica el art. 3477 y dispone que dichos valores deben computarse al tiempo de la apertura de la sucesión sea que existan o no en poder del heredero. Siguió la posición de Borda, quien consideró que dado las épocas de inflación computar el valor al tiempo de la donación conducía a que la colación no cumpla su finalidad de mantener la igualdad entre los herederos.

Esta última postura se apartó de la solución doctrinaria y jurisprudencial y no diferenció el valor intrínseco del extrínseco al computar la donación; así en el sistema de Vélez la donación se tomaba según la época en que se hiciera y su valor se actualizaba de acuerdo con la desvalorización monetaria a la época de la partición, considerándola una deuda de valor; mientras que con la ley 17.711 se tomaba la donación a la época de la muerte del causante.

Al decir de Belluscio, esto último producía graves inconvenientes y presentó el caso resuelto por la Casación francesa que resulta muy ilustrativo. Se habían donado acciones que decuplicaron su valor entre la donación y la muerte del donante y fueron vendidas por el donatario antes de esa valorización, debiendo el beneficiario colacionar un valor que no recibió ni aprovechó; más grave aún es la situación del donatario extraño que en el mismo caso podría verse obligado a restituir — como consecuencia de una acción de reducción que no podría ejercerse contra los ulteriores adquirentes si se tratase de acciones al portador— valores que no recibió con lo que de beneficiario por la donación podía convertirse en despojado. También podía pensarse en mejoras introducidas por el donatario que hubieran duplicado el valor del bien donado, Además de las dificultades que el sistema acarrea para valuar bienes que han perecido o se han transformado⁽⁴⁶⁾.

El art. 2385 del nuevo Código se ha hecho cargo de las dificultades del anterior sistema y ahora con buen criterio se tomará el estado del bien donado a la época de la donación, determinando dicho valor de acuerdo con las fluctuaciones de la moneda a la partición.

Otra diferencia que se observa del art. 3477 del Código Civil con el actual 2385 es que el primero se refería a que los bienes existan o no en poder del heredero; mientras en el art. 2385 nada se dice al respecto.

(46) BELLUSCIO, Augusto C., "El valor de las donaciones a los efectos de la colación y del cálculo de la legítima en el Código Civil y en la ley 17.711", LL 135-1241, sec. doctrina.

Cabe preguntarnos cómo debería interpretarse frente a la omisión de la nueva norma en caso de pérdida o enajenación del bien donado.

a) Pérdida

En este supuesto habrá que diferenciar si la pérdida se produjo por culpa del donatario o si esa pérdida también se hubiera producido de encontrarse el bien en el patrimonio del causante. De acuerdo con los fines de la colación, parecería que la interpretación correcta sería que no debe colacionarse el bien que ha perecido sin culpa del donatario. Es decir, que igualmente hubiera perecido si se encontraba en el patrimonio del donante. Pero si el donatario recibe alguna indemnización por esa pérdida la colación se limitaría a esa indemnización sin perjuicio del valor calculado a la partición.

En este aspecto, el art. 2393 soluciona expresamente el supuesto estableciendo que no debe colación por el bien que ha perecido sin culpa del donatario. Pero si éste ha percibido una indemnización, la debe por su importe.

b) Enajenación

En caso de enajenación del bien por el donatario deberá computarse su valor actualizado a la época de la partición de acuerdo con el segundo párrafo del art. 2385. La enajenación puede ser voluntaria o forzosa y se equiparán los valores de los bienes existentes y de los enajenados.

Cabe recordar que en el art. 2445, referido al cálculo de la porción legítima, el Código actual dispone calcularla tomando el valor líquido de los bienes al tiempo de la muerte del causante más el de los bienes donados computables para cada legitimario a la época de la partición, según el estado del bien a la época de la donación.

De allí que si bien coincidimos que debían modificarse los arts. 3476 y 3602 en lo que respecta al valor de las donaciones, lo cierto es que los valores deben actualizarse al momento de la partición en el caso de la colación y al de la muerte para el cálculo de la legítima; distinguiendo esta masa de cálculo de la masa partible.

VI. Frutos e intereses

El art. 2394 referido a donaciones colacionables establece que el heredero obligado a colacionar no debe los frutos de los bienes sujetos a colación, pero debe los intereses del valor colacionable desde la notificación de la demanda.

Con respecto a la reducción, el art. 2454 también establece que el donatario es deudor desde la notificación de la demanda de los frutos o, en caso de formular la opción prevista en el párrafo anterior, de intereses.

Pues bien, tratándose de colación, a diferencia de la reducción, no se comprende cómo el art. 2394 se refiere a los intereses desde la notificación de la demanda. En efecto, en nuestro derecho, como se sabe, la colación consiste en una operación matemática en la cual el valor de donación se computa en la masa partible y se imputa a la hijuela que le corresponde al legitimario que la ha recibido como adelanto de herencia. En definitiva, este último o no saca nada si la donación ha cubierto su cuota en la masa partible o saca de menos.

Como bien explica Belluscio, la obligación de colacionar no constituye una deuda sino la obligación de soportar que en la partición se atribuya al heredero donatario una porción menor de bienes que a sus coherederos del mismo rango con el fin de que la suma de valor de lo donado y de los bienes adjudicados sea igual al valor de los bienes adjudicados a cada uno de aquéllos. No hay ni deudor ni obligación de depositar una suma de dinero⁽⁴⁷⁾.

De allí que el donatario hace suyos los frutos como propietario de la cosa donada y no le corresponde pagar intereses precisamente porque no existe capital adeudado que los devengue.

En cuanto a los intereses moratorios a los que se refiere el art. 2394 que se deberían desde la notificación de la demanda, tampoco me parece procedente. Al respecto en el fallo de la sala G, con voto preopinante del Dr. Belluci, se resolvió en decisión que comparto que "Tampoco tiene cabida aplicar accesorios moratorios desde que los codemandados recién incurrirán en incumplimiento material jurídicamente relevante si, al tiempo de la partición por venir, omitieran la operación aritmética matemática de rigor a la fueron condenados".

El actual art. 2394 pareciera confundir los intereses moratorios con las costas que necesariamente deberá cargar la parte vencida en el juicio de colación.

Debe proponerse pues en futuras jornadas modificar la nueva norma o hacer la salvedad que solamente se deberán los intereses moratorios en caso de que se haya afectado la legítima y el donatario deba completarla, surgiendo así un crédito a favor de los herederos forzosos.

(47) BELLUSCIO, Augusto C., "El artículo 3604 del Código Civil, la colación y los intereses", LL 2008-A-403, comentario a dos fallos CNCiv., sala G, 20/3/2007, y CNCiv., sala A, 23/8/2007.

En este sentido, refiriéndose a los efectos de la reducción el art. 2454 del Código Civil y Comercial reitera que el donatario es deudor desde la notificación de la demanda de los frutos o, en su caso, de formular la opción prevista en párrafos anteriores, de los intereses.

VII. La partición por donación

La partición-donación constituye el acto por el cual el ascendiente impide, total o parcialmente, que ciertos bienes integren la comunidad hereditaria, mediante su transferencia a los descendientes⁽⁴⁸⁾.

Se caracteriza porque debe comprender a todos los descendientes, conforme lo que establece el art. 2411, aunque el Código Civil y Comercial permite en el art. 2415 hacerla mediante actos separados si el ascendiente interviene en todos ellos. En este sentido, los descendientes deben aceptar la partición mediante la donación que su ascendiente les hace, la falta de aceptación de cualquiera provocará la nulidad del acto en tanto partición, aun cuando valgan la o las donaciones que otros descendientes hubiesen aceptado, aunque en tal caso estas donaciones separadas estarán sujetas a colación.

Por otra parte, no se exige que comprenda todos los bienes del ascendiente, pues puede hacer la partición respecto de alguno de ellos entre sus descendientes pero no de otros. Los bienes no comprendidos en la partición se dividirán a la muerte como está dispuesto para las particiones.

También es requisito necesario que los bienes objeto de la partición sean de propiedad exclusiva del ascendiente. Por ende, no pueden estar subordinados a la indivisión con otras personas. Además, no puede comprender bienes futuros, de acuerdo con el art. 2415, en virtud de que la disponibilidad de los bienes debe ser plena pues se transmite en forma irrevocable la propiedad.

Debe respetarse la legítima de los descendientes, de acuerdo con el art. 2417 del Código Civil y Comercial en cuanto prevé la reducción de la partición que no salva la legítima de alguno de los herederos.

Al hacer la partición el ascendiente debe colacionar a la masa las donaciones que hubiera hecho a sus descendientes, dispone el art 2413, aunque se refiere a los bienes que anteriormente haya donado y sean susceptibles de colación.

(48) ZANNONI, Eduardo, *Derecho de las sucesiones*, cit., t. I, p. 722; MAFFÍA, Jorge O., *Tratado de las sucesiones*, cit., t. I, p. 625, nro. 690; AZPIRI, Jorge O., *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho sucesorio*, cit., ps. 472 y ss.

Cuando se trata de una partición por donación el ascendiente podrá dividir sus bienes entre sus descendientes, aunque deberá expresar su voluntad de mejorar. Solamente el acto será susceptible de ser impugnado por los otros herederos cuando por el mismo se haya violado la porción legítima, es decir, la mejora efectuada a uno de los herederos debe haber afectado la porción legítima, en cuyo caso el acto podrá ser atacado⁽⁴⁹⁾. El causante no puede imponer condiciones que afecten la legítima.

La partición transmite irrevocablemente la propiedad de los bienes a los donatarios, aunque el donante puede reservarse el usufructo o pactar una renta vitalicia.

Si bien el Código Civil y Comercial no contiene una norma como el art. 3523 mediante la cual la partición por donación debía hacerse en las formas prescriptas para las demás donaciones de esa clase, de todas maneras debe así interpretarse. Por lo que si la partición comprende bienes inmuebles, por ejemplo, se impone la escritura pública (conf. art. 1017).

Algunas legislaciones, a pesar de las ventajas que se reconocen a la institución, la han eliminado teniendo en cuenta sus inconvenientes como la dificultad en la interpretación de los textos legales, el excesivo favoritismo que a veces se advierte o los inconvenientes derivados de la anulación o rescisión de la partición por ascendiente. Así, el Código italiano de 1942 no la ha incorporado. Por el contrario, el Código Civil francés ha optado por reformarla a fin de perfeccionar la institución.

La donación por ascendiente es considerada como un verdadero pacto sobre herencia futura permitido por la legislación. En efecto, reúne todos los requisitos para así considerarla. Se celebra en previsión de una sucesión todavía no abierta; el objeto del acto forma parte de esa sucesión futura y el mismo se realiza en virtud de un derecho hereditario presuntivo. De allí que la mayoría de la doctrina lo considera una excepción a la prohibición de los pactos sobre herencia futura⁽⁵⁰⁾.

Se ha sostenido que cabe diferenciar la situación de los donatarios en vida del causante y la de estos herederos después del fallecimiento de aquél, este último aspecto es el que nos interesa.

Fallecido el causante y aceptada la herencia en el Código Civil nacían dos acciones, ambas tendientes al resguardo de la legítima, las acciones de reducción y de rescisión; actualmente sólo se prevé la acción de reducción.

(49) SOLARI, Néstor, en BUERES, Alberto J. (dir.) - HIGHTON, Elena I. (coord.), *Código Civil*, cit., t. VI-A, comentario art. 3530, p. 630.

(50) GUASTAVINO, Elías P., "El derecho civil ante la inflación", cit., p. 308, nro. 257.

El Código Civil y Comercial mantiene la partición por ascendiente en los arts. 2411 y siguientes. Expresamente soluciona algunos problemas de interpretación que se presentaban en la doctrina, siguiendo los textos del Proyecto de 1998. Abordaremos alguno de ellos:

a) *Partición por donación de una persona casada*

El primer problema es el referido a la persona casada, disponiendo expresamente en el art. 2411 que la partición de los bienes propios debe incluir al cónyuge que conserva su vocación hereditaria; y estableciendo que la partición de gananciales sólo puede ser efectuada por donación, mediante acto conjunto de los cónyuges.

En este sentido, decía la exposición de motivos del Proyecto de 1998 que "se clarifica la situación de las personas casadas bajo el régimen de comunidad, proponiendo que la partición sólo puede tener por objeto los bienes propios, ya que la de los gananciales significaría una partición anticipada de la comunidad. Pero nada obsta a que puedan ser donados los gananciales requiriéndose el concurso de la voluntad de los dos esposos. No sería aceptable la partición de los gananciales por testamento al encontrarse prohibido el testamento conjunto".

El Código Civil en el art. 3526 establecía que la partición por el ascendiente entre sus descendientes no puede tener lugar cuando existe o continúa de hecho la sociedad conyugal con el cónyuge vivo o sus herederos. Cuando la norma mencionaba a la continuación de hecho de la comunidad de gananciales se estaba refiriendo a la sociedad conyugal que no se encontrara disuelta o aun disuelta no se hallara liquidada.

Para una parte de la doctrina, a pesar de lo dispuesto por el artículo citado, tampoco el ascendiente podría efectuar donación de sus bienes propios, aun cuando lo hiciera juntamente con su cónyuge. En este sentido el art. 3527 disponía que la partición sólo podría hacerse por testamento y no por donación y comprendiendo al cónyuge. Ello era así porque si se le permitiera partir sus bienes propios durante la vigencia de la sociedad conyugal entre sus descendientes, estaría excluyendo al otro cónyuge que tiene derechos de herencia sobre esos bienes en concurrencia con los descendientes⁽⁵¹⁾.

(51) GUASTAVINO, Elías P., "El derecho civil ante la inflación", cit., p. 321, nro. 269, y "Partición donación conjunta", JA 1960-V-35 y ss., secc. doctrina; ZANNONI, Eduardo, *Derecho de las sucesiones*, cit., t. I, p. 727, nro. 733, MAFFÍA, Jorge O., *Tratado de las sucesiones*, cit., t. I, p. 633, nro. 698. Algunos autores sólo tratan la partición por donación conjunta de gananciales sin aludir a los propios como FORNIELES, Salvador, *Tratado de las sucesiones*, cit., t. I, p. 426, nro. 347.

Como decía antes de la reforma Guastavino, también se estaría violando la prohibición del art. 1175, *in fine*, ya que el cónyuge del donante estaría abdicando de una sucesión futura, que no puede salvarse comprendiendo en la donación al cónyuge pues la donación está prohibida entre esposos.

Por el contrario, Bibiloni, en el art. 3082 del Anteproyecto, permitió la partición-donación por ambos esposos entre sus descendientes de los bienes propios y los gananciales.

Parte de la doctrina ha sostenido que si subsiste la sociedad conyugal la partición-donación conjunta se encontraba prohibida tanto respecto de bienes propios como de los gananciales⁽⁵²⁾.

Compartía esta posición Zannoni, para quien durante la sociedad conyugal siendo único titular de los bienes gananciales el cónyuge que los adquirió, sólo él podría efectuar la partición de esos bienes gananciales, el otro a lo sumo podría prestar el asentimiento pero no el consentimiento, pues no tiene la disponibilidad de esos bienes, su derecho se actualiza recién a la disolución de la sociedad conyugal. Pero, aun cuando se admitiese la partición de los bienes gananciales por el ascendiente con asentimiento del cónyuge, agrega este autor, estaríamos en presencia de una típica renuncia durante el matrimonio a los gananciales y a los derechos sobre ellos que invalidaba el art. 1218 del Código Civil, actual art. 447⁽⁵³⁾.

Otros autores sostenían la posibilidad de que ambos cónyuges conjuntamente pudieran realizar la partición de gananciales por donación. Así lo afirmaba Guastavino, quien interpretando los borradores de Vélez y la fuente francesa concluía que el codificador sólo prohibió la partición de gananciales a uno solo de los esposos, por lo que nunca se cuestionó la validez de la partición-donación conjunta de los bienes de la comunidad.

Aduce este autor que la validez de la partición-donación de gananciales conjunta es perfectamente compatible con las normas generales, pues de acuerdo con el anterior art. 3576, el cónyuge, si concurre con descendientes, no tendrá parte alguna en los gananciales del premuerto y no tiene legítima que salvar en la partición de gananciales que efectúe el consorte. Por ello, no existe renuncia a herencia futura prohibida en el Código Civil por los arts. 3311 y 1175. Además no se trata de una donación de un cónyuge a otro, por lo que tampoco tenía aplicación el inc. 1º del art. 1897 que prohibía las donaciones entre esposos durante el matrimonio. De todas maneras, Guastavino consideraba, antes de la ley 23.264, que como el cónyuge

(52) MOLINAS, Alberto J., "De la división hecha por el padre o madre y demás ascendientes entre sus descendientes", JA 1953-I-3, secc. doctrina.

(53) ZANNONI, Eduardo, *Derecho de las sucesiones*, cit., t. I, p. 728, nro. 734.

concurría con los descendientes extramatrimoniales debería exceptuarse de la validez de la partición-donación conjunta de gananciales al supuesto de existencia de descendientes de esa clase⁽⁵⁴⁾.

Seguían también esta posición durante la vigencia del Código Civil, Méndez Costa, Fornieles y Borda⁽⁵⁵⁾.

Maffía, si bien aceptaba la validez de la partición-donación conjunta de ambos cónyuges de los bienes gananciales, realiza precisiones, y así, en primer lugar, dice que sólo se puede hablar de partición-donación conjunta cuando se trata de gananciales adquiridos conjuntamente por ambos cónyuges, pues en los otros casos, se requiera o no el asentimiento, los bienes gananciales son de titularidad exclusiva del cónyuge que los adquirió. Además, sólo resulta procedente en los casos de concurrencia de descendientes que excluyan la vocación sucesoria del cónyuge del donante sobre los bienes gananciales. De no ser así carecería de eficacia el consentimiento al estar alcanzado por la prohibición contenida en el art. 3311⁽⁵⁶⁾.

El Código Civil y Comercial permite la partición por ascendiente de bienes propios, pero incluyendo al cónyuge que conserva la vocación hereditaria. En cuanto a los gananciales, se permite expresamente la donación por acto conjunto de los cónyuges.

Se termina así con la controversia doctrinaria durante la vigencia del Código derogado, ahora la partición por donación de bienes propios debe incluir al cónyuge cuando mantiene su vocación, es decir, cuando no ha perdido la vocación hereditaria por alguna de las causas prevista en la ley. En este supuesto debe recordarse que el art. 1002 no permite contratar a los cónyuges entre sí bajo el régimen de comunidad, por lo que sólo podrán disponer la partición por testamento y no por donación⁽⁵⁷⁾. Sí podrán hacerlo los cónyuges que hayan optado por el régimen de separación de bienes.

En cuanto a los bienes gananciales la ley actual permite la partición por donación de bienes gananciales mediante acto conjunto de ambos cónyuges. Esta disposición merece precisiones, pues siendo los bienes gananciales

(54) GUASTAVINO, Elías P., "El derecho civil ante la inflación", cit., p. 325, nro. 270.

(55) MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Régimen sucesorio de los bienes gananciales*, cit., p. 199, nro. 185 (véase la objeción que efectúa Zannoni a esta autora, en ZANNONI, Eduardo, *Derecho de las sucesiones*, cit., t. I, p. 729, nota 113). BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil. Sucesiones*, cit., t. I, nro. 714; FORNIELES, Salvador, *Tratado de las sucesiones*, cit., t. I, p. 426, nro. 347.

(56) MAFFÍA, Jorge O., *Tratado de las sucesiones*, cit., t. I, p. 633, nro. 698.

(57) MAZZINGHI, Jorge A. M., "La partición de la herencia realizada por ascendientes. Novedades y conflictos a partir de la sanción del Código Civil y Comercial", LL del 19 de diciembre de 2006, AR/DOC/3739/2016.

ciales del cónyuge que los adquirió, sólo él puede disponerlos, por lo que cabe interpretar que se trata de gananciales de adquisición conjunta o en todo caso el donante debe contar con el asentimiento del otro. Si se tratara de bienes de titularidad de uno solo de los cónyuges el cónyuge no titular estaría renunciando anticipadamente a los bienes gananciales que le corresponden en la división de la comunidad.

b) *La acción de colación en la partición por donación*

En cuanto a la acción de colación, si bien no desconozco la opinión de Borda durante la vigencia del Código Civil, en cuanto a la procedencia de la colación en caso de desigualdad de la partición, debo señalar que la acción que reconoce ese autor difiere de la simple colación, pues considera que el obligado a colacionar debe devolver bienes, alejándose de la colación de valores⁽⁵⁸⁾.

Empero, entiendo que los bienes partidos escapan a la colación. La donación partición opera por sí misma una liquidación sucesoria, y como debe comprenderse so pena de nulidad a todos los descendientes, los bienes donados no podrían dar lugar a la acción de colación⁽⁵⁹⁾.

Además, encontrándose permitida la partición por donación y requiriéndose la conformidad de los descendientes en la cual todos ellos reciben bienes por donación, el ejercicio de la colación implicaría ir contra los propios actos anteriores. El Código en tal caso sólo resguarda la integridad de la legítima de los herederos, aun cuando éstos renunciaran a las acciones respectivas.

En este sentido, se ha resuelto siguiendo a la doctrina citada, que a partir del silencio acerca de la admisibilidad de la acción de colación en el caso de partición por el ascendiente, dicha acción es improcedente, ya que la partición-donación opera por sí misma una liquidación sucesoria y como debe comprenderse a todos los descendientes bajo sanción de nulidad, los bienes donados no podrían dar lugar a una acción de colación⁽⁶⁰⁾.

Por último, debe señalarse que la aceptación de la partición por donación no les impide a los descendientes, después de la muerte del causante, repudiar la herencia o aceptarla y ejercer la acción de reducción.

(58) BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil. Sucesiones*, cit., t. I, p. 557, nro. 755.

(59) JOSSELAND, Louis, *Derecho civil*, t. III, vol. III, nro. 1941, p. 457; RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean, *Tratado de derecho civil*, cit., t. XI, nro. 3972, p. 402; MAFFÍA, Jorge O., *Tratado de las sucesiones*, cit., t. I, p. 637.

(60) CNCiv., sala G, 4/11/1986, "Zavalía H. v. Zavalía, E. D. y otros", LL 1987-C-206.

c) *La acción de protección de la legítima en la partición por ascendiente*

El art. 3524 del Código anterior establecía que sea la partición por donación entre vivos o por testamento, el ascendiente puede dar a uno o alguno de sus hijos, la parte de los bienes de que la ley le permite disponer; pero no se entenderá que les da por mejora la parte de que la ley le permite disponer con ese objeto si en el testamento no hubiere cláusula de mejora. El exceso sobre la parte disponible será de ningún valor. En la partición por donación, no puede haber cláusula de mejora.

En este sentido y en concordancia con lo que venimos sosteniendo respecto de la colación, se ha dicho, siguiendo a Machado, que cualquiera que fuera la desigualdad que el ascendiente hubiera establecido en los distintos lotes, no habría en ese acto una donación entre vivos, ni un legado por mejora si en efecto el ascendiente no hubiera declarado donar o legar la diferencia y sólo habría partición. Por lo tanto, la necesidad de una dispensa de colación o de una cláusula de mejora que se concibe en una donación o legado ordinario, parece difícil de justificar en una partición por ascendiente⁽⁶¹⁾.

Para Fornieles surgía del art. 3524 una contradicción expresa por lo que era forzoso elegir entre alguna de las dos partes del precepto, lo que sostenía debía hacerse a favor de la última porque ella se conciliaba mejor con el art. 3484 que no permitía mejorar sino en testamento⁽⁶²⁾.

Entendíamos con Machado que por sus características y funciones la partición-donación no puede contener una cláusula de mejora, típica de las donaciones ordinarias y de legados. Aunque se haya establecido desigualdades entre los descendientes es innecesaria la cláusula de mejora, pues el acto es una operación divisoria y definitiva realizada por el ascendiente antes de su muerte, y que debe respetarse mientras no vulnere la legítima⁽⁶³⁾.

Cabe concluir que si el donante forma lotes desiguales, que no agravan la legítima del descendiente, esa desigualdad es igualmente válida. En definitiva, el ascendiente puede utilizar la porción disponible en la partición-donación para favorecer a uno de los descendientes donatarios.

Distinta es la situación en caso de agravarse la legítima en la desigualdad de los lotes.

(61) MACHADO, José O., *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, Buenos Aires, 1898, t. IX, ps. 222 y ss. y su nota, siguiendo la posición de Demolombe; MAFFÍA, Jorge O., *Tratado de las sucesiones*, cit., t. I, p. 643, nro. 712. GUASTAVINO, Elías P., "El derecho civil ante la inflación", cit., ps. 336 y ss., nro. 285.

(62) FORNIELES, Salvador, *Tratado de las sucesiones*, cit., t. I, nro. 351.

(63) GUASTAVINO, Elías P., "El derecho civil ante la inflación", cit., p. 337, nro. 285.

El Código Civil y Comercial reconoce la acción de reducción de la porción asignada a alguno de los partícipes cuando agravia la legítima. Así el descendiente omitido en la partición por donación o nacido después de realizada ésta y el que ha recibido un lote de valor inferior al correspondiente a su porción legítima, pueden ejercer la acción de reducción si a la apertura de la sucesión no existen otros bienes del causante suficientes para cubrirla.

La imposibilidad de ejercer esta acción antes de la muerte del ascendiente se debe a dos razones fundamentales: la primera en que sólo con la apertura de la sucesión se adquiere la calidad de heredero y la segunda, que para calcular la porción disponible y por consiguiente conocer si está afectada la legítima debe computarse el patrimonio del causante en ese momento.

Se ha eliminado con buen criterio la acción de rescisión. Los arts. 3526 y 3537 del Código Civil han dado lugar a distintas interpretaciones en virtud de la confusión de sus textos y del apartamiento de la fuente francesa, por la cual la acción de rescisión se otorgaba cuando la lesión superaba la cuarta parte; de lo contrario, sólo podía ejercer la acción de reducción.

De acuerdo con lo sostenido por Aubry y Rau, fuente de nuestro codificador, la acción de rescisión comprende el supuesto de lesión en más del cuarto que sufre el heredero respecto de la parte que le debió corresponder; la acción de reducción se acuerda cuando la formación de las hijuelas, más las liberalidades hechas a título de mejora a uno de los copartícipes resulta que este último ha recibido un beneficio que excede de la porción disponible. En el primer caso, la lesión conlleva a la nulidad de la partición, como efecto de la rescisión; en el segundo, sólo a la reducción del exceso⁽⁶⁴⁾.

La diferencia con el texto del art. 1079 del Código francés dificultaba la interpretación de nuestra ley, pues había autores que no advertían diferencias entre ambas acciones. Entendíamos con Guastavino, como interpretación correctora, que la acción de rescisión del art. 3536 procedía si la partición por donación o por testamento no salvaba la legítima de alguno de los herederos forzosos, cuando el favorecido con el excedente de la porción disponible era un extraño. En estos casos la legítima no se salva recurriendo a la reducción. La rescisión dejará sin efecto la partición y exigirá una nueva partición una vez incluidos los bienes o valores que salvan la porción legítima⁽⁶⁵⁾.

(64) AUBRY ET RAU, *Cours de droit civil français*, 4ª ed., París, 1869-1878, t. VIII, nro. 734.

(65) GUASTAVINO, ELÍAS P., *Pactos sobre herencia futura*, cit., p. 351, nro. 311; ZANNONI, EDUARDO, *Derecho de las sucesiones*, cit., t. I, p. 734, nro. 739.

El art. 2417 trata entonces de una acción de protección de la legítima, que se acuerda para reducir los valores incluidos en la partición del ascendiente, hasta dejar salvada la legítima. En definitiva, con el ejercicio de la acción que persigue la reducción, el legitimario quedará satisfecho obteniendo del favorecido indebidamente la integración de su legítima, sin que ello altere las restantes hijuelas. La norma deja a salvo que existieran otros bienes del causante suficientes para cubrirla. O sea, que si la legítima puede cubrirse con otros bienes, ya no habría posibilidad de ejercer la acción.

d) *La mejora en la partición por donación*

Otro de los problemas que presentaba la interpretación del Código Civil lo resuelve en el art. 2414 de la nueva legislación permitiendo que en la partición el ascendiente pueda mejorar a alguno de sus descendientes o al cónyuge dentro de los límites de la porción disponible, pero debe manifestarlo expresamente.

Cabe recordar que siguiendo a Machado sostuvimos que por sus características y funciones la partición-donación no puede contener una cláusula de mejora, típica de las donaciones ordinarias y de legados. Aunque se hayan establecido desigualdades entre los descendientes es innecesaria la cláusula de mejora, pues el acto es una operación divisoria y definitiva realizada por el ascendiente antes de su muerte, y que debe respetarse mientras no vulnere la legítima. Empero, la nueva legislación en el art. 2414 permite expresamente la cláusula de mejora en la partición por donación.

Esta disposición concuerda con el art. 2385 del Código Civil y Comercial que permite cláusula de dispensa o de mejora no sólo en el testamento sino también en el acto de donación, terminando así con la discusión anterior en cuanto a la interpretación de los arts. 3484 y 1805 del Código Civil.

e) *Revocación*

Se prevé, reproduciendo al Proyecto de 1998, la revocación de la partición por donación con relación a uno o más de los donatarios, en los casos en que se autoriza la revocación de las donaciones y cuando el donatario incurre en actos que justifican la exclusión de la herencia por indignidad.

VIII. Palabras finales

Como advertencia final debo aclarar que no he pretendido agotar el tema sino sólo señalar los aciertos, los errores y omisiones de las nuevas normas y proponer algunas interpretaciones.

Asimismo, las normas vigentes plantean nuevos y viejos problemas que requieren diversas soluciones de la doctrina y jurisprudencia y, así como fue necesario con el Código de Vélez, el paso del tiempo resultará importante para llegar a la interpretación más justa de los artículos del Código Civil y Comercial. Estamos en los comienzos y seguramente vendrán rectificaciones y reformas. ♦

ACCIONES QUE HABILITA EL SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS

POR LUIS F. P. LEIVA FERNÁNDEZ

SUMARIO: I. Concepto y alcance de saneamiento. II. Legitimación activa. III. Legitimación pasiva. IV. Modificación contractual de la garantía. V. Acciones a las que faculta el saneamiento. VI. El saneamiento por vicios ocultos. VII. Acciones que habilita el saneamiento por vicios ocultos y por vicios redhibitorios.

I. Concepto y alcance de saneamiento

1. Concepto de saneamiento

Aunque el *Diccionario* de la Real Academia Española entiende por saneamiento la "acción y efecto de sanear" y, sanear, como "indemnizar al comprador por la evicción o por el vicio oculto de la cosa vendida", el concepto jurídico va más allá.

En los Fundamentos del Proyecto de 1998 se expresó "el saneamiento pues, abarca las garantías por evicción y por vicios redhibitorios (...) pero excede ese ámbito, pues la garantía por evicción obliga al transmitente a título oneroso a salir en defensa del adquirente (art 2108, Código Civil) y, si la evicción se produce, a hacerle restituciones y a indemnizarlo (por ejemplo artículos 2118 a 2121, Código Civil; de los que surge que la garantía por vicios redhibitorios da derecho al adquirente a título oneroso para 'ejercer la acción redhibitoria para dejar sin efecto el contrato', y —si se trata del comprador— 'la acción para que se baje el precio del menor valor de la cosa por el vicio redhibitorio —acción *quantum minoris* o estimatoria...)—. El saneamiento — mencionado a veces por el Código Civil (hoy derogado) artículos 1414, 2109, 2110, 2159, 2173, 3957, nota a los artículos 923 y 3970— va más allá, porque también da lugar a que el adquirente ejerza las acciones de cumplimiento de contrato: por lo tanto, aquel tiene asimismo derecho a requerir al garante que perfeccione el título o subsane los defectos (artículo

lo 505, inc. 1º Código Civil), o que le indemnice los daños que ha sufrido (artículo 505, inc. 3º Código Civil)”.

Aunque esa postura fue la del Proyecto de 1998, cuyo art. 997 es idéntico al art. 1033 del Código Civil y Comercial de la Nación, en el Código vigente se introdujeron instituciones no previstas en su antecedente.

A ello me referiré en el presente ensayo haciendo hincapié en las novedades vigentes y en las dudas que pueden suscitar.

2. Ubicación metodológica de las normas sobre saneamiento

En el Código Civil y Comercial la obligación de saneamiento está contenida en la sección 4 del capítulo 9 que regula los efectos de los contratos, y a ésta, como parte del título II que legisla sobre la cuestión contractual en general.

Esto marca una diferencia metodológica con el Código de Vélez, el cual a la hora de regular sobre evicción y vicios redhibitorios, ubicaba a estos institutos en los títulos XII y XIV de la sección tercera del Libro Segundo entre dos contratos típicos como lo son el contrato oneroso de renta vitalicia y el contrato de depósito, donde dedicaba seis capítulos a la evicción en materia de compraventa, permuta, sociedad, copartícipes, donación, y cesión de créditos. Pero, además, en múltiples oportunidades la evicción estaba tratada en situaciones singulares como, v.gr., en la transacción, la compraventa, locación, sociedad, donación, fianza, posesión, usufructo, servidumbres, etcétera.

De cualquier manera corresponde señalar que la metodología adoptada por Vélez, al dedicarle todo un título a la evicción, implica un acierto si se lo compara con los códigos de la época, y aun en los posteriores como el BGB⁽¹⁾ y el Código Civil italiano de 1942⁽²⁾.

Es un acierto la ubicación dada por el Código Civil y Comercial a este instituto, ya que al ser la evicción y los vicios ocultos elementos naturales de los contratos a título oneroso, debían ser tratados en la parte general.

Hay entonces un plexo normativo común a la evicción y a los vicios ocultos otro regulatorio de la evicción y finalmente el pertinente a los vicios ocultos.

En este ensayo sólo me referiré al primero y al último.

(1) Cit. a ENNECCERUS, Ludwig - LEHMANN, Heinrich, *Derecho de obligaciones*, vol. 2, §§ 106 y 107, ps. 40 a 47.

(2) SPOTA, Alberto G. - LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. VII, nro. 2175, p. 900.

3. Alcance del saneamiento. El saneamiento como supuesto de responsabilidad poscontractual

El saneamiento es esencialmente un supuesto específico de responsabilidad civil reglado con normas propias.

Se responde tanto por la transmisión a título oneroso de cosas, como de bienes en sentido estricto. Su ámbito excede al de la compraventa, pues comprende incluso a la división de cosas comunes y a la transmisión de bienes que no son cosas.

En algún caso configurará un supuesto de responsabilidad poscontractual de origen legal⁽³⁾ que opera cuando se han cumplido las prestaciones principales del contrato⁽⁴⁾, de modo que salvo el supuesto que se trate de contratos en los que la prestación no se cumple de inmediato, v.gr., pago diferido o en cuotas, la mayoría de los casos será poscontractual.

4. Oportunidad en que procede el saneamiento

“Antes que se produzca la transmisión del derecho, por más que se haya celebrado un contrato a título oneroso, no juegan las normas de la garantía de evicción o por vicios ocultos y debe acudir a los principios relativos al incumplimiento contractual o la nulidad”⁽⁵⁾.

II. Legitimación activa

5. Legitimación activa de las acciones por saneamiento

Se legitima como acreedor de las acciones por saneamiento al adquirente a título oneroso, a sus sucesores, sean *mortis causae* o entre vivos a título singular, que hayan adquirido de su causante a título oneroso o a título gratuito

Sin embargo este último supuesto, la protección del adquirente a título gratuito, sigue constituyendo una excepción

(3) SPOTA, Alberto G. - LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, cit., t. IV, nro. 978, p. 370.

(4) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “La responsabilidad postcontractual”, en LL 2002-D-1336; id., *Ensayos de derecho civil y técnica legislativa*, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 508.

(5) CAFFERATA, Juan, “Análisis de la obligación de saneamiento en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012”, <http://bicentenario.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/analisis-de-la-obligacion-de-saneamiento-en-el-proyecto-de-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-de-2012>. En el mismo sentido sobre el efecto del mero contrato de compraventa sin concurrencia del modo, v. GAITÁN, María Cristina, en CURÁ, José M. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Orientado a contadores*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. III, p. 333.

6. La acción al adquirente a título gratuito

Por excepción los subadquirentes a título gratuito tienen acción directa para reclamar el saneamiento a quienes les transmitieron el derecho a título oneroso a su antecesor en el dominio.

Se trata de una solución muy antigua y arraigada⁽⁶⁾ desde el derecho romano, tanto en el Código Justiniano⁽⁷⁾ como en el Digesto⁽⁸⁾ de donde pasó a diversos códigos como el austríaco (art. 945), el argentino, etcétera.

Si bien el subadquirente no podría dirigir su acción contra aquel que le transmitió la propiedad del bien de modo gratuito, nada obsta a que demande a los antecesores del enajenante que hayan transmitido el bien a título oneroso a su transmitente.

Hoy resulta del art. 1035⁽⁹⁾ tomado del art. 999 del Proyecto de 1998.

7. Supuestos excluidos de la protección al adquirente a título gratuito

Como excepción a la excepción se niega protección al adquirente a título gratuito en tres circunstancias previstas en el art. 1556 del Código Civil y Comercial de la Nación⁽¹⁰⁾. Las cuatro excepciones son prácticamente idénticas a las que establecía el Código de Vélez en sus arts. 2145 y 2146.

a) Pacto de garantía

Esta excepción que surge del art. 1556, inc. a), establece que el donante debe responder por saneamiento si expresamente asumió esa obligación,

(6) Conf. ALTERINI, Atilio A., *Contratos. Teoría general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 545.

(7) Ley 2, tít. 45, Lib. 8, Código romano, en *Cuerpo del derecho civil romano*, a doble texto traducido al castellano del latino por D. Ildefonso L. GARCÍA DEL CORRAL, imp. de Redondo y Xumetra, Barcelona, 1895, Código, t. II, p. 376.

(8) Ley 18, § 3, tít. 5, Lib. 39, Digesto, en *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto traducido al castellano del latino por D. Ildefonso L. GARCÍA DEL CORRAL, imp. de Redondo y Xumetra, Barcelona, 1897, Digesto, t. III, p. 195.

(9) Art. 1035: "Adquisición a título gratuito. El adquirente a título gratuito puede ejercer en su provecho las acciones de responsabilidad por saneamiento correspondientes a sus antecesores".

(10) Art. 1556: "Garantía por evicción. El donante sólo responde por evicción en los siguientes casos:

"a) si expresamente ha asumido esa obligación;
"b) si la donación se ha hecho de mala fe, sabiendo el donante que la cosa donada no era suya e ignorándolo el donatario;
"c) si la evicción se produce por causa del donante;
"d) si las donaciones son mutuas, remuneratorias o con cargo".

la claridad del inciso (superadora en lo gramatical del inc. 1º del art 2146)⁽¹¹⁾ dispensa de efectuar mayores comentarios.

Se trata del denominado pacto de garantía⁽¹²⁾ por el cual las partes pueden ampliarla o disminuirla conforme lo autoriza el art. 1036⁽¹³⁾.

Como se trata de una excepción, el pacto debe ser expreso⁽¹⁴⁾.

b) Donación de mala fe por conocer el donante que la cosa no era suya

Aunque se mantiene en esencia la redacción del inc. 2º del art. 2146 del Código de Vélez, se añadió un agregado importante ya que "para la configuración de la mala fe, además del conocimiento por parte del donante que la cosa era ajena, el nuevo inciso suma otro requisito: que el donatario no lo supiera. Esta adecuación ya había sido dispuesta en términos interpretativos por la doctrina, al analizarse en armonía con lo dispuesto por el art. 2148 Cód. Civil (BORDA, LÓPEZ DE ZAVALÍA, LLAMBÍAS)"⁽¹⁵⁾.

Es que en realidad este supuesto previsto en el art 1556, inc. b), no se trata de donación, pues le falta la *causa donandi*, ya que el pretense donante nunca tuvo la intención de transmitir el dominio de algo que no le pertenecía. Sólo formalmente se recubre de las formas de una donación.

c) Evicción producida por el propio donante

Esta excepción que resulta del inc. c) del art. 1556, sólo es viable respecto de la evicción, no de los vicios ocultos.

Comprende los casos en los que el donante asumió obligaciones que comprometerían la propiedad del bien antes de donarlo y que incumplió con

(11) Art. 2146: "Exceptúanse de la disposición del artículo anterior los casos siguientes:

"1º Cuando el donante ha prometido expresamente la garantía de la donación;
"2º Cuando la donación fue hecha de mala fe, sabiendo el donante que la cosa era ajena;
"3º Cuando fuere donación con cargos;
"4º Cuando la donación fuere remuneratoria;
"5º Cuando la evicción tiene por causa la inejecución de alguna obligación que el donante tomara sobre sí en el acto de la donación".

(12) Conf. CIFUENTES, Santos, en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) - ZANNONI, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, Astrea, Buenos Aires, 2004, t. 9, p. 752, comentario al art. 2146.

(13) Art. 1036: "Disponibilidad. La responsabilidad por saneamiento existe aunque no haya sido estipulada por las partes. Éstas pueden aumentarla, disminuirla o suprimirla, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente".

(14) Conf. CIFUENTES, Santos, en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) - ZANNONI, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, cit., t. 9, p. 753.

(15) OTERO, Esteban D., en RIVERA, Julio César - MEDINA, Graciela (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. IV, p. 696.

posterioridad en forma tal que las consecuencias de su incumplimiento (v.gr., como la falta de pago de una hipoteca) termina recayendo sobre el donatario. Es el caso que preveía específicamente el derogado art. 2151 del Código de Vélez, y, desde luego, la turbación por el propio donante.

d) *Donaciones mutuas, remuneratorias o con cargo*

La excepción prevista en el inc. d) del art. 1556, en realidad se trata de donaciones que no son a título gratuito (art. 1564 del Código Civil y Comercial de la Nación), pues tienen por contraprestación otra donación, o implican una forma de "pago" al que el donante se consideraba moralmente obligado, o tienen una carga que —en alguna medida— también le priva de gratuidad.

Se sostiene —sin embargo— que algún tipo de cargo puede resultar insignificante y no deberían habilitar el carácter oneroso de la donación⁽¹⁶⁾. Y es cierto.

Hay veces en que la retribución es meramente simbólica para superar los reparos sociales del donatario en recibir la donación. Otras tienen causas totalmente alejadas de la onerosidad pero no menos interesantes, como la que se acostumbra en el campo argentino donde es común que al regalarse un facón o cuchillo el donatario lo retribuya con una moneda de ínfimo valor. Es parte de la leyenda rural según la cual el donatario del cuchillo, en el futuro matará con él al donante, y para evitarlo se engaña a la "maldición legendaria" retribuyendo mínimamente el regalo para que en vez de ser donado sea comprado, aunque sea por precio vil.

III. Legitimación pasiva

8. *Legitimación pasiva de las acciones originadas en el saneamiento*

El artículo 1033 prevé en tres incisos quiénes son los obligados a responder por saneamiento:

a) *El transmitente de cosas a título oneroso*

El inciso a) expresa que todo aquel que transmite cosas a título oneroso se transforma en garante, frente a su adquirente, por cualquier vicio jurídico que afecte a la cosa transmitida como así también, por cualquier defecto material que tenga.

(16) Conf. LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, t. III, p. 612.

b) *Quid de la transmisión de bienes en sentido estricto a título oneroso*

El saneamiento también opera en los contratos onerosos en los que no se transmite ni se atribuye la propiedad, sino la mera posesión, porque de lo contrario quedarían sin protección todas las compraventas de bienes sujetos a registración constitutiva, como los automotores, en los que podrían manifestarse vicios ocultos, y porque no surge el dominio hasta la registración constitutiva, el adquirente a título oneroso debería esperar a la inscripción, lo que no parece razonable. Y en caso de no inscribir en el registro constitutivo debería soportar los vicios ocultos sin acción alguna más que la de nulidad de todo el contrato.

Lo mismo ocurre en la unión de posesiones (art. 1901, 2º párr.) en la que el transmitente cede a título oneroso al adquirente, no un derecho sino la posesión sobre una cosa que —al menos— debe estar libre de vicios ocultos.

Es que la posesión, que no es un derecho real, ni transmite ni atribuye la propiedad, sí es un bien que por ende queda comprendido en el inciso a) del art. 1033 dentro de los amparados por el saneamiento.

c) *El que ha dividido bienes con otros*

También procede el saneamiento en los casos de partición de bienes y cosas (art. 1033, inc. b)), pese a la incidencia del efecto declarativo sobre la partición que prevé el art. 2403⁽¹⁷⁾, a cuyas reglas remite el art. 1996 para la división de condominio.

d) *Los respectivos antecesores, si han efectuado la correspondiente transferencia a título oneroso*

La garantía es debida no sólo por el transmitente sino por sus antecesores, en la medida en que hayan efectuado la transferencia a título oneroso (art. 1033, inc. c)), lo que ya encontraba apoyatura en la nota al ar-

(17) Art. 2403: "Efecto declarativo. La partición es declarativa y no traslativa de derechos. En razón de ella, se juzga que cada heredero sucede solo e inmediatamente al causante en los bienes comprendidos en su hijuela y en los que se le atribuyen por licitación, y que no tuvo derecho alguno en los que corresponden a sus coherederos.

"Igual solución se entiende respecto de los bienes atribuidos por cualquier otro acto que ha tenido por efecto hacer cesar la indivisión totalmente, o de manera parcial sólo respecto a ciertos bienes o ciertos herederos.

"Los actos válidamente otorgados respecto de algún bien de la masa hereditaria conservan sus efectos a consecuencia de la partición, sea quien sea el adjudicatario de los bienes que fueron objeto de esos actos".

título 2109 del Código de Vélez y hoy por el artículo 1035 del Código Civil y Comercial⁽¹⁸⁾.

IV. Modificación contractual de la garantía

9. Validez de la modificación contractual de la garantía

Siempre que no se encuentre comprometido el orden público, el Código Civil y Comercial permite expresamente a las partes aumentar, suprimir o disminuir las cláusulas referidas a la garantía de saneamiento.

En ausencia de previsión contractual se aplica el artículo 1036 del Código Civil y Comercial de la Nación⁽¹⁹⁾ —que establece que la garantía de saneamiento es una cláusula natural de los contratos a título oneroso, establecida implícitamente, de pleno derecho, aunque las partes nada hubiesen dicho o estipulado al respecto (artículos 1037 y 1038)—.

La ampliación de responsabilidad no es referida al monto de la indemnización que bien puede incrementarse por intermedio de una cláusula penal, sino de la previsión de eventos por los que quepa responder. El ejemplo más sencillo se advierte en el incremento de circunstancias consideradas vicios ocultos.

La supresión es muy común en materia de compraventa de automotores usados respecto de los vicios ocultos que puedan tener, lo que se suele hacer mediante el uso de la fórmula que expone que el comprador declara conocer y aceptar el estado del vehículo; donde el conocimiento de los defectos (que en realidad el comprador ignora) es suficiente para excluir el saneamiento respecto de vicios ocultos que, por definición, son ocultos.

10. Modificaciones contractuales prohibidas por la ley

El Código Civil y Comercial de la Nación invalida a dos supuestos contenidos en el art. 1038.

a) *Enajenante que conoció o debió conocer el peligro que origina el saneamiento*

La regla contenida en el inciso a) dispone una solución idéntica a la del art. 2099 del Código histórico.

(18) Art. 1035: "Adquisición a título gratuito. El adquirente a título gratuito puede ejercer en su provecho las acciones de responsabilidad por saneamiento correspondientes a sus antecesores".

(19) Art. 1036: "Disponibilidad. La responsabilidad por saneamiento existe aunque no haya sido estipulada por las partes. Éstas pueden aumentarla, disminuirla o suprimirla, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente".

En mi opinión lo que en la redacción de Vélez se expresaba como mala fe, en el Código Civil y Comercial se describe como conocer —que es comprensivo del dolo— y haber debido conocer —configurativo de la culpa—.

b) *Enajenante que actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde la enajenación, si el adquirente no lo hace*

La invalidez prevista en el inc. b) del art. 1038 es de una aplicación de la regla del derogado art. 902⁽²⁰⁾ ahora contenida en el art. 1725⁽²¹⁾. Regla que por su trascendencia —podría estar tanto en la *Biblia* como en *El capital* de Carlos Marx—.

La regla en la redacción actual dispone: "Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias".

El mayor conocimiento que otorga la habitualidad que caracteriza a una profesión trae aparejada mayor responsabilidad en la distribución de las consecuencias dañosas que resulten de lo actuado.

Si un filósofo vende su automóvil, es probable que ignore el estado de su mecánica salvo en los defectos que ya se han manifestado, pero si el que vende el automóvil es un mecánico, no es aceptable creer que su conocimiento del estado del vehículo sea comparable al del filósofo.

El conocimiento no proviene sólo de las profesiones que se ejercen con título habilitante, sino a lo conocido como carácter profesional, consistente en percibir una retribución por una actividad que se desarrolla habitualmente.

Esa ventaja en el conocimiento de una de las partes sobre la otra se diluye cuando ambas comparten la misma profesionalidad.

Queda comprendido, v.gr., el comerciante vendedor de automóviles usados que hace de ello profesión habitual; porque aunque él no tenga

(20) Art. 902: "Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos".

(21) Art. 1725: "Valoración de la conducta. Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias".

"Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes.

"Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente".

conocimientos de mecánica del automóvil, sí los tiene de venta de autos usados por lo que no ignora que es de buena práctica hacerlos examinar por un mecánico antes de comprarlos (o de venderlos).

11. *Carácter de la invalidez de las cláusulas prohibidas*

La sanción prevista en el Código Civil y Comercial de la Nación es tener por no convenida la cláusula pertinente. Es un eufemismo para referirse a la sanción de nulidad relativa⁽²²⁾.

En cuanto tal que se rige por lo dispuesto en el art. 388⁽²³⁾.

V. Acciones a las que faculta el saneamiento

12. *La previsión del art. 1039 del Código Civil y Comercial de la Nación*

El saneamiento constituye una garantía que se otorga a los adquirentes a título oneroso y al adquirente a título gratuito en el caso del art. 1035. Si por ocurrir el evento que la desencadena debe hacerse efectiva la garantía, el adquirente garantizado tiene varios cursos de acción señalados en el art. 1039 que expresa "Responsabilidad por saneamiento. El acreedor de la obligación de saneamiento tiene derecho a optar entre:

- "a. reclamar el saneamiento del título o la subsanación de los vicios;
- "b. reclamar un bien equivalente, si es fungible;
- "c. declarar la resolución del contrato, excepto en los casos previstos por los artículos 1050 y 1057".

Se aplica dicha regla por igual a ambas especies del género garantía de saneamiento, a la evicción y a los vicios ocultos, conforme lo que establece el art. 1034 que dispone: "Garantías comprendidas en la obligación de saneamiento. El obligado al saneamiento garantiza por evicción y por

(22) El supuesto es análogo al previsto en el art. 1276 para el contrato de obra, y en el de transporte en el art. 1292, en el depósito necesario en el contrato de hotelería en el art. 1374, en el contrato de caja de seguridad bancaria en el art. 1414, en el contrato de cesión de posición contractual en el art. 1639. Todos ellos son meras aplicaciones de la regla del art. 1038.

(23) Art. 388: "Nulidad relativa. Consecuencias. La nulidad relativa sólo puede declararse a instancia de las personas en cuyo beneficio se establece.

"Excepcionalmente puede invocarla la otra parte, si es de buena fe y ha experimentado un perjuicio importante. Puede sanearse por la confirmación del acto y por la prescripción de la acción. La parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto, no puede alegarla si obró con dolo".

vicios ocultos conforme a lo dispuesto en esta Sección, sin perjuicio de las normas especiales".

Es decir que en cada especie de vicio —evicción o vicios ocultos— deben sumarse en forma coordinada las previsiones específicas.

13. *Quid: ¿Existe una jerarquía entre los incisos del art. 1039?*

¿Existe una jerarquía entre los incisos del art. 1039 que obligue a recurrir a los precedentes antes que los consecuentes?

Aunque la norma no establece ninguna jerarquía entre los incisos, el principio de conservación de los actos jurídicos y los contratos parece requerir que al menos el primer inciso —el saneamiento en especie— debe constituir la opción primaria del acreedor por saneamiento, como parece exigirlo el art. 730 en materia de facultades del acreedor ante el incumplimiento de las obligaciones.

Si no fuese posible para el deudor del saneamiento, sanear la evicción o los vicios ocultos, quedarían expeditas sucesivamente las opciones de los incisos b) y c) del art. 1039, pues reclamar un bien análogo si lo prometido es fungible también satisface el objeto originario del contrato, por la calidad que se sigue del carácter fungible en el que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie, y pueden sustituirse por otras de la misma calidad (art. 232, Código Civil y Comercial de la Nación).

14. *Quid: ¿Puede renunciarse a alguna de las acciones?*

¿Podría al adquirente renunciar a alguna de ellas, v.gr., pactando que no recurrirá a la resolución del contrato?

Esta posibilidad que suele verse con frecuencia en el campo del derecho del consumidor mediante el uso de la cláusula de adhesión en la que el comerciante prescribe que en ningún caso se devolverá el dinero sino que en caso de procederse a la devolución se cambiará el producto por otro de similar valor, objetable en el marco tuitivo del derecho del consumo, no parece merecer objeciones fuera de ese ámbito. Sería una renuncia a utilizar el inciso c) del art. 1039, no objetable.

15. *Quid: El titular de las acciones, ¿debe justificar recurrir a un inciso determinado demostrando (o al menos invocando) que no resultan satisfactorias las soluciones de los incisos que preceden?*

La respuesta es negativa, él es el único juez de la satisfacción del interés que le llevó a contratar de modo que sólo a él incumbe la motivación para

ejercer una u otra acción de las del art. 1039. Ése es el significado que cabe asignarle a la expresión "tiene derecho a optar entre", utilizado por el acápite del art. 1039.

16. Quid: ¿En todos los casos se habilitan cualquiera de las tres acciones o hay algunas que en determinados casos resultan inconducentes?

El inciso b) del art 1039, que autoriza a la sustitución, sólo se aplica a las cosas fungibles. Pero además, en algunas circunstancias hay acciones inconducentes. V.gr., de nada serviría que se intente subsanar vicios ocultos en una antigüedad histórica, porque aunque se repare por un restaurador su valor se encontrará siempre disminuido, a la par que por ser única no es sustituible.

También el mismo inciso c) prohíbe la acción de resolución en dos circunstancias: respecto de la evicción cuando el adquirente prescribe adquisitivamente (art. 1050) y respecto de los vicios ocultos si el defecto es subsanable (art. 1057).

17. Primera acción: el saneamiento en especie

Sin duda la acción del primer inciso del art. 1039 es la única que satisface el cumplimiento de la obligación⁽²⁴⁾, ya sea que se trate de evicción o vicios ocultos⁽²⁵⁾. Para el primer caso se faculta al acreedor a solicitar al deudor de la obligación el saneamiento del título. Idéntica solución concurre en el caso de vicios ocultos, si el defecto de la cosa puede ser subsanado.

Pero, aunque el saneamiento en especie es el que mejor satisface a la causa del contrato, no es menos cierto que bajo alguna circunstancia no es materialmente posible ejercerla.

Sin embargo en algún caso, en materia de vicios ocultos redhibitorios — de alguna manera— el adquirente está obligado a aceptar la subsanación del defecto (v.gr., aceptando el *service* ofrecido por el transmitente) si es ofrecida por el transmitente, porque en caso contrario no tendrá derecho a resolver (art. 1057). Aun así, antes de resolver, si el adquirente se negase a subsanar el defecto podría recurrir a la sustitución por una cosa análoga si existiese.

(24) La ejecución *in natura* implica que el acreedor podrá lograr que su derecho creditorio tenga una identidad plena con el contenido de la prestación, tal como si el deudor hubiera cumplido. COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H., en RIVERA, Julio César - MEDINA, Graciela (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, cit., t. III, p. 22.

(25) Conf. ALTERINI, Atilio A., *Contratos. Teoría general*, cit., p. 546; PLANIOL, Marcelo - RIPERT, Jorge, *Tratado práctico de derecho civil francés*, Cultural, La Habana, 1946, t. X, p. 147.

18. Segunda acción: sustitución por un bien equivalente

En segundo término se faculta al acreedor a reclamar un bien equivalente. Quedan descartados los inmuebles por no ser fungibles y —trátándose de evicción— en supuestos especiales, algunos derechos. La solución implica que existan cosas equivalentes con título perfecto (en el caso de saneamiento por evicción) o sin defectos ocultos en el caso de la redhibición⁽²⁶⁾.

En el derecho del consumo es la solución que suele establecer el fabricante ante defectos de fabricación.

El ejercicio de esta acción no impide accionar además por los daños y perjuicios que la situación le ocasiona al acreedor de la garantía (art. 1040).

También aquí, en materia de vicios ocultos redhibitorios, de alguna manera el adquirente está obligado a aceptar la cosa análoga si es ofrecida por el transmitente, porque en caso contrario no tendrá derecho a resolver (arg. art. 1057, y principio de conservación del contrato).

19. Tercera acción: la resolución del contrato. Efectos

En analogía con las acciones previstas en el art. 730 para el acreedor frente al incumplimiento de la obligación que le es debida⁽²⁷⁾, el art. 1039 autoriza un último curso de acción posible: resolver el contrato. Es la *ultima ratio*.

El último inciso del artículo 1039 del Código Civil y Comercial de la Nación establece la posibilidad de declarar la resolución del contrato, la cual tendría efecto retroactivo (art. 1079, inc. b)), debiendo las partes restituirse lo que se hubiesen entregado, no en consideración al contrato sino a lo que resulte de los respectivos títulos sobre lo entregado (arts. 1080, 760 y 761) y quedando en cabeza del acreedor la acción por daños y perjuicios (art. 1040) contra el obligado por saneamiento.

La resolución puede ser total o sólo parcial (art. 1083). Si es parcial, debe reducirse la contraprestación en proporción a la merma del valor ocasionado, sea por el defecto en el título (evicción), sea por el defecto en el bien (vicio redhibitorio). La resolución parcial concilia mejor con el principio de conservación de los actos jurídicos y del contrato.

La resolución parcial, que debe ser regla por aplicación del principio de conservación de los actos jurídicos, procede en la evicción, v.gr., sobre la

(26) Conf. ALTERINI, Atilio A., *Contratos. Teoría general*, cit., p. 546; PLANIOL, Marcelo - RIPERT, Jorge, *Tratado práctico de derecho civil francés*, cit., t. X, p. 147.

(27) Equivalente al art. 505 del Código Civil de Vélez.

fracción de campo que debe soportar un usufructo reconocido por sentencia al tercero, subsistiendo el contrato por el resto del predio; y en los vicios ocultos a la adquisición de conjuntos de cosas o de cosas divisibles (v.gr., una fracción de campo).

Sin embargo, no procede resolver en los supuestos del artículo 1050, cuando por el curso de la prescripción adquisitiva su título se sana del vicio de evicción, y en el del art. 1057 cuando el defecto que constituye el vicio redhibitorio es subsanable y el garante ofrece hacerlo.

20. Cambio del sistema de responsabilidad por saneamiento en el Código Civil y Comercial

El cambio de sistema explica la eliminación de la acción *quanti minoris*.

El sistema del Código de Vélez que “admite la acción estimatoria, ha sido modificado, ya que en este caso, el Proyecto se ha apartado expresamente de la fuente, esto es, el art. 1003 inciso c) del Proyecto de 1998, el cual daba la posibilidad al acreedor de la obligación de saneamiento de declarar la resolución total o parcial del contrato, y, en los casos de que la resolución era parcial, la contraprestación que se había pagado, o se obligaba a pagar, se reducía en la medida en que el fallo del título o el defecto del bien afectaran su valor. De esta forma, el Proyecto de 1998 legislaba, al tratar la resolución parcial, lo que conocemos como acción estimatoria y que goza de predicamento indisputado en todos los sistemas de derecho. El Proyecto actual (se refiere al Código Civil y Comercial) ha eliminado, al modificar esta norma, la acción *quanti minoris*, lo que no reviste viso alguno de razonabilidad. La alteración de una solución tan pacífica y favorable al principio de conservación del contrato, de adoptarse, cuando menos, debió haber sido provista de una justificación, aspecto en el cual el proyecto es huérfano”⁽²⁸⁾.

Se ha pasado de un sistema de inspiración francesa al del sistema alemán en el que la consecuencia de saneamiento conduce a la nulidad parcial o total del contrato.

Respecto del sistema de responsabilidad estatuido por el artículo 1039, Cafferata también sostiene que “se ha optado por un sistema afín con aquel del derecho alemán, en el cual, ...la garantía de evicción y por vicios redhibitorios anteriores no se entiende como una obligación separada de la de entregar la cosa o transmitir el derecho, sino que forma parte de esta obli-

(28) CAFFERATA, Juan, “Análisis de la obligación de saneamiento en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012”, cit. en LEIVA FERNÁNDEZ Luis F. P., *Tratado de los contratos*, La Ley, Buenos Aires, 2017, t. II, nro. 542, p. 120.

gación principal de transferir un derecho sin vicios de ninguna índole, por lo que, ante su incumplimiento inobservancia, se le confieren al acreedor las opciones generales que otorga el incumplimiento obligacional”⁽²⁹⁾.

Estas opciones generales a las que hace mención el autor citado, las encontramos en el artículo 730 del Código Civil y Comercial que son las opciones del acreedor frente al incumplimiento del deudor, precepto equivalente al establecido en el derogado art. 505 del Código Civil.

21. Acción complementaria de reparación de daños

a) Procedencia de la acción resarcitoria complementaria

El resarcimiento como acción complementaria de la de saneamiento está prevista y regulada en el art. 1040 del Código Civil y Comercial de la Nación⁽³⁰⁾ que —sin embargo— restringe su procedencia cuando concurren algunas de las circunstancias que luego se expondrán.

Se prevé en el art. 1040, cuyo inciso b) cambia el paradigma del sistema de vicios ocultos y evicción que había en el Código de Vélez.

La primera parte del artículo —que está tomado del art. 1004 del Proyecto de 1998— establece el principio general, como aplicación de la regla *alterum non laedere*, que el acreedor de la obligación de saneamiento tiene la posibilidad de adicionar a las opciones provistas por el artículo 1039, el pago de los daños y perjuicios que hubiese sufrido a raíz del vicio jurídico o material del bien adquirido. La procedencia de la acción se rige por reglas generales en orden a la prueba de la existencia y *quantum* a resarcir.

(29) CAFFERATA, Juan, “Análisis de la obligación de saneamiento en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012”, cit. en LEIVA FERNÁNDEZ Luis F. P., *Tratado de los contratos*, cit., t. II, nro. 542, p. 120.

(30) Art. 1040: “Responsabilidad por daños. El acreedor de la obligación de saneamiento también tiene derecho a la reparación de los daños en los casos previstos en el artículo 1039, excepto:

“a) si el adquirente conoció, o pudo conocer el peligro de la evicción o la existencia de vicios;

“b) si el enajenante no conoció, ni pudo conocer el peligro de la evicción o la existencia de vicios;

“c) si la transmisión fue hecha a riesgo del adquirente;

“d) si la adquisición resulta de una subasta judicial o administrativa.

“La exención de responsabilidad por daños prevista en los incisos a) y b) no puede invocarse por el enajenante que actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde la enajenación”.

b) *Distinción entre la acción complementaria y la de resarcimiento por resolución*

La acción complementaria de resarcimiento del art. 1040 debe distinguirse de la de daños y perjuicios prevista en subsidio de la prestación principal debida en razón de la resolución del contrato autorizada del inciso c) del art. 1039, regulada en el art. 1082 que acompaña a la de resolución como consecuencia adicional.

Si se resuelve el contrato en virtud de la previsión del art. 1039, inc. c), corresponde la acción accesoria de daños de los arts. 1082⁽³¹⁾ y 1078, inc. e)⁽³²⁾; y si el contrato queda vigente por haberse procedido al saneamiento del vicio o a la substitución del bien transmitido en los supuestos de los incisos a) y b) del art. 1039, procede el resarcimiento del art. 1040.

22. *Excepciones al deber de resarcir*

Sin embargo, no siempre procede la acción complementaria de resarcimiento por saneamiento, pues el mismo artículo 1040 prevé las siguientes cuatro excepciones.

a) *Adquirente que conoció o debió conocer el riesgo de saneamiento*

La primera excepción al derecho de adicionar daños y perjuicios al reclamo efectuado por el acreedor está prevista en el inciso a) del artículo 1040 al disponer la exención de responsabilidad si el adquirente conoció o pudo conocer el peligro de la evicción o la existencia de vicios ocultos.

Se trata de sancionar la propia torpeza.

Lo que en la redacción de Vélez se señalaba como mala fe, en el Código Civil y Comercial se describe como conocer —que es comprensivo del dolo— y haber debido conocer —y no haberlo hecho— configurativo de la culpa.

(31) Art. 1082: "Reparación del daño. La reparación del daño, cuando procede, queda sujeta a estas disposiciones:

"a) el daño debe ser reparado en los casos y con los alcances establecidos en este Capítulo, en el Título V de este Libro, y en las disposiciones especiales para cada contrato;

"b) la reparación incluye el reembolso total o parcial, según corresponda, de los gastos generados por la celebración del contrato y de los tributos que lo hayan gravado;

"c) de habérselo pactado la cláusula penal, se aplica con los alcances establecidos en los artículos 790 y siguientes".

(32) Art. 1078: "Disposiciones generales para la extinción por declaración de una de las partes. Excepto disposición legal o convencional en contrario, se aplican a la rescisión unilateral, a la revocación y a la resolución las siguientes reglas generales:... e) la parte que tiene derecho a extinguir el contrato puede optar por requerir su cumplimiento y la reparación de daños. Esta demanda no impide deducir ulteriormente una pretensión extintiva..."

b) *Enajenante que no conoció, ni pudo conocer el peligro del vicio*

La segunda excepción concurre cuando el enajenante no conoció ni pudo haber conocido el peligro de la evicción o la existencia de vicios.

La solución debería distinguir entre evicción y vicios ocultos

En caso de evicción, el transmitente debería responder siempre porque debió conocer el defecto jurídico en el título que transmitía, puesto que la ley se reputa conocida por todos.

Pero aplicada la regla a los vicios ocultos, cambia el paradigma, pues introduce una pauta subjetiva contraria inexistente en el Código Civil de Vélez en el que en la redhibición la conducta del garante era intrascendente, pues respondía aunque no sepa de la existencia del defecto⁽³³⁾.

El Código Civil español también recibe la solución de Vélez en su art. 1485, la actitud subjetiva del garante es indiferente.

c) *Enajenación aleatoria*

De la interpretación armónica de los artículos 1039 y 1040 cabe entender que en los negocios en los que el adquirente acepta la transmisión del bien asumiendo el riesgo de ser vencido por evicción, no tendría derecho a reclamar los daños y perjuicios derivados de la evicción sufrida, pero sí, a reclamar el cumplimiento *in natura*, la entrega de otra cosa, o la resolución del contrato con la entrega del precio y el resarcimiento de los arts. 1082 y 1078, inc. e), que en tal caso será disminuido porque el monto mismo de la operación seguramente se habrá visto inicialmente reducido a consecuencia del carácter aleatorio asumido por el adquirente.

El carácter aleatorio al que se refiere el inciso c) del art. 1040 debe resultar en forma expresa y clara del contrato, porque en definitiva configura la renuncia a una de las consecuencias del saneamiento. Y como renuncia que es, debe ser interpretada restrictivamente.

d) *Adquisición en subasta judicial o administrativa*

También procede la exención de responsabilidad respecto de los daños y perjuicios si la enajenación se produjo en una subasta organizada y supervisada por el poder público⁽³⁴⁾.

(33) V. la muy fundada opinión de CAFFERATA, Juan, "Análisis de la obligación de saneamiento en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012", cit.

(34) Conf. ALTERINI, Atilio A., *Contratos. Teoría general*, cit., p. 546. Coincide con normas equivalentes en el Código español, art. 1489, y en el vigente en Puerto Rico (art. 1378).

La solución dada por este inciso —excluir de la acción por daños al adquirente por subasta— ya se seguía del artículo 2122 del Código de Vélez, donde, en el caso de adquisición en remate judicial, el enajenante no respondía por evicción y —por ende— tampoco por el resarcimiento de la evicción.

e) *Conocimiento presumido por la profesionalidad*

Finalmente también procede la exención de responsabilidad por daños si el enajenante actúa profesionalmente en esa actividad, porque tal situación hace presumir su conocimiento (art. 1040, inc. d)).

Es una aplicación de la regla de valoración de conductas del art. 1725 del Código Civil y Comercial tomado del art. 902 del Código de Vélez, entendiéndose que no se refiere exclusivamente a las profesiones que se ejercen con título habilitante, sino al profesional que resulta de percibir una retribución por una actividad habitual. Y que esa ventaja en el conocimiento de una de las partes sobre la otra se compensa cuando ambas lo tienen.

VI. El saneamiento por vicios ocultos

23. *Concepto de vicios ocultos*

La regla puntual es el art. 1051 del Código Civil y Comercial de la Nación que dispone: "Contenido de la responsabilidad por vicios ocultos. La responsabilidad por defectos ocultos se extiende a:

"a) los defectos no comprendidos en las exclusiones del artículo 1053;

"b) los vicios redhibitorios, considerándose tales los defectos que hacen a la cosa impropia para su destino por razones estructurales o funcionales, o disminuyen su utilidad a tal extremo que, de haberlos conocido, el adquirente no la habría adquirido, o su contraprestación hubiese sido significativamente menor".

Constituye defecto oculto de una cosa aquella deficiencia material que muda o le resta características o funciones comparada a otra de la misma especie. Es el defecto estructural: de calidad de materiales, estado de cimientos o de partes no visibles como cañerías, defectos de diseño, etcétera.

No sólo la privación de una característica determinada configura un vicio oculto, sino que también los configura cualquier cambio de una característica o función que lo aleje de las de su especie. Es el caso del defecto funcional, como, v.gr., máquinas que recalientan y deben dejar de funcionar para enfriarse, o que consumen excesivo combustible, o motores fundidos que se disimulan con el uso de aceite de alta viscosidad, etcétera.

Si la concurrencia de una característica o función específica en la cosa transmitida se establece especialmente por contrato, su ausencia pasa a ser considerada vicio redhibitorio (art. 1052), lo que es lógico porque para la causa común de las partes reviste suficiente entidad como para incorporar al contrato y su ausencia gravedad suficiente.

La garantía por vicios ocultos tampoco se circunscribe a los contratos sino que igual que la otra obligación de saneamiento —la de evicción— se aplica a cualquier otro acto a título oneroso, tal como la división de condominio, partición sucesoria, etcétera.

El concepto de defecto oculto es aplicable a cosas muebles o inmuebles en cualquier contrato o acto jurídico que transmita el dominio uso o goce de una cosa a título oneroso, sea que se trate de "compraventa, permuta, locación de cosas, sociedad, dación en pago, subasta que no se decrete en ejecución de sentencia"⁽³⁵⁾.

También opera a favor de adquirente a título gratuito conforme a lo establecido por el artículo 1035 del Código Civil y Comercial⁽³⁶⁾, donde quien recibió una cosa incluso a título gratuito puede usar la garantía de su antecesor siempre que éste la haya recibido a título oneroso.

Se debatió si los vicios redhibitorios eran aplicables al contrato de cesión de créditos (hoy de derechos), pero el tema no parece resuelto, pues si bien como decidió la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires "el vicio es un defecto de la cosa y mediante el contrato de cesión no se transmiten cosas sino derechos"⁽³⁷⁾, y eso es cierto como regla, sin embargo, hay contratos en los que se transmite un derecho a continuar en la posesión pacífica de una cosa con la finalidad de unir posesiones, para lo que se requiere, si la prescripción adquisitiva es breve, que ambas estén ligadas por un vínculo jurídico (art. 1901).

Pues resulta que ese vínculo jurídico no es otro que un contrato que sin embargo no es de compraventa porque no transmite ni puede transmitir la propiedad. Sólo une ambas posesiones pacíficas.

En todo caso la solución que propicio es que pueden concurrir vicios redhibitorios en todo contrato a título oneroso (con la excepción de los

(35) SPOTA, Alberto G. - LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, cit., t. IV, nro. 978, p. 371.

(36) Art. 1035: "Adquisición a título gratuito. El adquirente a título gratuito puede ejercer en su provecho las acciones de responsabilidad por saneamiento correspondientes a sus antecesores".

(37) Publicado en LL 1986-A-600. V. SPOTA, Alberto G. - LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, cit., t. IV, nro. 978, p. 371.

casos en los que se admite la gratuidad) cuyo objeto al menos mediato sea una cosa⁽³⁸⁾.

24. *Vicios ocultos y vicios redhibitorios no son sinónimos*

En el Código Civil y Comercial de la Nación los vicios ocultos y los vicios redhibitorios no son sinónimos, sino categorías diferentes que se relacionan con un vínculo de género a especie, de suerte que sólo algunos vicios ocultos se caracterizan como redhibitorios, mientras que —a su vez— todos los vicios redhibitorios pertenecen a la categoría de vicios ocultos⁽³⁹⁾.

La principal diferencia práctica entre la regulación que corresponde a cada categoría reside en que los vicios redhibitorios autorizan la resolución del contrato (art. 1056, inc. a)).

25. *Situaciones cuya concurrencia excluyen la calidad de vicio oculto*

Si la existencia de cualquiera de los supuestos previstos en el artículo 1053 del Código Civil y Comercial de la Nación obsta a la calidad de vicio oculto, el art. 1053 prescribe: "Exclusiones. La responsabilidad por defectos ocultos no comprende:

"a. los defectos del bien que el adquirente conoció, o debió haber conocido mediante un examen adecuado a las circunstancias del caso al momento de la adquisición, excepto que haya hecho reserva expresa respecto de aquéllos. Si reviste características especiales de complejidad, y la posibilidad de conocer el defecto requiere cierta preparación científica o técnica, para determinar esa posibilidad se aplican los usos del lugar de entrega;

"b. los defectos del bien que no existían al tiempo de la adquisición. La prueba de su existencia incumbe al adquirente, excepto si el transmitente actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde la transmisión".

VII. *Acciones que habilita el saneamiento por vicios ocultos y por vicios redhibitorios*

26. *Acciones disponibles para vicios ocultos y para vicios redhibitorios*

El Código Civil y Comercial de la Nación distingue dos tipos de defectos materiales y ocultos: los vicios ocultos que tienen menor entidad previs-

(38) V. LEIVA FERNÁNDEZ Luis F. P., *Tratado de los contratos*, cit., t. II, nro. 525, p. 99.

(39) Conf. HERNÁNDEZ, Carlos - FRUSTAGLI, Sandra, en LORENZETTI, Ricardo L., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015, t. VI, p. 101.

tos en el inc. a) del art. 1051, y los vicios redhibitorios que revisten mayor gravedad previstos en el inc. b) del mismo artículo.

A su vez, ambos se encuentran cubiertos por la garantía de saneamiento; los defectos ocultos en cuanto género de la especie vicio redhibitorio y la evicción. Es la regla del art. 1034 que dispone: "Garantías comprendidas en la obligación de saneamiento.

"El obligado al saneamiento garantiza por evicción y por vicios ocultos conforme a lo dispuesto en esta Sección, sin perjuicio de las normas especiales".

27. *Acciones por vicios ocultos (no redhibitorios)*

Los vicios ocultos, como género, están cubiertos por la garantía de saneamiento conforme al art. 1034, ya transcripto.

A su vez, conforme al art. 1039 del Código Civil y Comercial de la Nación: "El acreedor de la obligación de saneamiento tiene derecho a optar entre:

"a) reclamar el saneamiento del título o la subsanación de los vicios;

"b) reclamar un bien equivalente, si es fungible;

"c) declarar la resolución del contrato, excepto en los casos previstos por los artículos 1050 y 1057".

Los vicios ocultos —como especie remanente del género, excluyendo los redhibitorios— son los que no tienen la gravedad de los previstos en el inc. b) del art. 1051 (que son redhibitorios).

Por ende, si el defecto es meramente oculto —sin la gravedad del redhibitorio— pueden ocurrir tres cosas: o el defecto es subsanable y se subsana (arts. 1039, inc. a), y 1057); o si se trata de cosa fungible se sustituye por otra equivalente sin el defecto (art. 1039, inc. b)). O se resuelve (art. 1039, inc. c)); también procedería la resolución parcial si la cosa fuese divisible por aplicación de la regla general del art. 1083.

En todos los casos el adquirente de la cosa con mero vicio oculto tiene la acción complementaria de daños y perjuicios (art. 1040 con las salvedades que esa norma estatuye), incluso si el defecto se subsana (art. 1057).

Ese sería —en principio— el régimen de acciones.

Sin embargo, existe una dificultad en el Código Civil y Comercial de la Nación que consiste en la colisión entre los arts. 1039, inc. c), y el art. 1056 interpretado *a contrario sensu*.

El artículo 1039, inc. c), faculta al adquirente a “declarar la resolución del contrato, excepto en los casos previstos por los artículos 1050 y 1057”.

El art. 1050 sólo es aplicable a la evicción (adquisición de la cosa a otro título) y el art. 1057 es el que obsta a la resolución si el defecto es subsanable.

Hasta aquí el adquirente de una cosa con defecto oculto puede resolver, salvo que el defecto sea subsanable, lo que guarda correspondencia con el principio de conservación de los actos jurídicos y del contrato.

Pero a continuación el art. 1056 dispone: “El acreedor de la garantía dispone del derecho a declarar la resolución del contrato:

”a) si se trata de un vicio redhibitorio;

”b) si medió una ampliación convencional de la garantía”.

Esta norma no dispone que el adquirente de una cosa con un mero defecto oculto que no llega a ser redhibitorio, no pueda resolver; sino que expresa que pueden hacerlo los que soportan vicios redhibitorios; y los meros vicios ocultos no son vicios redhibitorios⁽⁴⁰⁾.

No obstante, interpretado *a contrario sensu*, los ocultos, que no son vicios redhibitorios, no admiten la resolución.

¿Cómo se dilucida esta cuestión?

Podría sostenerse —en primer lugar— que la norma general del art. 1039 debe ceder ante la especial del art. 1056, y sería una interpretación razonable, aun teniendo en consideración que la norma general expresamente tuvo en consideración el caso especial al citar al art. 1057 que prohíbe resolver si es subsanable.

Hay, sin embargo, otra línea argumental que parece más decisiva, y es que si fuese admisible resolver ante un mero vicio oculto (no redhibitorio), no habría diferencia alguna en las consecuencias previstas entre vicios ocultos y vicios redhibitorios, porque ésa es la única diferencia en orden a los efectos de ambas categorías. Y en tal caso, el Código Civil y Comercial de la Nación habría creado una categoría sin efecto propio alguno, lo que significaría un considerable yerro de legística⁽⁴¹⁾.

Por ende, la conclusión aceptable es que los meros vicios ocultos no autorizan a resolver, los vicios redhibitorios sí, salvo que sean subsana-

(40) Conf. LEIVA FERNÁNDEZ Luis F. P., *Tratado de los contratos*, cit., t. II, nro. 539, p. 116.

(41) Conf. LEIVA FERNÁNDEZ Luis F. P., *Tratado de los contratos*, cit., t. II, nro. 539, p. 116.

bles. Cede el art. , 1039 inc. c), ante la interpretación *a contrario sensu* del art. 1056. Además, concurre la acción por daños, incluso si se subsana el vicio oculto (art. 1057).

En conclusión, ante un mero vicio oculto (no redhibitorio) el adquirente tiene las siguientes acciones: a) subsanar el defecto si es subsanable (arts. 1039, inc. a), y 1057); b) si se trata de cosa fungible se sustituye por otra equivalente sin el defecto (art. 1039, inc. b)).

En todos los casos el adquirente de la cosa con mero vicio oculto tiene la acción complementaria de daños y perjuicios (art. 1040 con las salvedades que esa norma estatuye), incluso si el defecto se subsana (art. 1057).

28. ¿Qué consecuencias producen los defectos que no son vicios ocultos?

Las reglas del art. 1053 excluyen la calidad de vicio oculto, por ende, los supuestos excluidos tampoco logran configurar redhibición.

Hay además meros vicios ocultos que conservaban su calidad por no estar incluidos en el art. 1053, pero que tampoco son redhibitorios.

En el caso de los supuestos excluidos por el art. 1053, el tema es confuso porque la sanción legislativa del Código Civil y Comercial de la Nación excluyó un párrafo del Proyecto de 2012, que el Poder Ejecutivo no objetó.

El párrafo suprimido expresaba: “En los casos de exclusión de la responsabilidad previstos en los dos incisos anteriores se aplican las reglas de la dación en pago”.

Pero entre las reglas de la dación en pago —arts. 942 y 943 del Código Civil y Comercial de la Nación— hay también una referencia a que el deudor responde por vicios redhibitorios (art. 943) lo que puede hacer creer que se trata de una remisión circular.

Sin embargo, no parece ser el caso. La norma a la que remitía el Proyecto de 2012 y que aludía como “reglas de la dación en pago” es la del art. 942 que dispone: “La obligación se extingue cuando el acreedor voluntariamente acepta en pago una prestación diversa de la adeudada”.

29. Síntesis del sistema de acciones por saneamiento de vicios redhibitorios, de vicios ocultos y de defectos que no llegan a configurar vicios ocultos por disposición del art. 1053

En síntesis⁽⁴²⁾:

a) *Vicios redhibitorios*

Si hay vicio redhibitorio se responde por saneamiento (art. 1034). El adquirente puede:

a) reclamar que se subsane el defecto (art. 1039, inc. a));

b) obtener otra cosa equivalente sin el defecto (id., inc. b));

c) resolver (id., inc. c], y art. 1056) excepto que el defecto sea subsanable, el transmitente haya ofrecido subsanarlo y el adquirente no lo acepte (art. 1057).

Lo mismo puede aplicarse para el caso de la sustitución de una cosa equivalente: el adquirente no podrá resolver si el enajenante le ofrece una cosa fungible equivalente y el adquirente no la acepta.

La resolución puede ser total o sólo parcial (art. 1083); si es parcial debe reducirse la contraprestación en proporción a la merma del valor ocasionado por el defecto redhibitorio. Por lo demás, la resolución parcial concilia mejor con el principio de conservación de los actos jurídicos.

Puede sumarse la acción por resarcimiento de daños conforme al art. 1040, incluso en caso de sustitución de la cosa (art. 1057), excepto que se trate de alguna de las situaciones previstas en los incisos del art. 1040 que excluyen la acción de daños.

b) *Vicios ocultos no redhibitorios*

Si hay vicio oculto que no es redhibitorio se responde por saneamiento (arts. 1034 y 1051, inc. a]). El adquirente puede: a) reclamar que se subsane el defecto si es subsanable (arts. 1039, inc. a], y 1057); b) si se trata de cosa fungible reclamar su sustitución por otra equivalente sin el defecto (art. 1039, inc. b)).

No tiene acción resolutoria y eso distingue este supuesto del de vicios redhibitorios.

Además, en todos los casos, el adquirente de la cosa con mero vicio oculto tiene la acción complementaria de daños y perjuicios (acápito del art. 1040)

(42) LEIVA FERNÁNDEZ Luis F. P., *Tratado de los contratos*, cit., t. II, nro. 544, ps. 121 y ss.

incluso si el defecto se subsana (art. 1057). Sin embargo no tiene acción por daños si concurre alguna de las salvedades que los incisos del art. 1040 estatuyen.

c) *Defectos que no son vicios ocultos ni redhibitorios*

Si no hay vicio redhibitorio, ni vicio oculto por concurrir alguna de las circunstancias obstativas del art. 1053, no se genera responsabilidad alguna y la obligación pagada se extingue salvo que medie un vicio de la voluntad (como en cualquier acto jurídico). Bien que podría argumentarse que ésa no es la consecuencia en razón de la supuesta motivación que tuvo el Congreso de la Nación para excluir el párrafo. ♦

LA NECESARIA COMPLEMENTARIEDAD DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL Y EL DERECHO PROCESAL (CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA)

POR NOEMÍ LIDIA NICOLAU

Sumario: 1. Consideraciones previas. 2. Las relaciones entre las diferentes ramas jurídicas. 3. Las normas de contenido procesal en el Código Civil y Comercial. 4. Conclusiones.

1. Consideraciones previas

La organización y el funcionamiento del sistema jurídico argentino se encuentra en este tiempo frente a diversas cuestiones que deben resolverse con motivo de la puesta en vigencia del Código Civil y Comercial, entre otras razones, porque se trata de un cuerpo normativo que evidencia una valiosa interdisciplinaria, característica que debería prevalecer siempre en el sistema. El nuevo Código relaciona en su interior el derecho privado, civil y comercial, con el derecho constitucional, el bioderecho, el derecho ambiental.

Entre tantas relaciones se introdujeron, también, numerosas normas procesales, y se intentó regular nuevos institutos, como los procesos colectivos, poniendo en evidencia la compleja relación existente entre derecho sustancial y derecho formal, complejidad que en el ordenamiento argentino se acrecienta por la atribución exclusiva que se reservaron las provincias en materia de derecho procesal al tiempo de la organización nacional (art. 75, inc. 12, de la CN).

La relación entre derecho privado y derecho procesal es, en definitiva, un desafío, en primer lugar, para la teoría del derecho, que no ha sido suficien-

temente convocada al efecto⁽¹⁾; luego, para la doctrina procesalista y, con posterioridad, para los legisladores que deberán recoger los insumos de los juristas y concretarlos en normas legales. La doctrina viene ocupándose del tema en diversas reuniones científicas, tal como lo hará en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

En este trabajo, después de un breve análisis de los modos de relación de las ramas jurídicas, se considerarán algunos de los aspectos procesales que plantea el Código Civil y Comercial, poniendo especial atención en lo que aparece como el problema de fondo, subyacente, en el reconocimiento legal de la nueva categoría de "derechos de incidencia colectiva".

2. Las relaciones entre las diferentes ramas jurídicas

Se ha dicho, con acierto, que ningún caso puede solucionarse refiriéndose en exclusividad a una rama jurídica. Es necesario tener en cuenta los diversos enfoques que proporcionan las diferentes ramas al momento de relacionarse entre sí.

En el mundo jurídico, es sumamente interesante el estudio de los modos de vinculación de sus ramas. Haciendo un paralelismo, podría afirmarse que ellas se vinculan de la manera que también lo hacen las personas. Ciuro Caldani señala dos modos principales de vinculación: por relaciones de coadyuvancia o de oposición. Cuando las ramas se vinculan por coadyuvancia, la relación puede ser por contribución (en sentido vertical) o por integración (en sentido horizontal). Si se trata de relaciones de oposición, pueden ser legítimas, entonces se da la sustitución, o ilegítimas, por subversión. Ejemplifica con el vínculo entre derecho constitucional y derecho civil que pueden realizar relaciones verticales de contribución, así como el derecho civil y el derecho penal mantienen vinculaciones horizontales de integración. El derecho civil y el derecho del trabajo pueden sustituirse, en oposición legítima para la indemnización de un accidente laboral. Puede suceder también que el derecho civil se subvierta contra el derecho constitucional o éste se invierta, carcomiendo las bases del derecho civil y que el derecho comercial se arroge espacios que corresponden al derecho del trabajo⁽²⁾.

(1) GUIBOURG, Ricardo A., "Derechos difusos, teoría confusa", LL 2014-F-1226, dice: "Es posible conjeturar que la teoría general del derecho, habitualmente relegada al papel de proveedora de frases célebres para los escritos judiciales, pueda aportar vías racionales de solución para un problema tan actual. A condición, desde luego, de que se la convoque como consejera prudente y no como aplaudidora complaciente".

(2) CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Las ramas del mundo jurídico en la posmodernidad (Las ramas del mundo jurídico en tiempos de la 'crisis de la materia')", *Investigación y Docencia*, vol. 31, 1998, p. 52.

La diversidad de ramas permitió construir un sistema que pretendió tenerlas vinculadas por coadyuvancia o, al menos, por sustitución, a partir del derecho constitucional, modelo del cual surgió la pirámide jurídica⁽³⁾.

Este panorama que parecía explicar el sistema con claridad, se oscureció bien entrado el siglo XX, pues todo se sucede con una volatilidad alarmante en una sociedad líquida, donde los conceptos deambulan como zombis, están vivos y muertos al mismo tiempo, sólo se acentúa la relatividad de los valores, todo es flexible y adaptable como los cuerpos acuosos⁽⁴⁾. No obstante, en tanto se sostengan algunos caracteres del viejo mundo jurídico, habrá que preocuparse por armonizar las relaciones entre las ramas, porque la mayoría de ellas continúa pretendiendo su autonomía sobre la base de sus propios principios.

El derecho civil presenta una íntima complementariedad con las demás ramas jurídicas, que se explica porque es el derecho común, el que sienta las bases jurídicas de la vida de las personas, humanas y jurídicas, desde su nacimiento a su extinción. Está vinculado con todo el mundo jurídico y constituye una herramienta imprescindible para su buen funcionamiento. Tiene relaciones de coadyuvancia, por contribución, en sentido vertical con el derecho constitucional y los derechos humanos y, por integración, con el derecho procesal. Esa relación de coadyuvancia entre derecho constitucional y derecho privado está ahora consagrada en el artículo 1º del Código, cuando se alude a los casos que deben resolverse de acuerdo con el Código, en consonancia con la Constitución Nacional y los tratados de rango constitucional. Esa norma es indiscutible y de una importancia innegable.

En cambio, en el ordenamiento argentino la relación derecho privado y derecho procesal es una de las que presenta mayor complejidad. Sin duda, está signada por una relación de coadyuvancia por integración que contribuye al ordenamiento normativo, pero la dificultad se presenta allí por la organización legislativa del país, que impone respetar las competencias nacional o provincial, según se trate de dictar normas de derecho sustancial o adjetivo.

3. Las normas de contenido procesal en el Código Civil y Comercial

Respecto de esta complementación compleja entre derecho sustancial y derecho procesal, es posible analizar tres cuestiones.

(3) CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Las ramas del mundo jurídico en la posmodernidad (Las ramas del mundo jurídico en tiempos de la 'crisis de la materia')", cit., p. 54.

(4) BAUMAN, Zygmunt, *Modernidad líquida*, trad. Mirta Rosenberg, FCE, Buenos Aires, 2002.

a) *La constitucionalidad de las normas procesales incluidas en la legislación nacional de fondo*

No puede negarse que los Códigos Civiles del siglo XIX incluían numerosas normas e institutos procesales, deficiencia atribuible al estado de la ciencia en ese tiempo. No sólo subsistía una complejidad impura⁽⁵⁾ entre las ramas jurídicas, sino que también era incipiente el desarrollo del derecho procesal. El asunto es que, habiendo transcurrido más de siglo y medio se vuelve, cada tanto, a la complejidad impura de los viejos tiempos que, al complejizar el derecho civil y comercial incluyendo en su ordenamiento normas procesales, de alguna manera, sustrae materia propia de la legislación provincial.

La puesta en vigencia del Código Civil y Comercial coloca de nuevo en evidencia esa cuestión porque, como es sabido, se han incluido en el cuerpo codificado de fondo numerosas normas procesales. Como se verá, la Comisión redactora del Proyecto se planteó en qué medida era posible vincular su ordenamiento con el procesal. En general, se resolvió por incluir normas de materia procesal que fueron justificadas por la doctrina recurriendo a los múltiples antecedentes habidos en el país, los que le permiten concluir acerca de “la infructuosidad de los eventuales planteos de inconstitucionalidad, sobre todo a la vista de la tan añosa y consolidada doctrina convalidatoria de la Corte Suprema de la Nación, y aun las dificultades ínsitas en la tarea de separar lo sustancial de lo procesal”⁽⁶⁾.

Repasando los Fundamentos de la Comisión Redactora del Proyecto de Código Civil y Comercial se observa que en varias oportunidades aparecen mencionadas determinadas normas que hubieran podido incluirse, pero no se recepcionaron porque se reconocía su naturaleza procesal, por ejemplo, la Comisión se apartó de la fuente principal, el Proyecto de 1998, en relación al plazo de gracia afirmando que “además de no ser derecho de fondo, este aspecto puede variar según las provincias y los temas regulatorios, proponemos su eliminación, dejando que cada ordenamiento procesal se ocupe de resolverlo, como sucede actualmente, excepto lo dispuesto en materia de prescripción, en tanto, en ese ámbito, resulta necesario dar una solución armónica en todo el territorio nacional”. Cuando reguló el proceso de divorcio expresó: “No se establecen reglas específicas de carácter procedimental, siendo esta materia propia de los códigos locales”. Al fun-

(5) GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1980, ps. XVII y XVIII, explica ese proceso dialéctico y se muestra partidario de mantener la triplicidad de los elementos del mundo jurídico (dimensión sociológica, normológica y axiológica), por un lado, pero aunándola al ideal kelseniano de la pureza.

(6) BERIZONCE, Roberto O., “Poderes de la Nación para instituir normas procesales”, LL 2016-B-1005.

damentar los procesos colectivos (tema que fuera suprimido por el Poder Ejecutivo antes de la presentación al Congreso) se dijo: “En la regulación de estos aspectos se han evitado las cuestiones procesales, que no corresponden al ámbito del Código. Sin embargo, es necesario dar algunas directivas genéricas y sustantivas sobre el funcionamiento de los procesos colectivos, tanto para las acciones reguladas en el código como para suplir las que no han sido previstas en la legislación especial del derecho del consumidor”.

No obstante, reaparece la dificultad para diferenciar lo fondal de lo procesal, ahora agravada por la vinculación con las normas constitucionales. En ese contexto de “constitucionalización” se dice que el Estado nacional puede legislar en materia procesal en cuanto sea para “garantizar un estándar de igualdad ante la ley”. En teoría, se limita a un mínimo equilibrio, cierto grado de legislación mínimamente necesaria. El asunto consiste en analizar cada norma para conocer si su contenido puede subsumirse en los lineamientos que la Corte Suprema ha ido construyendo desde antaño. La tutela judicial efectiva (arts. 8º y 25 del Pacto de San José de Costa Rica) integra el bloque de constitucionalidad federal, se dice, por eso, el Estado nacional puede dictar normas procesales. Por tanto, si se trata de asegurar los derechos sustantivos, no debe haber reproche constitucional, porque no hay problema metodológico ni técnico⁽⁷⁾.

Aunque se comparte, en general, tan valiosa opinión, puede formularse algún reparo acerca de la bondad de la metodología empleada en el nuevo Código, pues habría que repensar si un sistema se construye de manera adecuada cuando una rama captura material de otra con cierto exceso. Se sostiene que esas normas, en especial las relativas al derecho de familia, son útiles para concretar la tutela procesal diferenciada que tiende a la protección de derechos fundamentales⁽⁸⁾. La doctrina las aprueba porque hacen a un modelo de justicia de acompañamiento en el que los jueces trabajan con un conjunto de poderes deberes y con los principios de intermediación y flexibilización de las formas⁽⁹⁾.

La Comisión redactora, en los Fundamentos del Proyecto reconoció que se incluyeron normas de procedimiento en diversos institutos, como en el juicio de adoptabilidad, con referencia al cual admitió que lo reguló “como un proceso autónomo con reglas precisas que respeta los derechos de los principales involucrados en esta primera etapa: el niño y sus padres”. En cuanto a la obligación alimentaria expresó que, siguiendo al

(7) BERIZONCE, Roberto O., “Poderes de la Nación...”, cit.

(8) BERIZONCE, Roberto O., “Los procesos de restricción a la capacidad en el proyecto de CCC”, *Revista de Derecho Procesal*, 2013-I-203.

(9) BERIZONCE, Roberto O., “Los procesos de restricción a la capacidad en el proyecto de CCC”, cit., p. 209.

proyecto de reforma de 1998, se sistematizaron varias normas de carácter procedimental. Igual comentario se hizo en cuanto a los procesos de familia. Al fundamentar la reforma al artículo 15 de la ley de sociedades, la Comisión manifestó sus finalidades específicas en cuanto a introducir reglas procedimentales para disminuir la litigiosidad y unificar en todo el país el criterio para determinar el procedimiento aplicable, superando las diferencias entre los Códigos de Procedimiento, propuesta esta última que, finalmente, se frustró.

No es compartible la crítica que se formula en cuanto al contrato de arbitraje⁽¹⁰⁾, pues es un verdadero acierto haberlo tipificado, ya que tanto la cláusula compromisoria como el compromiso arbitral tienen naturaleza contractual, quizás exista cierta extralimitación en la inclusión de normas particulares y concretas del proceso arbitral, aunque así no se lo designe.

Es correcto afirmar que no puede sujetarse la solución de un caso en forma empedernida al cumplimiento de formalidades, que lo importante es brindar herramientas eficaces para la protección de las personas y el aseguramiento de los derechos fundamentales, no obstante, debe el legislador nacional ser cuidadoso de no avasallar las potestades legislativas de las provincias. Cabe reiterar que "En el sistema federal argentino la división de competencia federal y las competencias provinciales sigue el criterio de 'regla' y 'excepción': la 'regla' es la competencia provincial o local, la 'excepción' es la 'competencia federal'. En términos constitucionales, la fórmula de deslinde se expresa en el sentido de que todo aquello que no esté expresamente cedido por las provincias al gobierno federal queda retenido en aquéllas (art. 121 de la Const. Nac.)"⁽¹¹⁾. De modo que la organización federal del siglo XIX, ratificada a fines del XX con la reforma de la CN, no puede modificarse por ley del Congreso, pues las normas procesales son, como regla, de competencia provincial, y por excepción de la federal.

En estos tiempos de flexibilidad parece oportuno recordar la disputa entre Alberdi y Vélez Sarsfield en torno al Proyecto de Código Civil que este último le remitiera. En relación a la centralización de la codificación decía en ese momento el autor de las Bases: "Ya que tanto respeto inspiran hoy los Estados Unidos de América ¿por qué no seguimos el ejemplo de su circunspección en legislación civil. Al mismo tiempo que les copiamos su Constitución federal y su descentralización política, imitamos al Brasil y a la Francia sus Códigos unitarios e imperiales; de donde resulta que

(10) MÉNDEZ, Héctor O., "El nuevo 'contrato de arbitraje' en el Proyecto de CCC", *Revista de Derecho Procesal*, 2013-I-285, refiere al inédito artículo que introduce el arbitraje, sostiene que es netamente procesal y que su inclusión en el Código Civil y Comercial es inadecuada.

(11) ROSATTI, Horacio, *Tratado de derecho constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, t. II, p. 579.

tenemos la federación en el código político y la unidad en el código civil". Quizás, hoy repetiría sus dichos en cuanto a los intentos de unificación del derecho procesal.

Para alguna doctrina, con la unificación legislativa en materia procesal el sistema jurídico se mantendría más coherente y seguro y se garantizaría en mayor medida la igualdad ante la ley. No cabe duda de que habría mayor coherencia y seguridad, pero a costa de poner en crisis el orden constitucional en la medida en que haya captura por parte de los órganos legislativos nacionales que priven a los provinciales de ejercer sus facultades.

Para aquellos especialistas que propician la unificación procesal en el país, el Código Civil y Comercial constituye un cierto avance⁽¹²⁾. Es posible plantearse como meta la unificación pero supone, sin duda, una reforma constitucional y un profundo debate acerca del camino a seguir, por ejemplo, si se quiere avanzar en forma definitiva hacia un modelo normativo unitario.

Frente a la vigencia consolidada y exitosa del Código Civil y Comercial hay que ponderar de modo especial algunos principios básicos relativos a la materia procesal. El primero de ellos es que la inclusión de normas formales en el derecho de fondo debe ser excepcional y, además, considerar que el Congreso Nacional está habilitado para sancionar normas procesales cuando ellas tengan por finalidad asegurar la vigencia de la legislación sustancial⁽¹³⁾.

b) *Los esfuerzos que deberá realizar el derecho procesal para cumplir su función de complementación, adaptando su teoría y su práctica a algunos institutos incorporados a la legislación de fondo*

El Código Civil y Comercial contiene normas e institutos que exigen la complementación del derecho formal y, por tanto, obligarán a la doctrina procesalista y a los órganos competentes a trabajar duro para adaptar los Códigos Procesales a aquéllos.

Una de las más graves dificultades para lograr esa adaptación radica en la nueva categoría de derechos que recepta el Código Civil y Comercial. Según el artículo 14 se reconocen: "a. derechos individuales; b. derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de

(12) Una síntesis de los postulados de la corriente unificadora, p.v. en BERIZONCE, Roberto O., "Poderes de la Nación...", cit.

(13) ARAZI, Roland, "Síntesis de las principales disposiciones procesales en el Proyecto de CCC", *Revista de Derecho Procesal*, 2013-I-47.

incidencia colectiva en general". Es decir que se consagra legalmente una nueva categoría, un nuevo tipo, los "derechos de incidencia colectiva".

El sistema de derecho occidental continental a partir de las enseñanzas clásicas del derecho civil reconoció desde antaño al derecho subjetivo como única categoría, fuera del derecho objetivo. El derecho subjetivo, ahora denominado individual, ha sido el centro del derecho privado. También desde antaño, como bien se ha señalado, se ha admitido que existen derechos pertenecientes a conjuntos de personas, por ejemplo, "un grupo de socios o accionistas gestiona sus intereses por medio de su gerente o del presidente de su directorio; un gremio de trabajadores negocia con los empleadores mediante la representación sindical, con lo que el poder de cada individuo —más allá de la defensa de sus derechos individuales— se reduce a intervenir en la elección de sus representantes"⁽¹⁴⁾.

Ahora aparece en forma expresa legislada esta categoría de derechos de incidencia colectiva, que presenta peculiaridades desarrolladas en el país, en un primer tiempo, por la doctrina y por alguna jurisprudencia, luego recepcionadas en el artículo 43 de la Constitución Nacional con la reforma de 1994 y, posteriormente, en el artículo 14 del Código Civil y Comercial. El mencionado artículo 43 legitima para interponer la acción de amparo al afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización cuando se hallen conculcados *los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general*.

La creación de un *tipo*⁽¹⁵⁾ no es una cuestión baladí, sino un profundo desafío que impacta en todo el sistema, como se aprecia con esta nueva categoría de derechos. El reconocimiento del nuevo tipo implica una transformación en la estructura del sistema, el arribo de la dimensión social del derecho y, por consiguiente, su reestructuración. Tiene un impacto decisivo en las normas referidas al patrimonio, a los contratos y a la responsabilidad civil⁽¹⁶⁾.

El nuevo tipo que parece haber llegado por evolución, pero que, en realidad, supone una revolución, deja expuesto un serio problema epistemológico porque el objeto sobre el que recaen los derechos de incidencia colectiva está constituido por la materia que hace a los derechos y garantías constitucionales, al bien común y al bienestar general cuyo cuidado y sa-

(14) GUIBOURG, Ricardo A., "Derechos difusos, teoría confusa", cit.

(15) GÉNY, Francois, *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, Paris, 1914, parág. 213.

(16) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., "Los derechos individuales y de incidencia colectiva en el Código Civil y Comercial (art. 14)", *Revista de la Facultad* —UNC— 2015-1.

tisfacción está a cargo del Estado. Como dice con claridad Guibourg: "La salud pública, la seguridad, la prevención genérica de daños, la limpieza de aire, ríos y lagos y, en general, las circunstancias que afecten la calidad de vida de la población son responsabilidad del Estado, que puede atenderlas por sí o asignarlas parcialmente a instituciones públicas o privadas, mediante la adecuada atribución de competencias y la imposición de obligaciones y responsabilidades"⁽¹⁷⁾. Pero, dado que el Estado no se ocupa con la diligencia que la sociedad requiere en la actualidad para prevenir y evitar daños, los ciudadanos, en lugar de organizarse para el control y exigencia al Estado, se organizan para efectuar reclamos colectivos directos a quienes dañan esos derechos.

Por mandato constitucional y convencional es el Estado quien está obligado a trabajar para consolidar el bien común y asegurar el bienestar general y quien debe proteger los derechos y garantías de los ciudadanos, esos derechos individuales que los habilitan para reclamar cuando son violados. Tradicionalmente, ha sido el Estado el único encargado de accionar contra aquellos que afectaran los bienes comunes o el bienestar general, en cambio, en la actualidad, se acuerda el derecho a accionar también a otras personas. En consecuencia, se traslada en gran medida al derecho privado una materia que era exclusiva del derecho constitucional y administrativo, razón por la que es imprescindible la regulación del procedimiento en los Códigos Procesales. Urge desarrollar una nueva concepción del derecho procesal que supere la teoría clásica, elaborada con fundamento en el derecho subjetivo. La pretensión, la acción y el proceso se construyeron en ese contexto.

Se requiere una nueva concepción porque la defensa en juicio de estos derechos de incidencia colectiva, en alguna medida, excede la bipolaridad clásica del derecho procesal⁽¹⁸⁾, no se trata sólo de la legitimación activa y pasiva, son necesarias otras adaptaciones o cambios, por ejemplo, lo que concierne al tipo de pretensiones ejercitables, los efectos de la sentencia que se dicte, la extensión de la cosa juzgada, la eficacia de la tutela, el régimen de costas, los poderes del juez⁽¹⁹⁾ y, en especial, lo relativo a la transigibilidad de los derechos de incidencia colectiva⁽²⁰⁾.

Como se dijo, el tema recurrente es la legitimación para actuar. A propósito, lo más importante es diferenciar las nociones de legitimación y repre-

(17) GUIBOURG, Ricardo A., "Derechos difusos, teoría confusa", cit.

(18) MEROI, Andrea A., *Procesos colectivos. Recepción y problemas*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe., 2008, p. 203.

(19) MEROI, Andrea A., *Procesos colectivos. Recepción y problemas*, cit., p. 61.

(20) AZAR-BAUD, María José - MARTINELLI, Augusto, "Transacciones sobre derechos colectivos indisponibles. Contradicciones de un sistema en pleno desarrollo", LL 2016-A-833.

sentación⁽²¹⁾. Con buena técnica, el Proyecto del Código Civil y Comercial en todas las normas proyectadas relativas a los procesos colectivos que, como es sabido, fueron suprimidas y, por tanto, no se encuentran en el Código sancionado, se refirió siempre a la legitimación, como corresponde, en ningún momento se mencionó la representación. En el paradigmático caso “Halabi”, la Corte Suprema también se refiere a la legitimación diciendo: “cuando se peticiona la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna, sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos”⁽²²⁾. Es decir que la sentencia introduce allí, con propiedad, el concepto de legitimación extraordinaria, sin embargo, en numerosos párrafos también se alude a la representación. La frecuente referencia a la representación es una confusión que, quizás, proviene de la fuente anglosajona de las *class actions*⁽²³⁾.

Es más adecuado referir a la *legitimación extraordinaria* o *legitimación colectiva extraordinaria*⁽²⁴⁾ que es la posición habilitante para formular una pretensión en nombre propio, sin que de allí se deduzca la afirmación de la titularidad del derecho, la ley permite que una persona no titular del derecho pueda hacerlo valer en juicio en nombre propio⁽²⁵⁾. En los casos en que se concede legitimación extraordinaria, al no existir un sujeto predeterminado a disponer de los derechos colectivos —sean difusos o individuales homogéneos—, se recurre a una habilitación normativa que autoriza a determinadas personas, y no a otras, a ejercer su defensa jurisdiccional⁽²⁶⁾.

El instituto de la representación no se ajusta a los derechos de incidencia colectiva porque supone que una persona, representante, manifestando su propia voluntad, emite manifestaciones que influyen en la esfera jurídica de otra, representado, en la medida en que actúe dentro de las facultades

(21) GOZAFINI, Osvaldo A., “Legitimación y representación en la defensa de los derechos colectivos. Otra vez sobre las diferencias”, LL 2015-C-384.

(22) CS, 24/2/2009, “Halabi, Ernesto c. PEN Ley 25.873 dto. 1563/04”, Fallos 332:111.

(23) Esta falta de diferenciación también se advierte en varios de los proyectos de ley presentados al Congreso y en alguna doctrina: OTEIZA, Eduardo - VERBIC, FRANCISCO, “La representatividad adecuada como requisito constitucional de los procesos colectivos. ¿Cuáles son los nuevos estándares que brinda el fallo ‘Halabi’?”, LL/Online, 0003/014882.

(24) GIANNINI, Leandro J., “La necesidad de una reforma integral de la justicia colectiva”, UNLP 2015 (ordinario), 20/11/2015, p. 294, AR/DOC/3673/2015.

(25) MONTERO AROCA, Juan, *La legitimación colectiva de las entidades de gestión de la propiedad intelectual*, Comares, Granada, 1997, p. 37, citado por MEROL, Andrea A., *Procesos colectivos. Recepción y problemas*, cit., p. 70.

(26) VERBIC, FRANCISCO - SALGADO, José María, “La legitimación colectiva en su laberinto”, LL 2016-E-302.

conferidas. El representante obra en nombre y en interés del representado y los actos celebrados por él producen efecto directamente para el representado (art. 359, Cód. Civ. y Com.). Si se considerara por error que ejercen representación las personas legitimadas para actuar por el artículo 43 de la Constitución Nacional (afectado, Defensor del Pueblo y asociaciones que reúnan los requisitos establecidos), se trataría de una representación legal (art. 358, Cód. Civ. y Com.). Aun así, se advierte que no puede subsumirse el supuesto en el instituto de la representación, porque esos representantes no ejercen derechos en nombre y en interés de otra persona, sino de un interés general y, por tanto, a simple vista se observa que los efectos de los actos realizados no podrían recaer en ninguna persona representada.

El problema del nuevo tipo de derechos, reiteramos, es el más significativo para impulsar cambios en el derecho procesal, pero existen otras cuestiones introducidas por el Código Civil y Comercial que requieren la complementación procesal, por ejemplo, el régimen de los denominados apoyos de las personas con capacidad restringida (arts. 43 y ss., Cód. Civ. y Com.).

Asimismo, el derecho procesal deberá ocuparse de resolver los aspectos procesales de la “Conversión de la demanda por cumplimiento” en el ámbito de un proceso de resolución de contrato, instituto que está previsto en el artículo 1085: “La sentencia que condena al cumplimiento lleva implícito el apercibimiento de que, ante el incumplimiento, en el trámite de ejecución, el acreedor tiene derecho a optar por la resolución del contrato, con los efectos previstos en el artículo 1081”. Deberá definirse de qué manera pueden tratarse los derechos de los litigantes frente a un efecto implícito de una sentencia que se dicte.

Además deberán los Códigos Procesales de la Nación y de casi todas las provincias adecuar los procesos que ya tienen legislados, como la denominada y obsoleta declaración de demencia, la rendición de cuentas, el proceso sucesorio.

c) El desafío de regular legalmente los procesos colectivos

Como complemento indispensable para un eficaz ejercicio de los derechos de incidencia colectiva es menester incorporar al ordenamiento normativo argentino la regulación legal de los procesos colectivos, modelo procesal cercano a las acciones de clases (*class actions*). Éstas son demandas promovidas en interés de un número de individuos que persiguen, en conjunto, remedio legal para algún tipo o supuesto de daños⁽²⁷⁾. Respecto

(27) MEROL, Andrea A., *Procesos colectivos. Recepción y problemas*, cit., p. 91.

de las cuales, hace tiempo, un eximio jurista y práctico del derecho, conector del derecho anglosajón, explicaba con claridad sus dificultades: “Las acciones por clases de personas plantean delicadas cuestiones de índole constitucional, procesal y de derecho sustantivo. No obstante las mejoras introducidas en 1966, todavía subsisten dudas sobre la admisibilidad de la acción, la selección e integración del grupo o la clase, su representación y la efectiva protección de los intereses de todos los miembros de la clase. Los tribunales federales principalmente, están llevando a cabo un cauteloso proceso de ajuste de los diversos intereses comprometidos para salvar objeciones acerca de la constitucionalidad del procedimiento, el alcance de la excepción de cosa juzgada y la conciliación de los intereses de los miembros de la clase, por un lado, y de los abogados que los representan o patrocinan, por el otro”⁽²⁸⁾.

Es evidente que la teoría del proceso debe realizar grandes esfuerzos para compatibilizar los institutos creados para la defensa de los derechos individuales con aquellos necesarios para proteger a los de incidencia colectiva⁽²⁹⁾.

Es un camino que ya se ha iniciado y concretado en otros ordenamientos y es de esperar que, en tiempo próximo, se recepte en el derecho positivo argentino. Existe una vasta doctrina al efecto y varios proyectos de ley que no logran ser tratados⁽³⁰⁾.

Es inadmisibles la demora de los órganos legislativos en esta materia⁽³¹⁾ que condujo a la Corte Suprema a reivindicar para sí las potestades legislativas propias del Congreso de la Nación y de las legislaturas provincia-

(28) CUETO RÚA, Julio C., “La acción por clase de personas (*class actions*)”, LL 1988-C-952.

(29) GOZAFNI, Osvaldo A., “La crisis del sistema procesal para la defensa de los derechos de todos”, LL 2009-E-1330.

(30) P.v., por ejemplo, los Proyectos de los Senadores Negre de Alonso (expte. S-1045/2011), Escudero (expte. S-204/2011), Bortolozzi (expte. S-3396/2010); Castillo (expte. S-38/2015) que reproduce el proyecto del senador Lores y el del senador Pereyra (expte. S-38/2015) y más recientemente el proyecto de ley de procesos colectivos, presentado el 22 de septiembre de 2016 (expte. S-3716/2016) por la senadora María de los Ángeles Sacnun acompañada por los senadores María E. Labado, María I. Pilatti Vergara, Ruperto E. Godoy, Virginia M. García, Ana C. Almirón, Omar A. Perotti. En la Cámara de Diputados han sido presentados proyectos por los diputados Yarade (expte. 5996-D-2010), Gil Lavedra (exptes. 2540-D-2011 y 4033-D-2011) y Camaño (expte. 4055-D-2011).

(31) La doctrina alude a la urgente asunción de la responsabilidad legislativa de sancionar la ley en la materia, ANDREUCCI, Carlos A., “Acciones colectivas: Ante la ausencia de la ley la presencia de la jurisprudencia”, LL 2015-C-49. Por otro lado se exigen, con razón, reglas de juego adecuadas para evitar actuaciones irresponsables y asegurar mayores posibilidades de éxito a los planteos serios y fundados, que son los que deben contar con el decidido apoyo de los poderes públicos y de la sociedad en general, v. WAJNTRAUB, Javier H., “Un avance concreto hacia el establecimiento de reglas de juego apropiadas”, LL 2016-C-632.

les, y a dictar un fallo justo, pero que la coloca en una situación que ha sido calificada por algunos como dudosa⁽³²⁾. De acuerdo con lo que viene exponiéndose, la propuesta es que, además del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, sean los Códigos provinciales quienes se ocupen del tema. Si bien existen algunas leyes que receptan algunos principios de los procesos colectivos, como la ley 10.000 del año 1986 de la provincia de Santa Fe, el hito sobresaliente fue la ya citada sentencia de fecha 24 de febrero de 2009 que concluye el caso “Halabi”, en la que se lee: “...no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto de esta *litis*. Este aspecto resulta de gran importancia porque debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos. Frente a esa falta de regulación —la que, por lo demás, constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido—, cabe señalar que la referida disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular”.

A partir de allí, hubo un fuerte movimiento doctrinario hasta que, en 2012, vio la luz el Proyecto de Código Civil y Comercial que incluía normas procesales muy precisas respecto de los procesos colectivos. La Comisión redactora estimaba que esa inclusión exteriorizaba una buena coherencia con el resto del Código porque también se reconocían los derechos de incidencia colectiva. Manifestó en los Fundamentos del Proyecto que empleó como fuentes el proyecto de reformas a la ley 25.675 (General del Ambiente) aprobado por la Asociación Argentina de Derecho Procesal en 2006 y elevado oportunamente al Congreso de la Nación. También se tuvieron en cuenta las experiencias y conclusiones del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal que aprobó en Caracas en 2004 la versión definitiva del Código Modelo de Procesos colectivos para Iberoamérica y el Proyecto de 1998.

Sin embargo, una vez presentado el Proyecto al Poder Ejecutivo se suprimió toda referencia a los procesos colectivos, decisión que para algu-

(32) SAGÜÉS, Néstor P., “La ‘acción de clase’ se despega del amparo”, SJA 2016/03/23-44, JA 2016-I. P.v., en igual sentido, los Fundamentos del proyecto de ley de procesos colectivos de la senadora Sacnun, arriba citado.

nos resulta inexplicable o una oportunidad perdida⁽³³⁾ y, para otros, fue adecuada, porque evita la inclusión de normas procesales en el código de fondo y el conflicto frente a las facultades de las provincias para legislar en esa materia.

4. Conclusiones

En síntesis, la compleja relación entre derecho sustancial y derecho procesal debe resolverse con un delicado equilibrio que permita garantizar al ciudadano el goce de sus derechos fundamentales. El derecho procesal debe asumir las modificaciones necesarias para adaptarse a los nuevos institutos incorporados al ordenamiento normativo argentino a partir de la puesta en vigencia del Código Civil y Comercial. ♦

ESTUDIO ANALÍTICO DE LAS INNOVACIONES RESPECTO DE INSTRUMENTOS

POR JOSÉ M. R. ORELLE

SUMARIO: I. Instrumentos públicos. 1. El nuevo concepto legal. 2. Teorías sobre el concepto de instrumento público. 3. La firma como requisito esencial de validez. 4. Imparcialidad del agente o funcionario. 5. Testigos inhábiles. 6. Obligaciones de los escribanos. 7. Idioma. 8. Abreviaturas y números. 9. Otorgante con discapacidad auditiva. 10. Contenido de las escrituras: menciones obligatorias. 11. Justificación de identidad. 12. Nulidad. 13. Actas. II. Instrumentos particulares. 1. Firma de los instrumentos privados. 2. Supresión del requisito del doble ejemplar. 3. Reconocimiento de la firma. 4. Incorporación del instrumento electrónico. 5. Los instrumentos particulares no firmados. 6. Prueba de los actos.

I. Instrumentos públicos

1. El nuevo concepto legal

a) Supresión de la frase "respecto de los actos jurídicos"

Esta frase figuraba en el proemio del art. 979 del Código anterior. Dicha expresión ya había llamado la atención. Literalmente interpretada, sólo son instrumentos públicos los que son el resultado del otorgamiento de actos jurídicos⁽¹⁾. No obstante, con un generalizado apoyo doctrinario, la doctrina y jurisprudencia se apartaron de esta limitación gramatical fundada en la ampliación de contenido que surgió de los incisos primero y segundo del art. 979⁽²⁾.

(1) Así lo sostuvo JOFRE, Tomás, *Manual de procedimiento civil y penal*, 5ª ed., 1942, t. III, p. 331.

(2) ORELLE, José M., "Comentario al art. 979", en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) - ZANNONI, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, Astrea, Buenos Aires, 1982, t. 4, p. 476.

(33) ARAZI, Roland, "Síntesis de las principales disposiciones procesales en el Proyecto de CCC", cit., p. 53, critica la manera inexplicable por la que se suprimieron del Proyecto los arts. 1745 a 1748; GIANNINI, Leandro J., "La necesidad de una reforma integral de la justicia colectiva", cit.; QUAGLIA, Marcelo C., "Acciones de clase: Una cuestión pendiente", LL del 22 de agosto de 2016, p. 8.

b) *Eliminación de incisos*

El nuevo Código, con la eliminación de siete incisos, ha efectuado una modificación de extraordinaria trascendencia, que modifica sustancialmente el concepto normativo de los instrumentos públicos.

Con la nueva redacción se ha adoptado normativamente —en mi opinión— la necesaria distinción entre actos compuestos (Estado y particulares) que son regidos por el Código Civil debido a su contenido (actos protegidos por el Estado debido a su trascendencia que excede el interés de quienes los otorgan) de aquellos en los cuales el Estado, de modo unilateral, desarrolla sus fines. Estos últimos se rigen exclusivamente por el derecho público, y la eventual aplicación de principios del derecho civil es por analogía en cuanto a principios y doctrinas generales (propias de la teoría general del derecho).

Respecto de los asientos de los corredores, la doctrina basada en la fuente utilizada por Vélez, el Esboço de Freitas, resultada difícil explicar su inclusión⁽³⁾, ya que el corredor no es un funcionario o agente público, las anotaciones o asientos no llevaban firma de las partes, por lo cual tienen un componente de clandestinidad, incompatible con el concepto de instrumento público⁽⁴⁾.

En cuanto a las letras de particulares, inscripciones de la deuda pública, billetes, libretas y otros documentos bancarios, también coincidió la doctrina sobre su naturaleza: se trata del desenvolvimiento de las finanzas del Estado⁽⁵⁾ y referían a instrumentos cuya naturaleza es ajena a los recaudos propios de la fe pública. La aplicación del vocablo “públicos” surgía exclusivamente de su fuente⁽⁶⁾.

(3) PIÑÓN, Benjamín P., *Instrumentos públicos y escrituras públicas. Comentarios de los arts. 997 a 1001 del Código Civil*, Instituto de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Litoral, Santa Fe, 1978, p. 20.

(4) MACHADO, José O., *Exposición y comentarios al Código Civil Argentino*, Lajouanne, Buenos Aires, 1898, t. III, p. 216; SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino*, actual. por José M. LÓPEZ OLACIREGUI, Tea, Buenos Aires, 1964, t. II, nro. 1557, LLAMBIÁS, Jorge J., *Código Civil anotado*, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, Parte general II, nro. 1660, p. 123.

(5) MARTÍN, Jose María, *Ciencia de las finanzas públicas*, Buenos Aires, 1976, ps. 55, 73, y 105.

(6) Ver amplia referencia en ORELLE, Jose M., “Comentario al art. 979”, en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) - ZANNONI, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, cit., ps. 489 y ss.

c) *Las modificaciones*

Examinando en conjunto, la regulación de la sección cuarta del Libro Primero, capítulo 5º, título 4º, describe el conjunto de elementos integrativos del concepto legal del Código.

El concepto legal surge del conjunto de los artículos que regula la sección. De su articulado se observan los siguientes elementos integrantes de la expresión jurídica instrumentos públicos⁽⁷⁾.

1. Que provienen del ejercicio de una función pública: art. 290, que describe los requisitos de validez del instrumento público, alude a la necesaria intervención de un oficial público, lo cual remite (conceptualmente) a la estructura clásica del derecho administrativo, que explica que las funciones públicas constituyen en su singularidad la desmembración necesaria del poder público originario, para garantía de los ciudadanos, evitando la centralización del mismos.

2. El concepto de órgano, como depositario de la función (evitando atribuciones personales, contrarias al principio republicano de la división de poderes) surge de las leyes reglamentarias de cada agente: códigos de procedimientos, leyes de procedimientos administrativos, leyes notariales, registrales.

3. La intervención de un funcionario o agente surge de los arts. 289, 290, y 292.

4. Las menciones a actos procedimentales, surgen del art. 289, inc. b) “con los requisitos que establecen las leyes”.

5. La acción de instrumentar aparece referida en los arts. 291, 292, 294, 296.

6. El instrumento se encuentra mencionado en los arts. 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 291 y 298.

7. El efecto de los instrumentos públicos surge de la expresa atribución específica de fe pública en el art. 296.

De lo expuesto, surge:

a) Que el concepto legal emana de la suma de los elementos constitutivos descriptos en la sección.

(7) ORELLE, Jose M., *Actos e instrumentos notariales*, La Ley, Buenos Aires, 2008, ps. 45 y ss.

b) Que la fe pública inherente a estos instrumentos, sólo procede cuando se reúnen los requisitos enumerados.

En cuanto a la relación entre instrumentos públicos y escrituras públicas, es una relación de género a especie. Desarrollo esta línea conceptual en el análisis de los incisos del art. 289.

c.1) *Inc. a): Las escrituras públicas y sus copias y testimonios*

Como especie, no cabe duda de que es la más representativa, y la que más recaudos exige, resultado de la integración normativa del Código Civil, con las leyes notariales provinciales. Sobre este punto, no hay variación respecto del Código anterior.

c.2) *Inc. b): Los instrumentos que extienden los escribanos o los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes*

c.2.1) *Los instrumentos que extienden los escribanos*

Quedan incluidos en el concepto legal, además de la especie escritura pública, los demás instrumentos notariales, tales como las actas —que han sido objeto de una regulación específica— autenticaciones de firmas (art. 98 de la ley 404); testimonios por exhibición o en relación (art. 109 de la ley 404), etc. Cabe recordar, que la mención a la ley 404, que regula el ejercicio de la función en la ciudad de Buenos Aires, debe ampliarse respecto de cada provincia, cuyas leyes notariales locales pueden incluir otras clases de instrumentos notariales.

c.2.2) *Los instrumentos que extienden los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes*

Conforme al concepto legal de instrumento público que he descrito, no todo instrumento creado por un funcionario o agente público adquiere esta naturaleza, sino sólo aquellos que reúnen los requisitos que integran la estructura legal compuesta de esta clase de actos, o sea atribución legislativa expresa, agentes idóneos para los actos y su instrumentación, instrumentos matrices con resguardo estatal, y conjunto de requisitos para la instrumentación que garantice su plena legalidad, inalterabilidad, permanencia, integridad, plenitud y control técnico de identidad, capacidad, legitimación y libertad al momento del otorgamiento del acto.

Esta afirmación la fundamento en la descripción estructural efectuada por el Código en los textos que regulan esta clase de instrumentos. La sumatoria de requisitos es aplicable a las subclases instrumentales.

Quedan comprendidos en este párrafo los instrumentos consulares, los otorgados por jueces de Paz conforme a ley especial formal, y todos aquellos que surjan de leyes especiales (la expresión ley la utilizo en forma estricta, o sea proveniente del Poder Legislativo).

c.2.3) *Inc. c): Los títulos emitidos por el Estado nacional, provincial o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme a las leyes que autorizan su emisión*

Este inciso, con mayor precisión conceptual que la reflejada en los incs. 5º, 6º, y 7º, del Código de Vélez, atribuye la categoría de instrumento público a los títulos emitidos por el Estado nacional, provincial, o la ciudad de Buenos Aires. Este inciso encuentra su fundamento en una extendida tradición jurídica del derecho continental.

Una primera lectura del inciso evidencia que los títulos, por sí mismos, no reúnen los requisitos que surgen del conjunto de los textos legales de la sección. En efecto: en su creación no intervienen particulares, no hay "partes" (art. 290) ya que el Estado interviene de modo unilateral, su contenido no refleja actos privados sino un acto de derecho público regido por el derecho administrativo, y no se autentican hechos o declaraciones de terceros, sino exclusivamente la voluntad jurídica de un órgano estatal.

Dichas características remiten a una tradicional y antigua controversia doctrinaria sobre el punto.

2. Teorías sobre el concepto de instrumento público

a) Tesis amplia

Propiciada por Spota, quien considera que basta la intervención de un agente o funcionario público para que exista instrumento público⁽⁸⁾, ya que constituye expresión formal escrita de la administración. Los instrumentos públicos pueden tener por finalidad la existencia de un hecho, o un acto, o constituir la forma de ejercicio de un poder público. El instrumento que reúne una apariencia regular, se supone emanado del poder público, y esa presunción se hace extensiva al contenido, supuesto que el acto que emana de un oficial público se supone eficaz. Los instrumentos públicos son mencionados de modo ejemplificativo, no excluyente por el Código Civil derogado⁽⁹⁾.

(8) SPOTA, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, Depalma, Buenos Aires, vol. 3, nro. 2039, p. 226.

(9) SPOTA, Alberto G. - LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F., *Contratos. Instituciones de derecho civil*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2009, t. III, p. 178.

Surge de lo expresado, que para Spota, la calificación de un instrumento como público sólo exige la intervención de un agente o funcionario, pero admite que dicha naturaleza se divide entre acto con suposición de eficacia o la forma de ejercicio del poder público.

b) *Tesis restringida*

Para quienes sostienen esta posición doctrinaria, es necesario que una ley específicamente confiera la potestad de dar fe⁽¹⁰⁾, lo cual requiere que la naturaleza del acto contenga declaraciones o hechos que el agente presencia y autentique.

Para los sostenedores de esta teoría, debe distinguirse entre instrumentos públicos (los referidos en el párrafo anterior) y los instrumentos oficiales, que son todos los instrumentos unilaterales de los funcionarios, que contienen expresiones de voluntad institucional, pero no reúnen los requisitos propios de los actos en los cuales su objeto es la autenticación de actos o negocios realizados por particulares. Estos últimos gozan de presunción de legalidad, legitimidad y autenticidad, desvirtuable por simple prueba en contrario. La autenticidad que se reconoce al instrumento público es una fe impuesta y obligada al juez, a los interesados y a los terceros. Es una fe legitimada (en el sentido de que no se basa en una creencia popular o generalizada subjetiva) sino que surge de una norma legislativa.

En esta línea conceptual, Fiorini sostiene que antes que rigiera la actual tajante distinción entre instrumentos públicos e instrumentos privados, se destacaba la existencia de documento oficial o instrumentos oficiales. Es un error identificar los documentos oficiales (provenientes de una autoridad pública) con los instrumentos públicos, que son aquellos que deben reunir exigentes requisitos impuestos por el legislador. Toda la actividad administrativa se desarrolla para formar un acto administrativo y es entonces equívoco sostener que cada agente público interviniente actúa como fedatario. El agente administrativo no es un fedatario y menos aún un notario público. La administración no produce instrumentos privados, pero no por ello sus actuaciones deben ser siempre instrumentos públicos. En síntesis, este autor separa los documentos oficiales o públicos, que se rigen por las normas del derecho administrativo, y los instrumentos públicos en sentido estricto, regidos por el Código Civil⁽¹¹⁾.

(10) FIORINI, Bartolomé, "Acto administrativo e instrumento público", LL 146-1027; CARMINIO CASTAGNO, José C. - SOLARI, Osvaldo - ZINNY, Mario A., "Necesidad de la escritura pública en la constitución de sociedades comerciales y sus modificaciones", *Revista del Notariado*, nro. 733, p. 110; GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 8ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, 2004, t. 3, ps. VII-37 y ss.

(11) FIORINI, Bartolomé, "Acto administrativo e instrumento público. El método constitucional", LL 145-1017.

La misma posición doctrinaria asume Gordillo⁽¹²⁾:

1. No existe relación alguna entre la presunción de legitimidad y el posible carácter de instrumentos públicos, que pudiera asignarse a los actos administrativos.

2. No puede otorgarse valor de verdad ni plena fe sobre las afirmaciones, las constataciones, los criterios ni las decisiones de los agentes administrativos.

3. Tampoco puede pretenderse que las actuaciones administrativas obliguen con tal alcance a jueces ni demás administradores.

4. Los instrumentos públicos son consecuencia de actos privados. Los actos administrativos son actos de agentes de la administración. Su efecto es presunción de legitimidad, no fe pública. Dicha presunción de legitimidad en nada puede asimilarse el valor probatorio del instrumento público.

5. Un documento administrativo tendrá carácter de instrumento público sólo cuando una ley expresamente y para el caso particular lo determine.

Para los autores citados, el elemento decisivo para la calificación de un instrumento como público es que genere fe pública.

c) *Tesis intermedia*

Cassagne, como se ha destacado precedentemente, parte de la base de considerar que el concepto de instrumento público no debe quedar circunscripto al derecho privado, sino que es propio de otras ramas del derecho. Si bien admite que no todos los instrumentos emanados de la Administración Pública son instrumentos públicos, considera que el instrumento público emanado de un órgano administrativo se caracteriza por su autenticación o refrendo (v.gr., decreto del Poder Ejecutivo nacional), el cual puede tener lugar a través de la firma de otro funcionario distinto al que lo suscribe.

También acepta que la publicación del documento en el Boletín Oficial le atribuye autenticidad, no sólo por razones de seguridad jurídica, sino por analogía con lo que acontece en materia de los actos que emanan de los órganos provinciales. Agrega que, por excepción, una norma legal o reglamentaria (habida cuenta del carácter local del derecho administrativo) pueda otorgar la plena fe del instrumento a un acto, con la sola constancia de su suscripción por el funcionario actuante, siempre que se hayan cumplido los recaudos propios de los actos formales⁽¹³⁾.

(12) GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, cit., t. 3, ps. VII-37 y ss.

(13) CASSAGNE, Juan Carlos, "Sobre la condición de instrumentos públicos de las actuaciones administrativas y su valor probatorio", ED 63-899.

Esta doctrina admite que no todos los instrumentos emanados de la Administración Pública sean instrumentos públicos. Coloca en el acento de los que sí admite como tales, los que tienen "autenticación o refrendo" o los que son publicados en el Boletín Oficial. No menciona a la fe pública.

d) *Conclusión sobre las doctrinas expuestas*

Las doctrinas expuestas enmarcan el tema en estudio en el significado del concepto en el derecho público y en el derecho privado:

En mi opinión:

a) Reflejan exclusivamente una diferencia respecto de la denominación gramatical.

b) Ninguna sostiene que en todos los instrumentos públicos se genere como consecuencia inescindible fe pública, y que para impugnarlos en todos los casos deba promoverse querrela de falsedad.

c) La disputa se focaliza en que para algunos autores, los instrumentos públicos son aquellos que producen el efecto de fe pública, y que los demás instrumentos provenientes del poder público se denominan de modo diferente: instrumentos oficiales.

e) *Conclusión respecto de los títulos públicos*

Los títulos públicos, tal cual se ha señalado al comienzo, no reúnen los requisitos para ser considerados instrumentos públicos en sentido estricto (que generen por sí mismos fe pública).

Cabe reflexionar, que su inclusión obedece a una tradición histórica muy extensa, y que denominarlos de tal modo refiere exclusivamente a expresar que surgen del poder público, por lo cual deben generar una credibilidad independiente a la de los instrumentos particulares. Este respeto "oficial" es el que surge de los escudos, banderas, insignias y de todo otro elemento que lleve el sello oficial de Estado.

En este sentido, es muy precisa la afirmación de Fiorini, cuando expresa que los documentos del Estado tienen un plano de eficacia superior al privado, que se rigen exclusivamente por el derecho constitucional.

Es una supremacía política. Por ello, pareciera que es técnicamente más apropiado el diferenciar los ámbitos diferentes de lo público y lo privado, cuyas normas y principios jurídicos se rigen por diferentes disciplinas (derecho constitucional y derecho administrativo) el primero, y el derecho civil los actos de derecho privado. Esta separación, en mi opinión, con

independencia del aprisionamiento propio de los vocablos, deja en libertad al intérprete para estudiar los instrumentos que se rigen por el Código Civil, de los demás instrumentos cuyas características y efectos se rigen por otras ramas del derecho.

La consecuencia de esta posición doctrinaria es que la mención por el Código Civil de estos instrumentos es meramente por efecto de una tradición muy antigua, pero en su efecto técnico, remite en cuanto a los efectos de éstos instrumentos al derecho público de modo exclusivo.

3. *La firma como requisito esencial de validez (art. 290, inc. b)*

El art. 988 del Código Civil derogado agregaba un segundo párrafo: "Si alguno o algunos de los cointeresados solidarios o meramente mancomunados no lo firmase, el acto será de ningún valor para todos los que lo hubieran firmado". Este agregado permitía sostener, *a contrario sensu*, que aquellos instrumentos que contuvieran obligaciones separables, podrían ser parcialmente válidos respecto de aquellas obligaciones cuyos sujetos hubieran firmado⁽¹⁴⁾. La doctrina en rasgos generales coincide en la sanción de nulidad en caso de falta de firma⁽¹⁵⁾.

El texto en examen, en el inc. b) establece, como requisito, las firmas del oficial público, de las partes y, en su caso, de sus representantes; si alguno de ellos no firmara por sí mismo o a ruego, el instrumento carecería de validez para todos. Una lectura meramente gramatical permite apreciar que el Código Civil y Comercial consagra una posición más rígida.

El artículo determina que las firmas son "requisito de validez". No obstante lo categórico de la expresión, sostengo que no refleja la totalidad de los casos de falta de firma.

a) La sanción de nulidad respecto de casos concretos (a diferencia de previsiones lingüísticas abstractas y genéricas) surge siempre de fórmulas estructurales integradas por una gran variedad de factores —detección del vicio, rol de la apariencia, ausencia o presencia de daño real, si el acto ha

(14) CARMINIO CASTAGNO, José Carlos, "Teoría general del acto notarial", *Revista del Notariado* (Ciudad de Buenos Aires), nro. 727, p. 97; SEGOVIA, Lisandro, *El Código Civil de la República Argentina*, Buenos Aires, 1881, t. I, nota 13 al art. 989 de su numeración; MACHADO, José O, *Exposición y comentarios al Código Civil Argentino*, cit., t. III, art. 988, p. 231; PIÑÓN, Benjamín P., *Instrumentos públicos y escrituras públicas. Comentarios de los arts. 997 a 1001 del Código Civil*, cit., p. 35.

(15) ORELLE, José M., "Comentario al art. 988", en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) - ZANNONI, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, cit., p. 522; ZAVALA, Gastón, "Nulidades instrumentales", en ARMELLA, Cristina (dir.), *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, t. III, p. 158.

sido impugnado o no, buena o mala fe, diligencia aplicada, etc. Por ello, los textos legales que consagran nulidades por elementos parciales, fragmentarios, incompletos de la realidad compleja y compuesta a la que deben aplicarse, sólo indican que el requisito a que refieren es importante, pero en el contexto de la fórmula completa aplicable al caso, no es suficiente.

b) La nulidad (sobre todo la absoluta) es una sanción extrema, antes casos de vicios también extremos, gravísimos, y aun así depende de un conjunto de circunstancias pragmáticas relevantes de cada caso. Un ejemplo entre muchos: la ocupación ilegal de terrenos (sobre todo terrenos fiscales) es un acto nulo y además ilícito, y sin embargo en casos extremos (necesidades sociales) no se aplica la sanción legal ante consideraciones superiores: paz social, estados de emergencia, solidaridad.

c) Un instrumento no firmado, por sí mismo, no describe que ha acontecido. Puede suceder:

i) Que quien no ha firmado no interviniera en ningún momento en el acto.

ii) Que haya comparecido, y al comenzar el acto, o durante su desarrollo, se retirara.

iii) Que haya intervenido, haya escuchado la lectura, prestado su consentimiento con el acto y con el instrumento, y por un error o descuido, no haya firmado.

iv) Que la falta de firma pueda haber provenido de una actitud fraudulenta o con mala fe simple.

v) Además de la causa del vicio (falta de firma) deben considerarse otros factores que integran la tarea interpretativa: la buena o mala fe de quienes han intervenido, si hubo o no confirmación expresa o tácita del acto por conductas posteriores, si se generó o no daño, si existe impugnación o no se ha impetrado, si ha mediado prescripción liberatoria, si el vicio es ostensible u oculto (por confundirse con otras firmas o rúbricas), etcétera.

Todas estas alternativas, de muy diferente incidencia para la solución del caso, demuestran lo afirmado en la introducción sobre la interpretación de los textos jurídicos: por constituir los ordenamientos jurídicos verdaderos sistemas, las soluciones de los casos concretos (con base en las previsiones abstractas de las normas) surge de una infinita posibilidad de combinaciones de normas, valores, circunstancias y preceptos, y por ello no debería apoyarse en un solo texto, sino en una aplicación sistematizada del conjunto del ordenamiento.

Sobre la base de estos elementos interpretativos, la falta de firma puede generar: la nulidad absoluta de todo el instrumento, o la nulidad parcial, y aun cabe admitir que para ciertos sujetos (quien no ha firmado con una finalidad de engaño doloso) no sería posible impetrar la nulidad, por la propia torpeza.

4. Imparcialidad del agente o funcionario (art. 291)

a) Parientes comprendidos

Este texto reemplaza al art. 985 del Código Civil derogado e incorpora diferencias sustanciales:

a) El art. 985 sólo aplicaba la prohibición al funcionario público. El nuevo texto incorpora al cónyuge y a su conviviente. Refuerza el deber de imparcialidad de los funcionarios. En otro miraje, expande las causales de nulidad de los instrumentos públicos, lo cual tiene su resonancia en aquellos instrumentos que contienen títulos sobre bienes.

b) El art. 985 refería a los parientes en cuarto grado y no incluía a los afines. El nuevo texto extiende la causal de nulidad hasta los afines en segundo grado. Más allá de su inclusión expresa, algunos doctrinarios consideraban a los afines implícitamente incluidos en la prohibición⁽¹⁶⁾.

b) Requisitos

La prohibición integra dos elementos, uno objetivo (el parentesco) y otro subjetivo (el interés).

La frase "personalmente interesados" establece un factor subjetivo en el presupuesto del texto. Adviértase, para fortalecer este desarrollo, que el artículo podría haber sido redactado consignando el solo hecho de la participación de parientes, con lo cual sería muy preciso que bastara el solo hecho del parentesco. Este factor subjetivo obliga al intérprete a plantearse el siguiente interrogante: ¿Debe presumirse el interés por el solo hecho del parentesco o la introducción del factor subjetivo obliga al juez a indagar y analizar la existencia misma del interés, su incidencia, la actitud del agente y parientes, y si efectivamente se ha influido negativamente respecto de los participantes?

El punto ha sido debatido en ocasión de la anterior regulación y surgían las siguientes coincidencias de criterio:

a) Debe ser apreciado por el juez en cada caso.

(16) BOFFI BOGGERO, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XVI, p. 216; PELOSI, Carlos, *El documento notarial*, 4ª reimp., Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 164.

- b) El interés debe ser directo.
- c) Objetivo, no basta el afecto o conocimiento.
- d) Puede ser económico o de otra índole que tenga suficiente potencialidad para desviar el ejercicio de la función por parte del agente⁽¹⁷⁾.

El vocablo "interés", de compleja interpretación por su connotación subjetiva, permite descartar los casos de ausencia de dicho elemento: acta de inauguración de un monumento histórico, el caso en que interviene el pariente y se conviene que una retribución la pague un tercero. Los casos en los cuales existe un interés neutro para el pariente: recibe mandato para litigar, o casos en los cuales el interés aparece claramente: transacciones, compraventas, etcétera.

En el complejo de posibles alternativas, aparecen también otros factores circunstanciales, por ejemplo, aun cuando se trate de una compraventa en la que el acto en sí solo implique la instrumentación de un acto cuyas prestaciones hayan sido satisfechas con anterioridad, por ejemplo, si el precio ha sido pagado al efectuarse el boleto. Otro factor relevante es el grado de incidencia realmente ejercido por el agente, ya que en muchas ocasiones el temperamento, carácter y posicionamiento de los sujetos que intervienen no dejan lugar para excesos o abusos, por ejemplo, el caso en que el pariente tiene una mínima participación dentro de un grupo de personas que tienen decidido resolver sus decisiones por votación, situación en la cual el parentesco carece de incidencia.

En síntesis, la nulidad por defecto de imparcialidad debe integrar el factor objetivo (el parentesco) subjetivo (interés) y circunstancias relevantes (ausencia de incidencia del parentesco)

c) Parentesco y persona jurídica

La reforma más trascendente es la supresión del último párrafo del art. 985 del Código Civil de Vélez, que establecía: "Si los interesados lo fueren sólo por tener parte en sociedades anónimas, o ser gerentes o directores de ellas, el acto será válido". El fundamento de tal excepción era la independencia subjetiva de la persona jurídica: es una persona diferente a sus miembros.

Debido a ello, el nuevo texto puede considerarse como una depuración técnica de la situación regulada, en el sentido de evitar referencias obvias

(17) ORELLE, José M., "Comentario al art. 985", en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) - ZANNONI, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, cit., p. 512.

para el actual desarrollo científico del derecho. En esta línea conceptual, Benseñor considera que la participación de cualquiera de los indicados en el art. 291 como accionistas, socios, asociados, o integrantes de personas jurídicas, no ocasiona la invalidez de los actos que instrumenten éstas. Excepcionalmente, en aquellas sociedades en que los socios respondan en forma personal por las obligaciones sociales, habrá que considerar en cada caso si el asunto instrumentado compromete los intereses personales de aquéllos a los efectos del referido art. 291, y arts. 56 de la ley 19.550, y 160 de la ley 24.522⁽¹⁸⁾.

Otro modo de abordar el tema sería considerar que al haberse suprimido la excepción, quedan incluidos en la prohibición el caso de parientes del funcionario, aunque formen parte de órganos de personas jurídicas.

Esta posición es asumida por Carminio Castagno, quien sostiene que al haberse suprimido en el art. 291 la excepción dispuesta por el art. 985, *in fine*, del Código Civil, la ilegitimación tipificada en aquel precepto comprende el caso antes excluido y sus interpretaciones ampliatorias⁽¹⁹⁾.

Si se parte del fundamento del texto, que es evitar la parcialidad del funcionario, sería excesivo consagrar una prohibición de tal extensión, ya que el agravio a la imparcialidad del funcionario no surge sólo del hecho que un pariente forme parte del órgano, sino de otros elementos interpretativos, tal cual ha sido descrito en punto anterior.

Reiterando la casuística, ponderar si dicho pariente por sí reúne el poder de decisión de la persona jurídica, si el acto que se otorga lo decide el pariente, o ha sido decidido por el órgano previamente (en cuyo caso el pariente es sólo un mero ejecutor de una decisión ya adoptada), etcétera.

El fundamento del requisito de la imparcialidad es impedir que exista "desviación de poder", o sea, que se favorezca al pariente, por ello, para que produzca invalidez, debería probarse tal desviación. La pretensión de evitar riesgos con provisiones abstractas e imprecisas genera riesgos mayores que la supuesta evitación.

Además, no debe olvidarse que una actuación ilícita, como sería engañar a una persona para favorecer a un pariente, genera sanciones de nulidad

(18) BENSEÑOR, Norberto, "Prohibiciones del art. 291 del Código Civil y Comercial con relación a las personas jurídicas", LL 2015-C-1261.

En la misma convicción, ABELLA, Adriana - REGIS, Ariel, en CLUSELLAS, Eduardo G. (coord.), *Código Civil y Comercial, comentado, anotado y concordado*, Astrea y Fen, Buenos Aires, 2015, t. I, comentario al art. 291.

(19) CARMINIO CASTAGNO, José C., "¿Qué dice el art. 291 del Código Civil y Comercial?", LL 2015-E-819.

independientes (dolo, fraude) por lo cual la protección de los terceros no depende exclusivamente del parentesco.

5. Testigos inhábiles (art. 295)

El nuevo texto ha uniformado la normativa sobre testigos, que en el Código Civil derogado variaba según fuera el caso de instrumentos públicos (regulación genérica) y testamentos (regulación específica para esta clase de actos). Con la actual legislación, queda uniformada la regulación, lo cual constituye un verdadero acierto⁽²⁰⁾.

a) *Inc. a): Los incapaces de ejercicio y los inhabilitados por sentencia*⁽²¹⁾

El tratamiento del punto requiere algunas consideraciones previas:

a) En un plano, las conductas humanas que el derecho regula presentan una extraordinaria variedad y matices que la interpretación jurídica debe incluir y por ello postular herramientas hermenéuticas que permita diferenciarlas.

b) En otro plano, el Código Civil y Comercial ha modificado paradigmáticamente el tema de la incapacidad, pasando de una regulación muy esquematizada (capaces, incapaces) a un reconocimiento de avances graduales de capacidad (respecto de menores de edad) y al admitir asimismo que la incapacidad reconoce una gran variedad de alternativas, por lo cual el respeto a la dignidad humana impone que las limitaciones sean legisladas reconociendo esa gradualidad.

Debido a ello, debe partirse del principio general de que mientras no exista una expresa prohibición, la aptitud para ser testigo debe presumirse.

a.1) *Los incapaces de ejercicio*

Son los que describe el art. 24 del Código Civil y Comercial.

Respecto de las personas que no cuentan con edad y grado de madurez suficiente, se remite a los arts. 31 y ss. y 43 y ss. En principio, los menores de edad no están habilitados para ser testigos. No obstante, con fundamento en lo expuesto como consideraciones previas, puede admitirse que para ciertos actos, los menores con dieciséis años cumplidos puedan ser testigos

(20) D'ALESSIO, Carlos, "Comentario al art. 295" en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015, t. II, p. 147.

(21) LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, 21ª ed., actualizada por Patricio J. RAFFO BENEGAS, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, t. II, p. 386.

en actos cuya característica no exija capacidad plena, como puede ser el caso de ser testigos de simples hechos (entregas de cosas, o de existencia de algún objeto). Los menores emancipados por matrimonio (ya que su estatus es de plena capacidad con las únicas limitaciones que constan en el art. 28) pueden ser testigos sin limitación alguna.

En cuanto a las personas declaradas incapaces por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión, corresponde apuntar:

i) Que ha sido suprimida definitivamente la distinción tajante entre capaces e incapaces que consagraba el Código Civil derogado (arts. 54 y ss.).

ii) Para la nueva legislación, la incapacidad es una cuestión de grados (art. 31) y por ello el juez debe evaluar con un imprescindible dictamen interdisciplinario (art. 37) la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y los actos que se limitan, procurando que la afectación a la autonomía de las personas sea la menor posible (art. 38). La sentencia debe ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y se debe hacer constar al margen de la partida de matrimonio (art. 39).

a.2) *Los inhabilitados por sentencia*

En cuanto a los inhabilitados por sentencia, se ha expresado que el art. 275 del Código Penal, referido a los condenados por falso testimonio, se les aplica la sanción accesoria de inhabilitación, por lo cual quedaban comprendidos en la inhabilitación para ser testigos (art. 990 del Código derogado). Dicha norma también abarcaba a los condenados a prisión o reclusión por un plazo superior a 3 años (art. 12 del Código Penal). Si se acepta la doctrina que considera que dichos efectos carecen de naturaleza sancionatoria, ya que tienden a proteger a quienes no pueden atender por sí sus asuntos, puede aceptarse que en circunstancias excepcionales (salida autorizada, o un acto en el mismo establecimiento) puedan desempeñarse como testigos⁽²²⁾.

b) *Inc. b) los que no saben firmar*

El fundamento es evidente. La función de testigo exige un mínimo de instrucción y de aptitud intelectual para la comprensión del acto⁽²³⁾.

(22) D'ALESSIO, Carlos, "Comentario al art. 295" en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., t. II.

(23) SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino*, cit., t. II, nro. 1950, p. 357.

c) *Inc. c) los dependientes del oficial público*

Nuevamente aparece una limitación basada en la necesidad de transparencia plena de los actos públicos⁽²⁴⁾. El Código Civil derogado era más riguroso, ya que extendía la incapacidad respecto de los dependientes de otros agentes con la misma competencia. En cuanto a la prohibición de los dependientes, está plenamente justificada, ya que el testigo debe ser imparcial, y la vinculación expuesta infringiría este requisito.

d) *Inc. d): El cónyuge, el conviviente, y los parientes del oficial público dentro del cuarto grado y segundo de afinidad*

Esta redacción mejora la expresión "parientes" que aparecía en el art. 990 del Código Civil derogado, que permitía discutir si el cónyuge podía o no ser considerado pariente a los efectos de ese texto. Es de destacar que a partir del art. 509 del Código Civil y Comercial la inclusión del conviviente armoniza con esta nueva institución.

A efectos prácticos, el art. 511 determina que la existencia de la unión convivencial y los pactos que los integrantes de la pareja hayan celebrado, se inscriben en el Registro que corresponda a la jurisdicción local, sólo a los fines probatorios.

Respecto de los demás parientes —reiterando la precisión apuntada— se aclara que la prohibición alcanza a los parientes afines hasta el segundo grado.

e) *Discapaces visuales y auditivos*

El Código Civil y Comercial no se pronuncia sobre su aptitud para ser testigos. Se ha afirmado que la naturaleza de la intervención de los testigos, que supone una apreciación plena del acto, parecería que los descalifica para esta clase de intervenciones⁽²⁵⁾.

Desde otro ángulo de apreciación, reiterando lo expuesto en cuanto a la necesidad de considerar el conjunto de factores, debe calificarse la idoneidad del testigo según el caso y sus circunstancias: por ejemplo, un disminuido o carenciado visual puede perfectamente escuchar (seguramente con mucha mayor agudeza que otra persona) ruidos molestos. Un disminuido auditivo puede sin embargo ser testigo de un hecho en el cual

(24) ORELLE, José M., "Comentario al art. 990", en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) - ZANNONI, Eduardo A. (cóord.), *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, cit., t. 4, p. 538.

(25) D'ALESSIO, Carlos, "Comentario al art. 295", en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., t. II, p. 149.

lo esencial sea lo visual. Por ello, y enmarcando esta posición en la relatividad de los casos, y en la naturaleza del derecho como sistema, es que no es procedente sostener de modo abstracto y genérico la incapacidad, sino que depende de las circunstancias del caso.

f) *El error común sobre la aptitud de los testigos*

El texto finaliza con la frase que el error común sobre la idoneidad de los testigos salva la eficacia de los instrumentos en que se haya intervenido. Sobre el alcance jurídico del error, debe remitirse al régimen general de este vicio de la voluntad, regulado a partir del art. 265. La remisión al error, debido a la necesidad de que sea excusable, se proyecta al tema de la diligencia exigible tanto del agente como de los particulares que intervienen en un acto. La frase es una simple consecuencia de los principios generales respecto de la buena fe y su incidencia en los actos jurídicos. Las normas que se comentan, se aplican a toda clase de agentes públicos, ya sean de la órbita del Poder Judicial, del notariado, como de la Administración Pública.

6. *Obligaciones de los escribanos (art. 301)*

a) *Consideración preliminar*

Este texto no reconoce similar disposición en el Código Civil derogado. Registra como fuente el art. 277 del Proyecto de 1998, que decía: "el escribano debe recibir por sí mismo las declaraciones de los comparecientes". El nuevo texto agrega "debe calificar los presupuestos y elementos del acto, y configurarlo técnicamente".

Como surgirá del comentario, el texto introduce una estructura conceptual descriptiva del procedimiento notarial respecto del acto jurídico que otorgan las partes. También determina algunas precisiones respecto de la acción de instrumentar, hasta ahora reservada a las leyes notariales.

El punto se conecta con un aspecto tratado en el análisis de los instrumentos públicos en cuanto a la finalidad de las solemnidades. En las exposiciones tradicionales, las solemnidades se estudian dentro del capítulo de las formas instrumentales, y por ello, su finalidad y esencia aparecen parcialmente ocultas, ya que sugiere que la única diferencia con los actos de forma libre es que son "escritos" por oficiales públicos. Considerado de esta manera, queda oculto que dichas solemnidades se aplican en todos los tramos del acto, e inclusive con diligencias anteriores y posteriores; no son una diferencia de escritura, son parte de actos que tienen una estructura diferente, a partir de la intervención del Estado, a través de agentes que son nombrados, investidos y seleccionados especialmente para el desarrollo

de sus funciones. Esta finalidad de garantía ha sido destacada por algunos autores:

Flume postula dos significados de forma, una acepción genérica de la forma, o sea, la que es propia de todo negocio como elemento que lo exterioriza, a la que llama "absoluta". Trata luego el caso de las solemnidades, y expresa que en dichos casos —actos solemnes— la forma se convierte en un medio al servicio de los más diversos fines, sirve sobre todo para la prueba, y en general, para la clarificación y aseguramiento de la reglamentación negocial, para la protección frente a la actuación irreflexiva, etc. Cita a Heldrich, quien agrega: claridad de contenido, reconocibilidad por los terceros, asesoramiento profesional, supervisión en el sentido del interés comunitario. Sostiene Flume que la finalidad de las solemnidades se encuentra en ideas proteccionistas⁽²⁶⁾.

Carnelutti afirma que uno de los medios para garantizar la fidelidad del documento consiste en proveer a su formación mediante una persona que ofrezca garantías intelectuales y morales para excluir al máximo el peligro de errores de la inteligencia y de voluntad en la formación misma. Este proveimiento da lugar al documento oficial, cuya especie más importante es el documento notarial⁽²⁷⁾.

Betti sostiene que la moderna finalidad de la forma es, sobre todo, la de asegurar contra toda duda la univocidad del acto y garantizar su seriedad, advirtiendo a quien lo realiza que apareja consecuencias sociales que han de ser bien ponderadas⁽²⁸⁾.

Brebbia expresa que el establecimiento de formas impuestas es utilizado por el legislador para obtener ciertos fines: a) la más perfecta individualización del acto, determinando su alcance y contenido; b) facilitar o asegurar la prueba; c) un mayor examen y determinación de las partes; d) el acto adquiere visibilidad respecto de terceros; e) permite la incorporación de los derechos de fondo a documentos, con vistas a su fácil negociación⁽²⁹⁾.

Cifuentes señala, al referirse a las ventajas del formalismo, que a) facilita la prueba; b) da pie a que las partes obren con mayor reflexión; c) aseguran la conclusión de los negocios; d) propenden a la protección de los terceros por medio de la publicidad; e) facilitan la percepción de impuestos; f) facilitan la circulación de ciertos bienes⁽³⁰⁾.

(26) FLUME, Werner, *El negocio jurídico. Parte general del derecho civil*, 4ª ed., Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, t. II, p. 296.

(27) CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 185.

(28) BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Comares, Granada, 2000, p. 234.

(29) BREBBIA, Roberto H., *Hechos y actos jurídicos*, Astrea, Buenos Aires, 1979, t. I, p. 916.

(30) CIFUENTES, Santos, *Negocio jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 198.

Por mi parte, reitero la trascendencia del siguiente enfoque (tradicionalmente no destacado): La protección de los agentes que intervienen en actos privados no se limita a lo instrumental: su función es proteger la legalidad, validez, eficacia y estructura técnica del acto con tareas técnico procedimentales previas (auditoría de identidad, capacidad, discernimiento, legitimación); con tareas durante el acto (presencia, dirección técnica, configuración de las declaraciones, garantizar la información y asesoramiento a quienes intervienen, la plena comprensión de los alcances y consecuencias del mismo; la acción de instrumentar (con el conjunto de requisitos que he examinado al tratar el concepto de instrumentos y escrituras pública) y posteriormente al acto, conservando de modo ordenado y accesible los instrumentos matrices de los actos.

b) *Breve recapitulación de los presupuestos y elementos de los actos jurídicos*⁽³¹⁾

1) *Presupuestos y elementos del acto jurídico contenidos en la escritura. Calificación*

Tradicionalmente, a los elementos que componen el negocio jurídico se los clasifica en: a) esenciales (los que son constitutivos del negocio conforme a su naturaleza); b) naturales (los que derivan del negocio, de tal modo que aunque las partes no los incluyan, la ley los establece supletoriamente); c) accidentales (no resultan necesarios para la existencia del acto y quedan al arbitrio de las partes incluirlos o no)⁽³²⁾.

Betti separa los elementos constitutivos del negocio y los presupuestos: a) los constitutivos se integran con la forma (declaración o comportamiento), el contenido y la causa; b) los presupuestos de validez son el sujeto (capacidad), el objeto del negocio (la idoneidad del objeto) y la posición del sujeto respecto del objeto (legitimación).

Estas diferencias conceptuales carecen de relevancia para el desarrollo del presente comentario, porque no sólo por imperio del artículo examinado, sino por las demás normas que serán detalladas en los puntos posteriores, el escribano debe examinar y calificar la totalidad de los elementos:

a) *Respecto de los sujetos, la identidad y capacidad y la legitimación para disponer.*

(31) Los elementos de los actos jurídicos han sido estudiados en el capítulo 5, sección primera, a los cuales se remite.

(32) COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *El negocio jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 106; DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, p. 55.

b) La declaración de voluntad, comprobando su congruencia con la intención.

c) La licitud del objeto y de la causa y la idoneidad del objeto, y demás exigencias legales respecto de dichos elementos.

d) Debe intervenir en el acto, aplicando sus solemnidades propias

La consagración de requisito referido a los presupuestos y elementos del acto surge adicionalmente de los demás textos de la presente sección, y muy especialmente del art. 305, que regula el contenido de la escritura.

c) *Presupuestos y elementos del acto notarial*

Orelle sostiene respecto del acto notarial⁽³³⁾:

1. Los presupuestos del acto son: la competencia material y territorial, que el oficial público se encuentre en ejercicio de su función y que no haya parentesco prohibido entre el escribano y las partes.

2. Los sujetos, que deben ser capaces y legitimados para el acto, y el escribano, que debe estar también legitimado (o sea titular, adscripto u otra calificación: subrogante, interino, etc., encontrarse en ejercicio de su función, competente por razón del territorio y materia, e imparcial).

3. Las declaraciones de voluntad de las partes (inherentes al negocio) y las declaraciones y actos propios del escribano. Respecto de este último, a diferencia de los particulares que en cada caso eligen libremente su voluntad, carece de voluntad (en el plano de elección subjetiva), ya que actúa cumpliendo las obligaciones propias de la función. No persigue un interés propio, actúa cumpliendo una finalidad determinada por la ley.

4. El objeto del acto, para los particulares, será el que corresponda al tipo de acto (en una compraventa, para el vendedor será el cobro del precio, para el comprador el bien de que se trate). Para el escribano, el objeto del acto también está predeterminado por la ley, es el que surge de la función: dotar de plena validez, eficacia, legalidad y autenticidad al acto.

5. En cuanto a la causa⁽³⁴⁾, será para las partes la que resulte del acto. Para el escribano, los fines del agente están subsumidos en la competencia, en el ejercicio de la función. Los fines personales del agente son irrelevantes.

(33) ORELLE, Jose M., *Actos e instrumentos notariales*, cit., ps. 108 y ss.

(34) Sobre este complejísimo tema, aparte de remitir al estudio desarrollado en esta misma obra (arts. 281, 282 y 283) se ha seguido la doctrina de BUBRES, Alberto, *Objeto del negocio jurídico*, Hammurabi, Buenos Aires, 1986, p. 85, que distingue entre el aspecto objetivo y el subjetivo de la causa. El aspecto objetivo, la causa es el propósito recíproco y común de las partes de obtener el cumplimiento íntegro de los planes de prestaciones recíprocas. El

El fin objetivo es el cumplimiento de las obligaciones legales provenientes de su función.

6. Las solemnidades propias del acto, que serán descriptas en los puntos posteriores.

Carminio Castagno puntualiza⁽³⁵⁾:

Los presupuestos son: a) la legitimación subjetiva-objetiva del agente; b) la habilidad del agente; c) competencia del órgano; d) la idoneidad del objeto; e) todas las especies conformantes de la legitimación del órgano y agente.

Los elementos: a) contenido fedacional; b) forma; c) causa idónea.

Zinny denomina al acto notarial, como "dación de fe"⁽³⁶⁾:

Los presupuestos son: a) legitimación del notario; b) idoneidad del objeto (competencia del notario en razón de la materia).

Los elementos son: a) forma; b) contenido (materia); c) causa.

d) *Configuración*

Es la operación técnico-intelectual del agente, que, conforme a los criterios técnicos propios de su formación académica, le permiten el encuadre o tipificación de las declaraciones de voluntad (por ej.: compraventa, permuta, contrato innominado, etc.).

Por lo general, las partes informan de modo espontáneo e informal cuál es su propósito (objeto del acto) y cómo pretenden obtenerlo (causa fuente); por ello, es tarea técnica la de adecuar ese concepto básico en alguna de las alternativas que el derecho ofrece, ponderando el conjunto de las circunstancias de cada caso.

Esta operación jurídica es uno de los pilares de la función notarial, ya que implica "la realización o aplicación del derecho a los casos concretos"⁽³⁷⁾; "las labores de asesoramiento, calificación, legalización y configuración

aspecto subjetivo es la finalidad concreta, individual, o los móviles subjetivos de cada parte para celebrar el contrato.

(35) CARMINIO CASTAGNO, José C., "Teoría general del acto notarial", en ALTERINI, Jorge H. (dir.) - ALTERINI, Ignacio E. (coord.), *Derecho notarial, registral e inmobiliario. Doctrinas magistrales*, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires - La Ley, Buenos Aires, 2012, t. I, p. 838.

(36) ZINNY, Mario A., *El acto notarial (dación de fe)*, Depalma, Buenos Aires, 1990, ps. 11 y 55.

(37) BARDALLO, Julio R., "Teoría de la técnica notarial", en ALTERINI, Jorge H. (dir.) - ALTERINI, Ignacio E. (coord.), *Derecho notarial, registral e inmobiliario...*, cit., t. I, p. 121.

notariales adquieren con él su máxima expresión”⁽³⁸⁾. Con el mismo fundamento, Favier Dubois sostiene la trascendencia de la función notarial configuradora respecto de las sociedades comerciales, a trámites precalficatorios, contratos, títulos y concursos⁽³⁹⁾. “El escribano recibe el requerimiento (...) y dado que el notario no es un mero receptor autómatas de las declaraciones de las partes (...) da forma jurídica sobre el pensamiento de los otorgantes”⁽⁴⁰⁾.

Jorge H. Alterini coincide en la trascendencia de dicha actividad; “uno visualiza al notario asesorando, informando, interpretando y traduciendo.

Zinny señala que la configuración se encuentra intensificada en su necesidad, por la convergencia de variados factores: la complejidad que ha surgido por efecto de la aceleración del tráfico, la aparición de nuevos tipos negociales, y la aparición de nuevos negocios atípicos. Este conjunto de factores, no sólo exige un conocimiento especializado y destreza técnica para la configuración, sino que demandan claridad y método para ordenar el contenido y estructurar el orden de la redacción, de modo de poder separar una gran variedad de elementos (sustantivos, notariales, tributarios, administrativos, registrales, etc.) para evitar que la lectura del instrumento (y por ende, su claridad en cuanto a la comprensión del mismo) quede obstaculizada⁽⁴¹⁾. Esta operación jurídica está expresamente consagrada como un deber notarial en la gran mayoría de las leyes notariales.

e) Procedimiento respecto de la fijación del texto en papel

Se regula un aspecto que, por sus características, es más apropiado que sea resuelto por las leyes notariales, que permanentemente se ocupan de resolver qué métodos de escritura son más seguros. En la ciudad de Buenos Aires, la ley 404 establece en el art. 62 que “los documentos podrán ser extendidos en forma manuscrita, mecanografiada, o utilizando cualquier otro medio apto para garantizar su conservación e indelebilidad y que haya sido aceptado por el Colegio de Escribanos”.

El decreto reglamentario (dec. 1624/2000), en el art. 39, determina que “se prohíbe la utilización de elementos o procedimientos de impresión que puedan superponerse a la grafía impresa en los documentos y no

(38) ZINNY Mario A., “Negocio jurídico y función notarial”, en ALTERINI, Jorge H. (dir.) - ALTERINI, Ignacio E. (coord.), *Derecho notarial, registral e inmobiliario...*, cit., t. I, p. 301.

(39) FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M., “La función notarial en el mundo del derecho comercial”, en ALTERINI, Jorge H. (dir.) - ALTERINI, Ignacio E. (coord.), *Derecho notarial, registral e inmobiliario...*, cit., t. I, p. 397.

(40) TARNOSKI, Susana M., “Escrituras públicas. Parte especial”, en ARMELLA, Cristina (dir.), *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario*, cit., t. II, p. 768.

(41) ZINNY Mario A., “Negocio jurídico y función notarial”, cit., p. 302.

garanticen la perdurabilidad de la redacción del mismo y su eventual corrección”.

Asimismo, ha sido admitido que la impresión pueda ser realizada por una persona delegada por el escribano. El art. 37 del decreto reglamentario citado así lo expresa, agregando como fundamento: “por cuanto su formalización se hará efectiva al autorizarla el mismo”.

Con referencia a los instrumentos electrónicos, tratados en el comentario a los arts. 286/287 (apart. 5º) y al desarrollar en torno del art. 300 el tema del protocolo, el decreto reglamentario de la ley 404 deja abierta la posibilidad de una futura incorporación, pues en el art. 36 establece: “el soporte del documento podrá ser de cualquier naturaleza admitida por la legislación vigente y aprobada por el Colegio de Escribanos, siempre que garantice perdurabilidad, accesibilidad, significado unívoco y posibilidad de detectar cualquier modificación que se introdujera *a posteriori* de las firmas de las partes y del escribano autorizante”. Me ocupo del documento electrónico al referirme a los instrumentos particulares.

f) Principio de unidad de acto. Excepción: firma mediante adhesión posterior

Como ya se ha expresado, el acto notarial debe ser desarrollado de modo continuado, sin interrupciones ni salidas y reingresos de los intervinientes, debe continuarse “en unidad” desde el principio hasta el final⁽⁴²⁾. Núñez Lagos la denomina unidad de tiempo y unidad de consentimiento. En síntesis, unidad de acto alude al hecho o acto en una fracción de tiempo, unidad de texto, es el resultado de la narración del acto, y unidad de consentimiento es el hecho que cubre el texto desde el principio hasta el final⁽⁴³⁾. La unidad de acto se integra con los siguientes elementos⁽⁴⁴⁾:

- a) Presencia en conjunto de todos quienes intervienen, incluido el oficial público.
- b) Cointervención en el acto (declaraciones, entregas, etc.).
- c) Redacción coetánea del instrumento.
- d) Lectura, en su caso, correcciones y enmiendas.

(42) BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil. Parte general*, 9ª ed. actual. por Guillermo J. Borda, La Ley, Buenos Aires, 2008, t. II, p. 229.

(43) NÚÑEZ LAGOS, Rafael, *Hechos y derechos en el documento público*, publicación del Instituto Nacional del Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1956, p. 9 y puntos 19, 46 y 140 de su trabajo.

(44) ORELLE, José M., en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) - ZANNONI, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias*, cit., t. 4, p. 611.

e) Lectura.

f) Firma y autorización del escribano.

Pelosi ha señalado que este principio no era exigido por el Código Civil derogado, aunque aparecía de modo exclusivo en los testamentos por acto público (art. 3658 —Código citado— y en la entrega y suscripción del testamento cerrado, art. 3667 del Código citado). También comenta la necesidad de flexibilizar el principio con base en ciertas necesidades del moderno tráfico jurídico⁽⁴⁵⁾. Rivera —comentando el régimen derogado— opinaba que en caso de infracción al principio de unidad de acto, se cometía falsedad por parte del oficial público⁽⁴⁶⁾.

La ley notarial de la ciudad de Buenos Aires, 404, ya había flexibilizado el requisito de la unidad de acto en el art. 80, cuyo texto es prácticamente idéntico al que ha sido agregado en el artículo que se comenta. El dec. 1624/2000, reglamentario de la ley 404, en su art. 57, establece que en caso de pluralidad de otorgantes que suscribieren la escritura en distintas horas del mismo día, se podrá consignar la constancia en la misma escritura o por nota marginal.

En síntesis, el Código Civil y Comercial, recogiendo los avances descriptos, flexibiliza el principio, permitiendo un método de "adhesión".

Como presupuesto para dicha flexibilización, debe tratarse de un acto:

1. Con pluralidad de otorgantes.
2. Que no haya entregas de dinero, cosas o valores en presencia del escribano.
3. Que el texto redactado no sea modificado por los adherentes posteriores.

Ejemplos que pueden imaginarse son: apoderamientos, contratos asociativos, declaraciones que todos los intervinientes comparten, etc. El límite temporal para finalizar la adhesión es el día de la redacción notarial del instrumento. El concepto de unidad de acto (elemento instrumental) debe separarse de la posibilidad de actos de adhesión —programados por las partes— que aluden a un tema de derecho sustantivo.

(45) PELOSI, Carlos, *El documento notarial*, cit., p. 234.

(46) RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, t. II, p. 701.

7. Idioma (art. 302)

a) Concepto

El texto del artículo glosado, comparado con el texto del art. 999 del Código Civil derogado, tiene las siguientes diferencias:

a) El texto anterior expresaba: "si las partes no lo hablaren". El texto actual dice: "si alguna de los otorgantes declara ignorarlo", redacción más precisa y técnica.

b) El texto anterior requería que la minuta fuera firmada por las mismas partes en presencia del escribano, que debía dar fe de las firmas puestas en su presencia o del reconocimiento de las mismas ante él. El nuevo texto suprime esta exigencia, que en realidad era extremada, ya que el realizar la escritura sobre la base de la minuta y agregarse ésta, implica claramente el reconocimiento de las partes sobre la autenticidad de la misma.

c) El texto anterior establecía que la minuta debía ser traducida por traductor público, y si no lo hubiere, por el que el juez nombrara. El nuevo texto, en caso de no existir traductor público, permite que sea el escribano quien decida quién puede suplirlo. Es evidente la bondad de la solución, ya que la competencia material del escribano es suficiente para dicha decisión, sin necesidad de tener que acudir a la justicia por un tema de dicha entidad.

d) El nuevo texto agrega el siguiente párrafo: "los otorgantes pueden requerir al notario la protocolización de un instrumento original en idioma extranjero, siempre que conste de traducción efectuada por traductor público, o intérprete que aquél acepte. En tal caso, con el testimonio de la escritura, el escribano debe entregar copia certificada de ese instrumento en el idioma en que está redactado".

Debido a que la protocolización de documentos es uno de los actos que los escribanos efectúan, esta inserción pareciera impropia de un Código Civil, por tratarse de una alternativa de naturaleza menor, propia de una reglamentación, o quizás en la esfera de los usos y costumbres.

En el caso en el cual una de las partes conoce sólo el idioma extranjero, y las demás partes y el escribano también lo conocen, la doctrina coincide en la validez del acto, debido a que la finalidad de la minuta, o sea, el pleno conocimiento de aquello que se realizará, queda cumplido⁽⁴⁷⁾.

(47) BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil. Parte general*, cit., t. II, p. 222.

b) *Traducción. Intérprete*

Consiste en verter el idioma extranjero al idioma nacional en el contenido de la minuta⁽⁴⁸⁾. La traducción debe ser efectuada, prioritariamente, por un traductor público, entendiendo por tal quien tiene título habilitante para dicha tarea⁽⁴⁹⁾. En caso de no haber traductor público, queda al arbitrio del escribano el admitir un intérprete.

La elección del intérprete queda a cargo del oficial público, quien —al elegir— deberá afrontar la delicada tarea de obtener convicción sobre su idoneidad y aptitud. En caso de que fuera posible, debería acreditarse mediante alguna certificación de estudios, pero, en caso de que fuera imposible la acreditación, por las características de la lengua, bastará la convicción del agente.

Este tema no sólo afecta a la función notarial, sino que también aparece en la función judicial, en caso de testimonios de extranjeros que desconocen el idioma nacional. Contra la solitaria opinión de Spota que el traductor debe firmar la escritura⁽⁵⁰⁾, los usos y costumbres se han apartado de ese rigor. Coadyuva con dicha práctica, que la firma del traductor debe estar certificada por su colegio profesional, con lo cual se cumple el requisito de legalidad e individualización técnica. No obstante, para el caso de actuar un intérprete, parece aconsejable que firme la escritura, pues permite no sólo corroborar su actuación, sino consagrar su responsabilidad por la traducción.

c) *Protocolización*

Respecto de este requisito, se cumple mediante la agregación material de la minuta y de la traducción al protocolo. La doctrina ha tratado el tema de si basta la mera agregación, o si hace falta algún otro requisito. Pelosi exige que además de la agregación, se transcriba la traducción, porque contiene el texto objeto del consentimiento negocial⁽⁵¹⁾.

Para Borda basta con la transcripción de la parte pertinente de la traducción⁽⁵²⁾. Debe acudirse a los principios generales de los actos jurídicos: lo esencial es que la declaración o declaraciones de voluntad sean comprendidas por quienes participan en el acto. Por ello, si se ha acudido al procedimiento de la minuta y traducción, y se ha agregado, como ha intervenido un oficial público, es excesivo imponer requisitos adicionales.

(48) NERI, Argentino I., *Tratado teórico práctico de derecho notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1969-1976, t. 3, p. 329.

(49) PELOSI, Carlos, *El documento notarial*, cit., p. 211.

(50) SPOTA, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, cit., t. I, vol. 3-7, p. 535.

(51) PELOSI, Carlos, *El documento notarial*, cit., p. 211.

(52) BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil. Parte general*, cit., t. II, p. 223.

d) *Lectura de la escritura*

En cuanto a la lectura del acto, una obvia consecuencia de la situación descripta implica para el escribano la obligación de cerciorarse de la plena comprensión del acto y sus consecuencias, y del conocimiento y aceptación por parte de quien desconoce el idioma nacional de la minuta y su traducción. Esta diligencia del agente es parte del desarrollo del acto y de la naturaleza de la función notarial. Por ello, por tratarse de un requisito funcional, no debe quedar subordinado a que se haga mención expresa en el instrumento. Además, la propia diligencia de las partes intervinientes, a quienes el derecho protege, pero no por ello los presume incapaces de adoptar los recaudos necesarios para sus actos, debe desarrollarse cerciorándose de la plena comprensión. En este marco de recíprocas diligencias —del oficial público y partes— la agregación de la minuta y su traducción son requisitos suficientes para que el acto sea válido⁽⁵³⁾.

8. *Abreviaturas y números (art. 303)*a) *Concepto*

La finalidad de esta solemnidad es: a) evitar riesgos que se originan de existir espacios en blanco o números; b) evitar textos confusos por el empleo de abreviaturas. Llambías sostiene que el texto legal tiende a evitar los fraudes⁽⁵⁴⁾.

Dejar espacios en blanco genera un riesgo cualquiera que sea el instrumento que los contenga. Pero en el caso de instrumentos públicos y escrituras públicas, plenos de solemnidades protectoras, resultan inconcebibles.

En cuanto al uso de abreviaturas y números, genera un riesgo menor, pero no por ello despreciable. Por ello, con el Código Civil derogado la doctrina se mostraba exigente con la adopción de recaudos de seguridad.

Salvat señaló con relación al texto del Código Civil derogado (art. 1001) que sólo exigía el empleo de palabras para las cantidades entregadas en presencia del escribano, que una sana práctica había extendido esta exigencia a todas las cifras de las escrituras, al número de orden de la escritura, el número de las inscripciones citas, etcétera⁽⁵⁵⁾.

(53) Es la posición que esgrime SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino*, cit., t. II, p. 397.

(54) LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, cit., t. II, p. 402.

(55) SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino*, cit., t. II, p. 401; Idéntica opinión, PIÑÓN, Benjamín P., *Instrumentos públicos y escrituras públicas. Comentarios de los arts. 997 a 1001 del Código Civil*, cit., p. 91, y NERI, Argentino I., *Tratado teórico práctico de derecho notarial*, cit., t. 3, p. 625.

Nuevamente, deberá apreciarse en el caso concreto, cuando el empleo de números y abreviaturas son riesgosos. La infracción a estos recaudos no genera por sí sola la nulidad del instrumento. La exigencia constituye una obligación del oficial público, cuya inobservancia podrá generarle sanciones disciplinarias⁽⁵⁶⁾.

En cuanto a la validez del acto, en el caso de espacios en blanco, o empleo de números no admitidos, la eventual nulidad se generaría por una acción posterior (intercalación, agregados, adulteraciones por enmiendas). En el caso de abreviaturas, la invalidez podría generarse si el grado de confusión o equivocidad del texto fuera de tal magnitud, que tornara totalmente impreciso el texto.

b) *La normativa notarial*

Las leyes notariales consagran textos expresos. En la ley 404 de la ciudad de Buenos Aires, el art. 61 establece: "todos los documentos deben ser escritos sin espacios en blanco en su texto. No se emplearán abreviaturas ni iniciales..."

c) *Excepción*

El art. 303 establece, respecto de las abreviaturas o iniciales, que no pueden ser utilizadas, salvo que consten en documentos que se transcriben, de constancias de documentos agregados, o sean signos o abreviaturas científicas o socialmente admitidas con sentido unívoco. Este texto es una copia casi textual de los incs. a), b) y c) del art. 61 de la ley notarial 404 de la ciudad de Buenos Aires.

En cuanto a los números, el último párrafo del artículo reitera la disposición del Código Civil derogado sobre las cantidades que se entregan en presencia del escribano, y agrega "otras cantidades o datos que correspondan a elementos esenciales del acto jurídico".

Este párrafo podría interpretarse como conectado con el último párrafo del referido art. 61 de la ley notarial 404: "no se utilizarán guarismos para expresar el número de escritura, su fecha, el precio o monto de la operación, las cantidades en presencia del escribano, y condiciones de pago".

(56) ORELLE, José M., en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) - ZANNONI, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias*, cit., t. 4, p. 607.

9. *Otorgante con discapacidad auditiva (art. 304)*

a) *Consideración preliminar*

Respondiendo a los avances posteriores científicos en torno a un mayor conocimiento de las enfermedades mentales, se generó una correlativa flexibilización de los criterios jurídicos.

En dicha línea de avances, la ley 17.711 incorporó, entre otras modificaciones⁽⁵⁷⁾ (art. 152 bis, Código Civil derogado), y posteriormente la ley 26.657, sancionada el 25 de noviembre del año 2010 y promulgada el 2 de diciembre del año 2010, que modificó sustancialmente la estructura jurídica referida a la incapacidad e inhabilitación. Se ha destacado por la doctrina el tratamiento hoy ya arcaico del Código Civil de Vélez, respecto del modo tajante de dividir a las personas en capaces o incapaces, situación que fue profundamente modificada por la ley 26.657⁽⁵⁸⁾. Con razón los autores destacan que esta nueva legislación implica un fuerte cambio de paradigma respecto de las afecciones mentales⁽⁵⁹⁾.

En el Código Civil y Comercial se recepta, en sus lineamientos generales, la reforma estructural establecida en la ley 26.657. Se pasa de una consideración rígida que partía de dividir a las personas en capaces o incapaces de modo "absoluto" a partir del paradigma de los gradientes propios de las enfermedades mentales. Se parte del principio general de la capacidad de la persona humana, en su art. 22, expresando que toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos.

b) *Situación jurídica de las personas con limitaciones auditivas y con limitaciones para comunicarse en forma oral*

Dentro de este cuadro normativo, el caso de los sordomudos (discapacidad auditiva y para comunicarse verbalmente) y de los mudos (discapa-

(57) BORDA, Guillermo A., *La Reforma de 1968 al Código Civil*, Perrot, Buenos Aires, 1971, ps. 88 y ss.

(58) Una amplia referencia respecto de los avances doctrinarios y la legislación comparada en el trabajo de MAYO, Jorge - TOBÍAS, José, "La nueva ley 26.657 de salud mental. Dos poco afortunadas reformas al Código Civil", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2011-153. Asimismo, en los trabajos de KRAUT, Alfredo - DIANA, Nicolás, "Un breve panorama de la legislación, la jurisprudencia y el Proyecto de Código Civil y Comercial", en la publicación dedicada al Anteproyecto, Rubinzal-Culzoni, 2014, Proyecto de Código Civil y Comercial, p. 141.

(59) Además de los trabajos mencionados en los párrafos anteriores, GUAHNON, Silvia - LEZGER, Martín, "La sentencia en los juicios de insania e inhabilitación a la luz de la nueva ley de salud mental", en DJ 2011-129-93, y FINOCCHIO, Carolina - MILLÁN, Fernando, "Régimen de interdicción e inhabilitación a la luz de la nueva ley de salud mental", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2011-194.

cidad para comunicarse verbalmente), por el solo hecho de la dolencia no incide en su régimen de capacidad plena. Es de advertir la profundidad y extensión de la reforma, ya que en el Código Civil derogado el sordomudo que no sabía darse a entender por escrito era considerado incapaz absoluto (art. 54, inc. 4º). Ahora, es una persona capaz, con limitaciones, que ni siquiera requiere la intervención de curadores o apoyos y sólo la asistencia de intérprete.

Claro está que si las particulares características de un caso exhiben que a la discapacidad auditiva se le adiciona alguna discapacidad psíquica, la situación cambia, ya que entonces debe aplicarse el sistema de protección determinado en los arts. 31 y ss., referidos a las personas con capacidad restringida. En conclusión, ante un caso de discapacidad auditiva, una primera diligencia es la determinación del estatus jurídico de la persona.

Tiene importancia el cambio lingüístico de la normativa actual. Se ha abandonado la pauta "darse a entender por escrito" y se la reemplaza por "alfabeto o analfabeto", o sea, quien sabe escribir. Es una expresión más técnica, ya que adopta como elemento diferenciador el conocimiento y ejercicio de la escritura, mucho más extensa que la anterior expresión, con la que podría interpretarse que bastaba con algunos signos o símbolos, quizás dibujos, que le permitieran expresarse.

El artículo en examen deja sin tratar el tema de las personas con limitaciones para comunicarse. Presumiblemente, la eliminación se basó en el hecho del estatuto de capacidad que les corresponde aplicar, pero dicho estatus no es incongruente con el hecho de recibir una asistencia específica, como sucede con todos los casos en los cuales existe alguna dificultad, aunque no provenga de incapacidad. No obstante, la situación de quienes tienen limitaciones para comunicarse no impide que el escribano, empleando una diligencia intensificada por dicha situación, se ocupe de aplicar los mismos recaudos: lectura personal e intervención de expertos en el lenguaje por gestos, minuta, o testigos.

c) *Persona con discapacidad auditiva*

c.1) *Analfabeta*

El precepto legal ofrece una solución al problema de la limitación, integrando la garantía que surge de la intervención del oficial público, con la que surge de la intervención de dos peritos traductores, de modo de brindar certeza acerca de la plena comprensión del acto por parte del otorgante limitado. Debe señalarse que la intervención descrita genera que la calificación conceptual de quienes asisten, sea la de perito-traductor

(lenguaje por señas) y no la de testigo. Ello no impide, que además de dicha función de asistencia pericial, su presencia les permita testimoniar en caso necesario, aquello que han hecho (su traducción) y lo sucedido ante el oficial público. Siendo así, se trataría de una doble función acumulativa. La intervención de peritos traductores se justifica ampliamente, ya que el escribano no puede contentarse con gestos⁽⁶⁰⁾.

Otro aspecto a elucidar es el modo de acreditar el requisito de "experticia profesional". Dicha precisión requiere la exhibición de algún documento que permita a quienes intervienen la prueba del conocimiento requerido. Un interrogante frecuente en estos casos, es si dicha acreditación debe provenir de órganos públicos, o bastan los expedidos por instituciones privadas. Debido a la previsible existencia de organizaciones especializadas, que por su finalidad de difusión y defensa de quienes tienen estas limitaciones, parece excesivo el requerir en todos los casos acreditaciones oficiales. Se ha intensificado la protección al requerir que sean dos los asistentes.

c.2) *Alfabeto*

El texto expresa: "además, debe hacerse de conformidad a una minuta firmada por ella, y el escribano debe dar fe de ese hecho. La minuta debe quedar protocolizada". Este párrafo es similar al que constaba en el art. 1000 del Código Civil derogado, con la diferencia que suprime la expresión "reconocida la firma ante el escribano". En este caso, la asistencia a la persona limitada se focaliza a través de la minuta.

No es necesario que la minuta sea manuscrita⁽⁶¹⁾, basta que sea firmada. En el contexto de los actos notariales, que suponen la audiencia previa de todos los intervinientes ante el escribano, las preguntas intercambiadas entre los futuros intervinientes y el oficial público (con la asistencia de los peritos-traductores), el asesoramiento técnico, la información que el escribano debe suministrar sobre la minuta, que luego se protocoliza, no tiene sentido que se exija que la firma de la misma sea hecha ante el escribano. Al ser agregada, se presupone la plena conformidad de todos los intervinientes⁽⁶²⁾. Corrobora esta interpretación la supresión del párrafo que así lo exigía en el art. 1000 del Código derogado.

En cuanto a la protocolización, implica la agregación material de la misma a la escritura. Estrictamente, no sería necesario transcribirla atento al contexto referido de los actos notariales, pero la circunstancia de la limitación de quien la padece aconseja extremar las precauciones, describiendo

(60) PELOSI, Carlos, *El documento notarial*, cit., p. 220.

(61) ORELLE, José M., en *Código Civil y leyes complementarias*, cit., t. 4, p. 583.

(62) ORELLE, José M., en *Código Civil y leyes complementarias*, cit., t. 4, p. 583.

los elementos esenciales del negocio, sin que sea imprescindible que la minuta comprenda todos los datos de la escritura⁽⁶³⁾.

La lectura debe ser efectuada por la persona con capacidad disminuida, ya que no puede escuchar al escribano. La ley notarial 404 determina, en el art. 79, que la lectura es obligatoria en el caso del interviniente sordo.

10. *Contenido de las escrituras: menciones obligatorias* (art. 305)

a) *Principios generales*

Las aludidas menciones son también consecuencia de la naturaleza de acto-procedimiento de los actos públicos, que al implicar la intervención del Estado, se enmarcan en un esquema fijo y preordenado de etapas configuradas técnicamente. Así, no sólo los actos notariales, sino los actos de todos los demás oficiales públicos, tales como los judiciales, los registrales, los actos matrimoniales, etcétera⁽⁶⁴⁾.

Es elogiable la supresión de la mención sobre mayoría de edad, ya que ella forma parte del juicio de capacidad de los intervinientes, y además, existen casos en los cuales no se requiere este requisito para otorgar actos jurídicos (ejemplo, el caso del menor de edad con título habilitante, art. 30, Código Civil y Comercial).

b) *Lugar y fecha de otorgamiento*

En el tema instrumental, el lugar tiene relevancia para la determinación de la competencia territorial⁽⁶⁵⁾. En casos especiales (actas, testamentos) corresponde especificar si el escribano se traslada fuera de su oficina⁽⁶⁶⁾. En un plano sustantivo tiene trascendencia para la ley aplicable, derechos de los sujetos, etc.⁽⁶⁷⁾. Si la escritura no consigna el lugar, conforme a la doctrina tradicional, el acto es nulo de nulidad absoluta⁽⁶⁸⁾.

(63) ORELLE, José M., en *Código Civil y leyes complementarias*, cit., t. 4, p. 583.

(64) ORELLE, José M., *Actos e instrumentos notariales*, cit., p. 140.

(65) PIÑÓN, Benjamín P., *Instrumentos públicos y escrituras públicas. Comentarios de los arts. 997 a 1001 del Código Civil*, cit., p. 88.

(66) SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino*, cit., t. II, p. 405; TOLOZA, María G., "Escritura pública. Parte general", en ARMELLA, Cristina (dir.), *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario*, cit., t. II, p. 537.

(67) ORELLE, José M., en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) - ZANNONI, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias*, cit., t. 4, p. 595.

(68) SPOTA, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, cit., t. I, vol. 3-7, p. 574; PIÑÓN, Benjamín P., *Instrumentos públicos y escrituras públicas. Comentarios de los arts. 997 a 1001 del Código Civil*, cit., p. 91; LLAMBIAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, cit., t. II, p. 399.

La fecha constituye un requisito esencial⁽⁶⁹⁾. Como principio, basta consignar el día, mes y año, salvo circunstancias especiales (por ejemplo: actas, testamentos otorgados en circunstancias que lo ameriten, etc.)⁽⁷⁰⁾. En el caso de fecha irregular o incompleta, cuando la misma pueda determinarse por su ubicación en el protocolo, la doctrina se inclina por la validez⁽⁷¹⁾. El art. 1001 del Código Civil derogado aclaraba que la escritura podía efectuarse en cualquier día, aun domingo o feriado. El nuevo texto objeto de este comentario ha suprimido esta mención, pero la omisión no impide que se realicen los actos en días feriados, ya que es una particularidad propia de los actos notariales, que no es necesario que conste en el Código Civil.

c) *Datos de individualización de los sujetos*

Como comentario introductorio, las menciones referidas a la individualización de los otorgantes deben integrar la redacción del precepto en estudio, pero en la realidad actual han quedado superadas por la acumulación de exigencias de múltiples menciones desde el plano de los registros de bienes, de la normativa tributaria y de la proliferación de los sistemas informáticos, que al exigir una gran variedad de datos, repercuten en los textos jurídicos.

c.1) *Nombre y apellido*

La identificación de las personas es un tema que excede el ámbito de las escrituras públicas, ya que trasciende a temas de identificación de los pobladores de los países, a temas de seguridad nacional, tributarios, de salud, etc. En relación al tema en consideración, la completa identificación de los sujetos que intervienen es un requisito esencial⁽⁷²⁾, y su finalidad es la certeza de la identificación de los intervinientes, evitando confusiones y homonimias⁽⁷³⁾. El tema se conecta —pero no se superpone— con el juicio de identidad del escribano, que se tratará más adelante. En cuanto al modo de efectuarse la individualización, según Piñón debía efectuarse mediante la descripción de los nombres de pila y el apellido en el orden en que apa-

(69) BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil. Parte general*, cit., t. II, p. 227; SPOTA, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, cit., t. I, vol. 3-7, nro. 2013.

(70) SPOTA, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, cit., t. I, vol. 3-7, p. 574.

(71) BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil. Parte general*, cit., t. II, p. 227; CARMINIO CASTAGNO, José C., "Teoría general del acto notarial", cit.

(72) LLAMBIAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, cit., t. II, p. 399; RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, cit., t. II, p. 689; SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino*, cit., t. II, p. 402.

(73) PIÑÓN, Benjamín P., *Instrumentos públicos y escrituras públicas. Comentarios de los arts. 997 a 1001 del Código Civil*, cit., p. 84.

recen en Registro de Estado Civil⁽⁷⁴⁾. Actualmente, con el desarrollo de los documentos de identificación, especialmente el documento nacional de identidad, debe efectuarse conforme aparecen en el mismo.

En cuanto a la ausencia de nombre y apellido, es causal de invalidez del acto⁽⁷⁵⁾. Si se trata de una consignación incompleta, la doctrina es conteste en afirmar la validez⁽⁷⁶⁾. En la práctica habitual, en caso de haberse incurrido en identificaciones parciales o incompletas, se subsana el error. Acerca de la subsanación de errores en nombres y apellidos, inicialmente se sostenía que sólo era procedente por vía judicial, pero de existir acuerdo de los intervinientes, se aceptaba la rectificación notarial⁽⁷⁷⁾. Para la rectificación, debe solicitarse certificado de dominio y de inhibiciones⁽⁷⁸⁾.

c.2) Domicilio real y especial si lo hubiera. Fecha de nacimiento

La fecha de nacimiento es un nuevo requisito que completa los datos de individualización. No siempre es necesario (ej., poderes, actas, etc.). En ciertos casos, por ejemplo: apellidos con muchos homónimos es un dato más que facilita la individualización. En cuanto al domicilio, es un dato de menor trascendencia por lo circunstancial, pero necesario para otros elementos del acto (notificaciones, para fijar la competencia judicial, tributaria, etc.). El domicilio especial se justifica en los casos en que difiera del domicilio real. Es una simple manifestación de los otorgantes⁽⁷⁹⁾.

c.3) Estado de familia

El artículo objeto de comentario establece que "si se trata de personas casadas, se debe consignar también si lo son en primeras o posteriores nupcias y el nombre del cónyuge, si resulta relevante en atención a la naturaleza del acto". La mención no sólo forma parte de los elementos de individualización, sino que tiene efectos para el régimen matrimonial, sucesorio, etc.⁽⁸⁰⁾. El Código Civil derogado no exigía el grado de detalle de datos a

(74) PIÑÓN, Benjamín P., *Instrumentos públicos y escrituras públicas. Comentarios de los arts. 997 a 1001 del Código Civil*, cit., p. 84.

(75) SPOTA, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, cit., t. I, vol. 3-7, nro. 2007; PIÑÓN, Benjamín P., *Instrumentos públicos y escrituras públicas. Comentarios de los arts. 997 a 1001 del Código Civil*, cit., p. 84; LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, cit., t. II, p. 399.

(76) ORELLE, José M., en *Código Civil y leyes complementarias*, cit., t. 4, p. 589.

(77) BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil. Parte general*, cit., t. II, p. 225.

(78) RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, cit., t. II, p. 689.

(79) ORELLE, José M., en *Código Civil y leyes complementarias*, cit., t. 4, p. 594.

(80) BELLÚSCIO, Augusto C., *Derecho de familia*, Depalma, Buenos Aires, 1974, t. I, ps. 43 y 45; FASSI, Santiago C., "La familia", en *Estudios de derecho de familia*, La Plata, 1962, nros. 30 a 35; PIÑÓN, Benjamín P., *Instrumentos públicos y escrituras públicas. Comentarios de los arts. 997 a 1001 del Código Civil*, cit., p. 87; TOLOZA, María G., "Escritura pública. Parte ge-

consignar, por lo cual, con el actual texto y similares preceptos de las leyes notariales, queda plenamente integrada la extensión de las menciones. La doctrina, al igual que en algunos de los demás puntos examinados, considera que la omisión de los datos no es causal de invalidez (ya que en caso de conflicto puede suplirse por otros medios probatorios), pero sí es causal de responsabilidad del escribano⁽⁸¹⁾.

c.4) Persona jurídica

Si el otorgante es una persona jurídica, se debe dejar constancia de su denominación completa, domicilio social y datos de inscripción de su constitución si correspondiere. Es una incorporación acertada, ya que permite la verificación no sólo de la existencia de la persona jurídica, sino de la extensión de las facultades de representación de quienes intervienen, por lo cual este punto se conecta con el de los documentos habilitantes, que será desarrollado posteriormente. El art. 77 de la ley notarial 404 de la ciudad de Buenos Aires consagra idéntico requisito.

d) La naturaleza del acto e individualización de los bienes

d.1) Concepto

Los actos jurídicos se individualizan a través de sus elementos: sujetos, voluntad, que define el objeto y la causa, y las solemnidades. Por ello, en los actos notariales, deben precisarse técnicamente dichos elementos. En cuanto a lo sujetos, es materia de otro inciso. La naturaleza del acto alude a los esquemas clasificatorios de los mismos que permiten configurarlos⁽⁸²⁾.

La escritura pública debe hacer conocer con toda precisión cuál es el acto jurídico que las partes han requerido realmente celebrar, o el hecho que se quiere comprobar. Pero la calificación que se le haya dado al acto no es definitoria o vinculante, ya que la misma resultará de la realidad que la redacción de sus cláusulas determine⁽⁸³⁾. Borda denomina exposición a la parte de la escritura en la cual quienes intervienen dan la razón que los ha movido a contratar, y estipulación a la declaración de voluntad formulada por los otorgantes para producir efectos jurídicos⁽⁸⁴⁾.

neral", en ARMELLA, Cristina (dir.), *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario*, cit., t. II, p. 551.

(81) LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, cit., t. II, nro. 683.

(82) PIÑÓN, Benjamín P., *Instrumentos públicos y escrituras públicas. Comentarios de los arts. 997 a 1001 del Código Civil*, cit., p. 83.

(83) SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino*, cit., t. II, p. 402.

(84) BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil. Parte general*, cit., t. II, p. 228.

d.2) *¿Es necesaria la tipificación?*

Por lo expuesto en el punto anterior, no es un requisito esencial, ya que la naturaleza del acto surge del conjunto de las cláusulas que regulan los derechos y obligaciones pactadas, o en los actos unilaterales de las declaraciones de quien los otorga.

d.3) *Individualización de los bienes*

El matiz específico de dicha mención, en las escrituras públicas, apunta a que se determinen claramente los elementos individualizadores de cada bien. A modo de ejemplo, respecto de bienes inmuebles, la nomenclatura catastral es la que los individualiza. No obstante, en la práctica de los negocios inmobiliarios y normativa registral, es frecuente que se extiendan las menciones: medidas, superficie, linderos, planos de mensura, etc. (art. 11, ley 17.801). Del mismo modo, el escribano deberá consignar para cada tipo de bien las precisiones correspondientes: automotores, buques, aeronaves, maquinarias, etcétera.

e) *Constancia documental de la lectura del instrumento*

El requisito objeto de este comentario alude a la necesidad de hacer constar el hecho de la lectura como hecho propio del escribano⁽⁸⁵⁾. Como solemnidad del acto, aunque es un requisito esencial, su omisión no causa la invalidez⁽⁸⁶⁾. Como mención documental, al no estar incluida en las causales de invalidez de las escrituras (art. 309) no las invalida.

f) *Enmiendas, salvados*

El Código Civil derogado, en la redacción del precepto (art. 1001), sólo exigía que la escritura fuera salvada. El nuevo texto es más detallado, alude a "enmiendas, testados, borraduras, entrelíneas u otras modificaciones". El grado de detalle es materia de las leyes notariales, quizás no necesario para un Código de fondo. El texto del Código exige el salvado en partes esenciales. En realidad, el salvado debe hacerse en todo lugar donde se han insertado esta clase de enmiendas. El tema de las partes esenciales es relevante para el caso de invalidez del instrumento.

g) *Firma de todos los intervinientes y del escribano*

Conceptualmente, la firma de quienes intervienen no es parte del contenido, es un requisito de validez del instrumento, tema que ha sido tratado al examinar el art. 290, inc. b), al que remitimos.

(85) NÚÑEZ LAGOS, Rafael, *Esquemas conceptuales del instrumento público*, Universidad Notarial Argentina, Buenos Aires, p. 59.

(86) PELOSI, Carlos, *El documento notarial*, cit., p. 225; SPOTA, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, cit., t. I, vol. 3-7, núm. 2110.

g.1) *Firma de las partes y de los testigos*

La firma es un requisito esencial de los instrumentos, tanto sean públicos como privados⁽⁸⁷⁾. Debe firmarse luego de haberse finalizado el instrumento, practicados los salvados o enmiendas y correcciones. En cuanto a los testigos instrumentales, que son opcionales a decisión del escribano o de las partes, también es necesaria su firma⁽⁸⁸⁾.

g.2) *Firma del escribano*

La firma del escribano, denominada autorización del acto, se consigna luego de la firma de todos quienes han intervenido. El art. 79 de la ley notarial 404 establece el requisito de la autorización notarial. El texto del art. 305 corrige una omisión del art. 1001 del Código Civil derogado, que no incluía este requisito⁽⁸⁹⁾.

h) *Firma a ruego*

El Código Civil y Comercial, a diferencia del Código Civil derogado, exige que se haga constar la causa del impedimento y la impresión digital de quien no firma. Esta inserción refuerza los recaudos garantistas de esta solemnidad. La eventual falta de sinceridad de quien ha empleado el recurso de la firma a ruego, no incide en la validez del acto, aplicándose los principios generales en materia de validez de los actos y oponibilidad de los vicios⁽⁹⁰⁾.

11. *Justificación de identidad (art. 306)*

El Código Civil y Comercial establece los siguientes elementos de identificación:

a) Por exhibición que se haga al escribano de documento idóneo; en este caso, se debe individualizar el documento y agregar al protocolo reproducción certificada de sus partes pertinentes. Este inciso reitera el texto del Código Civil derogado. La individualización del documento y su agregación es una solemnidad que permite corroborar el cumplimiento del requisito por parte del escribano. Es un recaudo procedimental garantista.

(87) SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino*, cit., t. II, p. 407; NERI, Argentino I., *Tratado teórico práctico de derecho notarial*, cit., t. 3, p. 715; NÚÑEZ LAGOS, Rafael, *Hechos y derechos en el instrumento público*, Universidad Notarial Argentina, Buenos Aires, 1970, p. 46; RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, cit., t. II, p. 699; TOLOZA, María G., "Escritura pública. Parte general", en ARMELLA, Cristina (dir.), *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario*, cit., t. II, p. 546.

(88) ORELLE, José M., en *Código Civil y leyes complementarias*, cit., t. 4, p. 609.

(89) ORELLE, José M., en *Código Civil y leyes complementarias*, cit., t. 4, p. 610.

(90) NERI, Argentino I., *Tratado teórico práctico de derecho notarial*, cit., t. 3, p. 768; PIÑÓN, Benjamín P., *Instrumentos públicos y escrituras públicas. Comentarios de los arts. 997 a 1001 del Código Civil*, cit., p. 92.

Dicho documento debe estar materialmente apto para ser utilizado, es decir, con texto legible y con fotografía en buen estado para permitir la identificación⁽⁹¹⁾.

b) Por afirmación del conocimiento por parte del escribano. Es el caso del trato habitual.

c) La novedad es la supresión de los testigos de conocimiento, que sí preveía el art. 283 del Proyecto de 1998. Es presumible que se haya considerado que la solución que brinda la acreditación por medio de documento idóneo hacía superfluo el medio supletorio de los testigos. No obstante, en el juego de innumerables circunstancias de la vida cotidiana, son muchos los casos en los cuales las personas no tienen su documento (por pérdida, sustracciones, etc.) y se ven ante la necesidad de otorgar algún acto jurídico urgente. Por ello, más allá de que la decisión legislativa sea contraria, los testigos de conocimiento permitían solucionar dichos casos.

12. Nulidad (art. 309)

a) Concepto

El artículo glosado es similar al art. 286 del Proyecto de 1998, con la excepción de que éste incluye como causal de nulidad la falta de orden cronológico.

Los textos regulan (parcialmente) el tema de las causales de invalidez de las escrituras públicas. Como se verá, la estructura completa del punto en estudio se integra con otros artículos, por lo cual los artículos referidos a escrituras públicas sólo aluden a algunas de las causales de invalidez.

Las causales de invalidez de las escrituras públicas se integran con:

1. Las relativas a los instrumentos públicos (arts. 290, 291, 292, 294, 295).
2. Las específicas (arts. 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309).
3. Las que pueden considerarse implícitas (por ejemplo, según se verá, el caso de la supresión por el Código Civil y Comercial de la alteración del orden cronológico).

Este punto ha sido tratado parcialmente en el comentario al art. 298, al tratar el tema de las nulidades instrumentales, al que remitimos.

(91) ORELLE, José M., "Fe de conocimiento y fe pública", en ALTERINI, Jorge H. (dir.) - ALTERINI, Ignacio E. (coord.), *Derecho notarial, registral e inmobiliario...*, cit., t. II, p. 229; CERÁVOLO, Ángel F., "La identidad de los otorgantes de las escrituras públicas. Artículos 1001 y 1002 del Código Civil", LL 2006- F-1347, punto V.

b) Acto e instrumento

Los textos objeto del presente comentario aluden específicamente a las nulidades instrumentales, por lo cual debe tenerse presente que una escritura pública sea nula por un vicio referido al acto que es su contenido (ejemplo, incapacidad de un sujeto) y carezca de vicios instrumentales⁽⁹²⁾. A la inversa, puede existir nulidad instrumental por haberse otorgado el acto fuera de la competencia territorial del agente, pero habiéndose cumplido con todos los requisitos propios del negocio⁽⁹³⁾.

c) Causales de nulidad

El art. 309 consagra como causales de nulidad de las escrituras, la falta de:

- a) La designación del tiempo y lugar en que sean hechas.
- b) Los nombres de los otorgantes.
- c) Las firmas:
 - c.1) De las partes.
 - c.2) De los firmantes a ruego.
 - c.3) De los dos testigos del acto cuando su presencia sea requerida.
 - c.4) Del escribano.
- d) La inobservancia de las demás formalidades no anula las escrituras, pero los escribanos o funcionarios públicos pueden ser sancionados.

Se procederá al análisis de dichas causales, con otras no expresadas que deben ser consideradas en un plano integrativo.

1) Inexistencia de acto

La doctrina de la ineficacia de los actos supone la existencia de actos con participación, al menos parcial, de sujetos titulares de los derechos respecto de los cuales los otorgan. Debido a ello, aun cuando no se comparta la doctrina de los actos inexistentes, debe admitirse que la gravedad del defecto o vicio es extremadamente intensa cuando el o los sujetos intervinientes han generado —ilícitamente— una mera apariencia de acto. En estas situaciones la nulidad del acto es absoluta, ya que las solemnida-

(92) CARMINIO CASTAGNO, José C., "Teoría general del acto notarial", en ALTERINI, Jorge H. (dir.) - ALTERINI, Ignacio E. (coord.), *Derecho notarial, registral e inmobiliario. Doctrinas magistrales*, cit., t. I, p. 856.

(93) ORELLE, José M., en *Código Civil y leyes complementarias*, cit., t. 4, p. 627.

des (creadas para proteger) no han sido aplicadas, a lo cual se suma que la creación apócrifa es un ilícito. El caso de la ausencia de protocolo no permite ser encuadrado en la hipótesis sustentada en este comentario de "funcionario aparente", porque el defecto se concreta en una solemnidad esencial del acto (no de la calidad de agente).

2) Lugar

Si la escritura no consigna el lugar, conforme a la doctrina tradicional, el acto es nulo de nulidad absoluta⁽⁹⁴⁾. Para quienes sostienen —es una nuestra opinión— que debe analizarse cada caso y además su impacto, es una nulidad relativa, ya que se exige en protección de los intervinientes.

3) Fecha

La fecha constituye un requisito esencial⁽⁹⁵⁾, basta indicar el día, mes y año, salvo circunstancias especiales (ejemplo: actas, testamentos otorgados en circunstancias que lo justifiquen)⁽⁹⁶⁾. La ausencia total de fecha, para algunos autores, es causal de nulidad⁽⁹⁷⁾. En una posición más flexible, otra doctrina opina, sosteniendo la validez de la escritura, si la fecha puede determinarse a través de las fechas de las escrituras anterior y posterior⁽⁹⁸⁾. El caso de fecha incompleta, irregular o errónea (un caso muy frecuente es cuando se cambia el año, a su inicio) en la medida —como en el punto anterior— que pueda determinarse, el acto e instrumento son válidos⁽⁹⁹⁾, pero debe examinarse en el contexto de sus circunstancias.

4) El nombre de los otorgantes

Las escrituras públicas requieren la completa identificación de los sujetos que intervienen, es un requisito esencial⁽¹⁰⁰⁾, y su finalidad es la certeza de la identificación de los intervinientes⁽¹⁰¹⁾. En cuanto a la au-

(94) SPOTA, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, cit., t. I, vol. 3-7, p. 574; PIÑÓN, Benjamín P., *Instrumentos públicos y escrituras públicas. Comentarios de los arts. 997 a 1001 del Código Civil*, cit., p. 91; LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, cit., t. II, p. 399.

(95) BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil. Parte general*, cit., t. II, p. 227; SPOTA, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, cit., t. I, vol. 3-7, nro. 2013.

(96) SPOTA, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, cit., t. I, vol. 3-7, p. 574.

(97) ORELLE, José M., en *Código Civil y leyes complementarias*, cit., t. 4, p. 596.

(98) ORELLE, José M., en *Código Civil y leyes complementarias*, cit., t. 4, p. 596.

(99) BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil. Parte general*, cit., t. II, nro. 1020 bis; CARMINIO CASTAGNO, José C., "Teoría general del acto notarial", cit.

(100) LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, cit., t. II, p. 399; RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, cit., t. II, p. 689; SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino*, cit., t. II, p. 402.

(101) PIÑÓN, Benjamín P., *Instrumentos públicos y escrituras públicas. Comentarios de los arts. 997 a 1001 del Código Civil*, cit., p. 84.

sencia de nombre y apellido, es causal de invalidez del acto⁽¹⁰²⁾. Si se trata de una consignación incompleta, la doctrina es conteste en afirmar la validez⁽¹⁰³⁾.

5) Documentos habilitantes

La falta de documentos habilitantes puede obedecer a varias causas:

1. Falta de legitimación del otorgante. Esta alternativa supone la negligencia del escribano, ya que uno de sus deberes profesionales es la calificación de los poderes de representación de quienes intervienen, el examen de los elementos acreditativos, y la anexión de los instrumentos que los comprueban. Pero si tal defecto existe, la ineficacia del acto surgirá de la falta de legitimación, por lo cual no se trata de un defecto instrumental propiamente dicho, sino de un vicio del acto. Este vicio genera la nulidad relativa del acto.

2. El caso de cumplirse con los requisitos inherentes a la legitimación, pero que no se han anexado al protocolo los documentos acreditativos.

i) El defecto se subsana mediante la anexión posterior de los mismos.

ii) En el caso de escrituras en las cuales no se obtiene dicha anexión, la falta de anexión genera la nulidad relativa por falta de legitimación instrumental.

Documentos habilitantes anexados, pero sin que de ellos resulte la debida legitimación (insuficiencia de facultades). Se aplica la misma consecuencia expresada anteriormente, o sea, hay nulidad relativa del acto que se proyecta sobre el instrumento.

6) Otorgante que no conoce el idioma. Discapaces auditivos

En el caso de falta de minuta en el protocolo notarial, o de falta de intervención de los dos testigos, pueden generarse diferentes alternativas:

1. Si la ausencia de minuta o de los testigos ha ocasionado la falta de comprensión del acto, éste es nulo de nulidad relativa, porque puede confirmarse cumpliendo con el requisito mencionado⁽¹⁰⁴⁾.

(102) SPOTA, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, cit., t. I, vol. nro. 2007; PIÑÓN, Benjamín P., *Instrumentos públicos y escrituras públicas. Comentarios de los arts. 997 a 1001 del Código Civil*, cit., p. 84; LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, cit., t. II, p. 399.

(103) ORELLE, José M., en *Código Civil y leyes complementarias*, cit., t. 4, p. 589.

(104) SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino*, cit., t. II, nro. 2030; SPOTA, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, cit., t. I, vol. 3-7, nro. 2090.

2. Si a pesar de la falta de minuta o de la presencia de los testigos, se ha obtenido la comprensión de lo actuado, aunque el acto sea conceptualmente válido, el instrumento es nulo por falta de un requisito exigido por la ley. Puede confirmarse cumpliéndose con el requisito omitido.

3. Al otorgarse el acto, se contaba con la minuta, pero fue extraviada con posterioridad, el instrumento es nulo, aunque puede confirmarse con la debida subsanación posterior.

7) Enmiendas

El art. 305 del Código Civil y Comercial alude a partes esenciales, aunque en rigor de verdad (y así es costumbre vigente) se salvan todas las que hayan sido efectuadas, aunque no recaigan en partes esenciales. En cuanto al concepto de parte esencial, si bien se han propiciado algunas directivas (las que pueden modificar los derechos de las partes, fechas, nombres, cantidades, cosas⁽¹⁰⁵⁾), dependerá de cada acto y de sus características. La falta de enmienda en una parte esencial genera la nulidad del instrumento (por infracción a la garantía sobre la certeza del texto), que en principio es relativa, aunque dependerá la calificación definitiva de las características del caso específico.

8) Falta de firmas: partes, testigos, otros intervinientes

El punto ha sido examinado al tratar este requisito en los instrumentos públicos.

9) Falta de firma del escribano

El Código Civil y Comercial, en el artículo objeto de este comentario, consagra la nulidad de la escritura en la cual falta la firma del escribano. El Código Civil derogado no consagraba esta causal de nulidad (art. 1004). No obstante, la doctrina en forma unánime estimaba que la nulidad era aplicable⁽¹⁰⁶⁾. Esta causal de nulidad, por la trascendencia y características, origina la nulidad absoluta del instrumento.

d) Nulidad parcial

El análisis general del tema se ha realizado al tratar el art. 389 (al cual remitimos). Este texto establece que la misma es la que afecta a una o varias de sus disposiciones. Agrega que la nulidad de una disposición no afecta a

(105) ORELLE, José M., en *Código Civil y leyes complementarias*, cit., t. 4, p. 532.

(106) PELOSI, Carlos, *El documento notarial*, cit., p. 300; BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil. Parte general*, cit., t. II, nro. 1035; CARMINIO CASTAGNO, José C., "Teoría general del acto notarial", cit.

las otras disposiciones válidas si son separables. Si no son separables porque el acto no puede subsistir sin cumplir su finalidad, se declara la nulidad total. En la nulidad parcial, en caso de ser necesario, el juez debe integrar el acto de acuerdo con su naturaleza y los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes.

La separabilidad de disposiciones ha sido esgrimida en materia de nulidades instrumentales, que validaría tanto sea el caso de diferentes negocios en un solo instrumento, como el de la separabilidad de obligaciones. Osvaldo Solari Costa ha sostenido la validez parcial de aquellos actos en los cuales se desarrollan más de un negocio jurídico, cuando la falta de firma afecta sólo a alguno de ellos⁽¹⁰⁷⁾. También admite la validez parcial en el caso de participantes secundarios, tales como el caso de síndicos o directores que aceptan cargos, pero cuya participación no es requisito esencial para el acto. En similar posición doctrinaria, Carminio Castagno comparte la posibilidad de la validez parcial de los actos, basándose en su separabilidad de los mismos⁽¹⁰⁸⁾. Esta iniciativa originó un caluroso debate en el seno de la Academia: adhirieron a la tesis de Solari Costa, Rubén Augusto Lamber y Mario Augusto Zinny⁽¹⁰⁹⁾. En posición opuesta, Francisco Cerávolo, quien se basó esencialmente en la unidad conceptual del instrumento público, que no admite separaciones o fragmentaciones y que tiene prioridad sobre la posible divisibilidad de los contenidos⁽¹¹⁰⁾.

Jurisprudencialmente, un reciente fallo ha admitido la tesis de la nulidad parcial, dictado por la Cámara Primera Civil y Comercial de San Isidro, sala 1ª, 8/11/2012, autos "Niro, Carmine y/o v. Riviere, Guillermo Jorge s/ nulidad de escritura"⁽¹¹¹⁾.

En este fallo, reconociendo que en el estado actual de la doctrina es mayoritaria la posición que sostiene la nulidad total, se inclinó admitiendo la posición contraria, aduciendo: a) La necesidad de efectuar una interpretación regular analizando cada caso. b) La separabilidad de situaciones jurídicas. c) La opinión del Colegio de Escribanos respecto del Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación que propició reemplazar el inc. b) del art. 290 del Anteproyecto por el siguiente texto: "Las firmas del oficial, las partes y en su caso, de sus representantes. Si alguno de ellos

(107) SOLARI COSTA, Osvaldo, "Nulidad por falta de firma en la escritura", *Anales de la Academia Nacional del Notariado*, 2004.

(108) CARMINIO CASTAGNO, José C., "Teoría general del acto notarial", cit.

(109) *Anales de la Academia Nacional del Notariado*, 2004.

(110) *Anales de la Academia Nacional del Notariado*, 2004.

(111) Hemos tomado la versión publicada en *Revista del Notariado*, nro. 914, Ciudad de Buenos Aires.

no firma por sí mismo o a ruego, el juez determinará la extensión del valor probatorio del instrumento conforme las circunstancias del caso". d) La conducta de los accionantes (actos propios) en cuanto al reconocimiento de la obligación y a la entrega del dinero. e) El proceso civil no debe ser conducido en términos estrictamente formales o que importen una renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva que surge de las constancias comprobadas de la causa.

13. Actas (arts. 310, 311 y 312)

a) Concepto

Que el contenido de estos actos notariales sean hechos, ha recibido la adhesión de la doctrina notarial⁽¹¹²⁾. Núñez Lagos precisa que el objeto de las actas son los hechos (en sentido estricto) y por ello los distingue de los hechos jurídicos⁽¹¹³⁾.

b) Hechos y actas

Los aspectos esenciales en cuanto a la diferenciación entre actas y escrituras son los siguientes:

1. En primer lugar, es equívoco el modo de describir la diferencia, ya que tanto los actos negociales, como los de constatación o referencia a hechos, se instrumentan por escritura pública. La diferencia no radica en el instrumento, sino en el objeto de la actuación funcional del escribano⁽¹¹⁴⁾.

2. En la dinámica de la actividad de los ciudadanos, existe una gama de actos, a diferencia de los negociales típicos (compraventa, permuta, donación etc.), en los cuales existe una tensión de intereses que genera intimaciones, requerimientos, etc., cuyo resultado no puede anticiparse previamente, ya que resulta de la interacción generada por la actuación inicial.

3. Ello genera que el escribano, en muchos casos, no pueda prever si aquello que comienza como un requerimiento, intimación, protesta u otra acción, puede finalizar con un acuerdo negocial.

4. Debido a esta realidad del accionar humano, pretender que se denomine de antemano el acto (configurándolo de modo definitivo como acta

(112) NÚÑEZ LAGOS, Rafael, *Hechos y derechos en el instrumento público*, cit., p. 16; ET-CHEGARAY, Natalio P., *Escrituras y actas notariales*, Astrea, Buenos Aires, p. 267; BUSACCA, Claudia L. - FERNÁNDEZ DE BOUSSON, Liliana, "Actas notariales", en *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, t. II, p. 963.

(113) NÚÑEZ LAGOS, Rafael, *Hechos y derechos en el instrumento público*, cit., p. 16.

(114) BUSACCA, Claudia L. - FERNÁNDEZ DE BOUSSON, Liliana, "Actas notariales", en *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario*, cit., t. II, p. 964.

o acto negocial) es una pretensión alejada de la realidad y desconocedora de la naturaleza de este tipo de situaciones.

5. Ello no impide que ciertas actuaciones carezcan de esta particularidad y pueda anticiparse de antemano el resultado: mera comprobación de humedad, o del estado de un rodado, etcétera.

c) Requisitos

El art. 310 establece que las actas están sujetas a los requisitos de las escrituras públicas con ciertas excepciones.

La aplicación de los requisitos generales se fundamenta en el hecho de que las actas, conforme al Código Civil y Comercial, son protocolares. Esta naturaleza ya había sido incorporada en la ley notarial 404 de la ciudad de Buenos Aires, en el art. 82, que a su vez consagró un cambio instrumental trascendente, ya que previamente podían instrumentarse de modo extra-protocolar⁽¹¹⁵⁾. La diferencia es considerable, y se conecta conceptualmente con lo expuesto al tratar el tema de la naturaleza de las solemnidades (en la sección cuarta, de los instrumentos públicos) en cuanto a la intensidad de las garantías ofrecidas a los ciudadanos. El protocolo confiere un conjunto de certezas producto de una evolución secular (orden cronológico, orden sucesivo, extensos requisitos respecto de la grafía, impresión, formato), que son uno de los pilares de la fe pública que ostentan los instrumentos públicos. Otra modificación trascendental es que la normativa sobre las actas se incluya en el Código, satisfaciendo un generalizado reclamo doctrinario⁽¹¹⁶⁾.

d) Estructura de las actas

Conforme a su naturaleza, el acto y el o los instrumentos se estructuran en requerimiento y diligencia⁽¹¹⁷⁾.

a) El requerimiento

Es la declaración del solicitante del acta, en el cual expone la causa del mismo. Este requisito, por consecuencia de la aplicación de los requisitos ya detallados de los actos notariales, consta de etapas:

Los sujetos son el requirente y el escribano. El Código Civil y Comercial exige que el requirente exprese el interés propio o de terceros que originan la actuación. El texto del artículo exige que dicho interés sea consignado de

(115) PELOSI, Carlos, *El documento notarial*, cit., ps. 261 y 275.

(116) PELOSI, Carlos, *El documento notarial*, cit., ps. 261 y 277.

(117) La Ley Notarial de la Ciudad de Buenos Aires, a partir del art. 83 regula el requerimiento, y en el art. 86, la diligencia.

modo expreso. El escribano debe evitar que el requerimiento sea oscuro, impreciso, ambiguo, que no permita verificar su plena legalidad⁽¹¹⁸⁾. Otra flexibilización del texto es referida al poder de representación, que no es necesario que sea acreditado.

El objeto del requerimiento es amplio: permite al escribano efectuar el examen de legalidad y procedencia de la actuación, informar, asesorar, y configurar el desarrollo de sus etapas.

b) *Unidad de acto*

El Código expresa que no requieren unidad de acto, lo cual es congruente con la naturaleza de esta clase de actuaciones. Para una comprensión detallada, el concepto de unidad debe separarse conceptualmente respecto del acto y de la instrumentación.

a) La unidad de acto, aplicable a los actos negociales significa que el mismo suceso témporo-espacial se genera con la apertura, con la presencia de todos los que intervienen, y tiene la duración propia de su naturaleza (por ej.: venta, permuta, donación), integrado por el conjunto de las declaraciones y operaciones materiales, y que concluye con la lectura, firma y autorización del escribano.

b) La unidad de redacción significa que se realiza de modo inmediato y sucesivo con el acontecimiento.

En las actas, dicha unidad se hace elástica, conforme a las características de las actuaciones.

c) En cuanto acto (suceso témporo-espacial) se integra con varios "fragmentos", partes o secciones: i) el requerimiento del interesado y ii) la o las diligencias. El acto, al estar compuesto por etapas, se desarrolla de modo progresivo⁽¹¹⁹⁾.

d) En cuanto a la instrumentación, como reflejo del acto, tiene variantes: puede instrumentarse en un solo documento que contenga las "fracciones" del acto (requerimiento y diligencia) o puede separarse el requerimiento (un instrumento) y tantos otros instrumentos como diligencias se desplieguen.

(118) BUSACCA, Claudia L. - FERNÁNDEZ DE BOUSSON, Liliana, "Actas notariales", en *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario*, cit., t. II, p. 973.

(119) CARNÉLUTTI, Francesco, *Teoría general del derecho*, trad. Francisco J. Osset, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 264, expresa que en estos casos, el acto se desarrolla mediante una progresión, con diversidad de tiempo y espacio entre las situaciones sucesivas.

Adicionalmente, el Código Civil y Comercial admite que la instrumentación no sea coetánea con la diligencia, sino que puede extenderse con posterioridad, pero dentro del día de la actuación. Esta flexibilización reconoce su fundamento en la necesidad que ciertas circunstancias plantean (sucesos numerosos, extensos, etc.) de ordenar el material reunido (notas, fotografías, grabaciones, etc.) y redactar el texto de modo técnico y preciso.

c) *La diligencia*

En cuanto al lugar, se requiere la actuación del escribano fuera de su oficina⁽¹²⁰⁾, salvo el caso de actas de protocolización o de manifestaciones de quienes concurren a su oficina. El lugar de realización del acta tiene fundamental importancia.

Se han propuesto las siguientes pautas⁽¹²¹⁾. El escribano no podrá entrar en locales cerrados o privados sin la autorización o consentimiento de la persona que tiene derecho a admitir o denegar el ingreso. En la vía pública, no se necesita consentimiento alguno para hechos en dichos lugares (huelgas, piquetes, protestas, etc.), incluyendo el caso de carteles, rótulos, escaparates visibles al público. Un tema de difícil elucidación es el de los locales abiertos al público que inclusive admiten diferentes situaciones: teatros, cines, por una parte, y por la otra, tiendas comerciales, *shoppings*.

La doctrina se encuentra dividida. Quienes lo admiten, se basan en el hecho de estar abiertos al público, lo cual justifica la intervención del escribano. Casos de esta clase son los de los números musicales que se interpretan en un teatro, o el de la actuación en vivo de grupos musicales en una discoteca. Otros autores sostienen que no basta el solo hecho de dicha apertura, ya que está bajo la custodia de quien lo administre y debería informarse de la actuación al responsable⁽¹²²⁾.

La intervención del requirente en la diligencia no es un requisito propio de la misma, depende de su decisión o de la naturaleza de la diligencia⁽¹²³⁾. La ley notarial 404 establece, en el art. 83, inc. e), que el notario practicará

(120) BUSACCA, Claudia L. - FERNÁNDEZ DE BOUSSON, Liliana, "Actas notariales", en *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario*, cit., t. II, p. 969.

(121) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, *Cuestiones de técnica notarial en materia de actas*, edición de la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, p. 28.

(122) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, *Cuestiones de técnica notarial en materia de actas*, cit., p. 29.

(123) BUSACCA, Claudia L. - FERNÁNDEZ DE BOUSSON, Liliana, "Actas notariales", en *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario*, cit., t. II, p. 969; ETCHEGARAY, Natalio, *Escrituras y actas notariales*, cit., p. 311. En posición contraria: PELOSI, Carlos, *El documento notarial*, cit., p. 280.

las diligencias sin la concurrencia del requirente cuando por su objeto no sea necesario, con idéntico criterio que el Código Civil y Comercial.

La diligencia puede efectuarse en el mismo o diferentes días, pero cada diligencia debe contener la firma de quienes intervienen (salvo negativa a firmar) y del escribano.

d) *Deber de identificarse*

Es un elemento esencial de la diligencia y una de las consecuencias de la naturaleza de la investidura del escribano, en cuanto agente a cargo del ejercicio de una función pública, que no puede ser ejercida desde la clandestinidad. También tiene relevancia para darle oportunidad a quien es requerido por la actuación, para no responder o contestar y buscar asesoramiento letrado. Por ello, el texto no sólo exige la identificación, sino la expresa aclaración del escribano al interpelado o interviniente de su derecho a no contestar. Este requisito se vincula también al derecho de defensa en juicio⁽¹²⁴⁾. Esta obligación se flexibiliza, según la redacción del texto en examen, "en la medida en que el objeto de la comprobación así lo permita".

e) *Personas que intervienen por efecto de la diligencia*

Claro está que en las comprobaciones de hechos no es necesario que el escribano efectúe juicio de identidad respecto de las mismas, las circunstancias propias de esta clase de actuaciones lo torna imposible en la gran mayoría de los casos. Basta con la mención o manifestación que ellas realicen, y que el escribano narre en el documento, del mismo modo que sucede en las notificaciones judiciales o administrativas. Si el requerido decidiera efectuar manifestaciones, el escribano está habilitado para requerirle su identificación, ya que es un presupuesto de la eficacia de la declaración⁽¹²⁵⁾.

f) *Otras competencias, otros funcionarios*

Las actas de mera percepción de documentos plantean el espinoso punto de la competencia funcional. Los escribanos no pueden levantar la percepción de documentos públicos originales cuyas copias, testimonios o traslados son de competencia exclusiva de otros escribanos, registradores, jueces, encargados del Registro Civil u otras competencias. Sí pueden efectuarse constataciones o copias de testimonios expedidos por dichos funciona-

(124) ETCHEGARAY, Natalio, *Escrituras y actas notariales*, cit., p. 311. En posición contraria: PELOSI, Carlos, *El documento notarial*, cit., p. 313; SIERZ, Susana V., *Ley Notarial 404*, 2ª ed., Di Lalla Editores, 2014, p. 253; RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, cit., t. II, p. 712.

(125) ETCHEGARAY, Natalio, *Escrituras y actas notariales*, cit., p. 314.

rios⁽¹²⁶⁾. Pelosi relata el caso de un acta labrada en la Universidad Nacional de Tucumán, en la cual el interventor impugnó la actuación sosteniendo: a) la falta de identificación del escribano y b) los fueros universitarios⁽¹²⁷⁾.

g) *Redacción*

Ya se ha descrito que el requerimiento y la diligencia no requieren coetaneidad, pueden redactarse en diferentes momentos. Manteniendo la distinción conceptual propiciada anteriormente, debe separarse la diligencia en cuanto actuación en tiempo y espacio del acto en sí (que se denominará en este punto como actuación) de la instrumentación del mismo (que se denominará acta).

h) *Lectura y firmas*

Luego de la actuación, el escribano debe narrar (fijar por escrito) lo actuado, generando el acta-instrumento. El texto debe ser leído a todos quienes hayan intervenido en la diligencia, aun cuando hayan expresado su decisión de no firmar⁽¹²⁸⁾.

El art. 86 expresa que la diligencia se practicará en el momento y domicilio o sitio indicado por el requirente; si la persona que debiera ser requerida, intimada o notificada no fuere hallada, podrá cumplirse la actuación con cualquier persona que atendiere al notario; éste dejará constancia en el acta de la declaración o respuesta que formulare el interpelado, y en su caso, de su negativa a dar su nombre, a firmar, a recibir copia simple del acta; si así lo hubiere solicitado el requirente, o a brindar otros datos o informaciones. Si el requerido no se hallare y si éste o la persona con quien se entendiere la diligencia no quisiere recibirla, o nadie respondiere, se dejará constancia en el texto del acta o mediante nota.

e) *Valor probatorio y admisibilidad en juicio*

El art. 312 determina con precisión que el valor probatorio de las mismas se extiende a:

1. Los hechos que el notario tiene a la vista en cuanto a su existencia y estado.
2. Respecto de las personas, a su identidad (si existe) y a las declaraciones y juicios que éstas emiten, tomadas como meros hechos, no en faz negocial.

(126) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, *Cuestiones de técnica notarial en materia de actas*, cit., p. 31.

(127) PELOSI, Carlos, *El documento notarial*, cit., p. 15.

(128) ETCHEGARAY, Natalio, *Escrituras y actas notariales*, cit., p. 310.

Este efecto es una simple aplicación de los principios que se han descripto al tratar los instrumentos públicos, en cuanto a la extensión de su valor probatorio, se extiende a todo aquello que ha sido percibido por el oficial público y que ha sido narrado en el texto del instrumento. Tiene además el efecto de mantener y armonizar la debida independencia conceptual entre los efectos probatorios de la escritura pública y la potestad de los jueces para la admisibilidad o rechazo de las actas, conforme a las circunstancias de cada caso. La actual regulación del valor probatorio de las actas armoniza el efecto de los instrumentos y escrituras públicas con la potestad judicial para su admisibilidad o rechazo. El texto examinado, coincidente con la declaración de las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, permite separar con precisión las competencias de escribanos y jueces, sin establecer prioridades en dichas competencias. Son potestades con diferente ámbito material, pero que han sido respetadas en su independencia.

II. Instrumentos particulares

1. Firma de los instrumentos privados (art. 313)

a) Introducción

Desde un plano conceptual, la acción de instrumentar actos privados se rige por los mismos principios descriptos al tratar el tema de la instrumentación en la sección referida a los instrumentos públicos (ver glosa a los arts. 286/287), con la diferencia considerable de que dichos principios se flexibilizan con una fuerte intensidad, ya que en vez de imposiciones legales, queda al arbitrio de las partes el modo de efectuar dicha instrumentación.

Por ello, pueden efectuarla, a modo de ejemplo, en cualquier idioma, con lenguaje informal, cotidiano, prescindiendo de menciones técnicas, con o sin mención de datos personales, o de precisiones sobre el modo de regular las obligaciones, en cualquier papel, con cualquier tinta y modo de impresión, por las mismas partes o un tercero, de modo coetáneo con el acto o con posterioridad, con o sin espacios en blanco, abreviaturas, etcétera.

Debido a ello, es que los instrumentos privados tienen un valor probatorio de menor envergadura entre las partes (los mismos firmantes pueden negar la firma, o la fecha u otros elementos) y frente a terceros (no son oponibles, salvo que las firmas sean reconocidas, y que su fecha sea cierta).

b) Concepto

Según surge de los arts. 286 y 287 del Código Civil y Comercial, los instrumentos se clasifican en privados, públicos e instrumentos particula-

res no firmados, por lo cual la firma sólo es esencial en las dos primeras categorías. El art. 288 expresa que consiste en el nombre del firmante o un signo, y que puede utilizarse la firma digital, tema que se tratará por separado.

c) La impresión digital

La doctrina, en torno al Código Civil derogado y la jurisprudencia, exhibió una polémica entre quienes defendían la exclusión de la impresión digital y quienes sostenían, que aun sin texto expreso, podía admitirse⁽¹²⁹⁾. Se señalaba también el riesgo derivado del hecho de la toma de impresión mientras el sujeto estaba durmiendo, o fallecido, o en estado de inconsciencia⁽¹³⁰⁾ o sin la comprensión necesaria, como el caso de los analfabetos⁽¹³¹⁾. Debido a ello, se ha considerado que un enfoque profundizado del tema implica tomar en cuenta dos funciones de la firma: la individualización del firmante y la expresión de su voluntad.

La impresión digital, como medio de individualización del firmante, es más idónea que la firma, debido a la precisión de las técnicas dactiloscópicas. Pero como medio de expresión de voluntad (meollo del tema), este procedimiento falla, debido a que puede provenir de un analfabeto o haberse tomado sin su consentimiento⁽¹³²⁾. En otra posición, se ha propiciado que la impresión digital es admisible en el caso de los instrumentos particulares no firmados⁽¹³³⁾. La inclusión de este procedimiento ha generado resistencias por su peligrosidad⁽¹³⁴⁾.

Corresponde distinguir:

a) Si el autor del acto es alfabeto y no puede firmar, la impresión digital como medio para expresar su conformidad con el texto es una herramienta flexible, con menores riesgos.

b) Si el autor es analfabeto, no tiene modo de comprobar la identidad entre el texto y su voluntad. A ello se agrega, que hay que considerar otro factor de indudable influencia: que se le haya leído o no el texto.

(129) LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, cit., t. II, p. 349; DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, "La necesidad de la impresión digital en los actos jurídicos", JA 50-89.

(130) RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, cit., t. II, p. 736.

(131) SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino*, cit., t. II, p. 454.

(132) MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "Impresión digital y firma a ruego", JA 1972-811, Doctrina.

(133) DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, "La necesidad de la impresión digital en los actos jurídicos", cit.

(134) ARMELLA, Cristina, "Comentario al art. 313", en CLUSELLAS, Eduardo G. (coord.), *Código Civil y Comercial, comentado, anotado y concordado*, Astrea y FEN, Buenos Aires, 2015.

El alcance de la reforma debe integrarse con dos párrafos: El primer párrafo del art. 313, que expresa "si alguno de los firmantes de un instrumento privado no sabe o no puede firmar, puede dejarse constancia de la impresión digital" y el segundo párrafo del art. 314, que determina que "el documento signado con la impresión digital vale como principio de prueba por escrito y puede ser impugnado en su contenido".

De dicha integración surgen las siguientes consecuencias:

a) La firma en los instrumentos privados debe consignarse de modo autógrafa.

b) Si se consigna la impresión digital, aunque legislativamente se lo reconoce como firmado (plano conceptual), se limita su efecto probatorio.

c) En la faz probatoria, dicha impresión permite la prueba del acto, con carácter de principio de prueba por escrito y puede ser impugnado en su contenido. El art. 1020 del Código establece que se considera principio de prueba instrumental cualquier instrumento que emane de la otra parte, de su causante o de parte interesada en el asunto, que haga verosímil la existencia del contrato.

Este efecto es congruente con lo detallado. El legislador ha sido cauteloso: la certeza de la asunción de autoría no surge exclusivamente de la impresión digital, sólo puede obtenerse por la prueba de elementos independientes: que el texto refleje el hecho o acto (identidad, fidelidad), que haya prestado su conformidad con la redacción, si es analfabeto que haya comprendido el acto. La inclusión de esta flexibilización está destinada para ciertos casos excepcionales (lejanía, urgencia), en síntesis, circunstancias que fundamenten lo excepcional de esta herramienta.

d) *Firma a ruego*

El Código Civil y Comercial, en el texto en estudio, expresa que si alguno de los firmantes no sabe o no puede firmar, puede dejarse constancia de la impresión digital o mediante la presencia de dos testigos que deben suscribir también el instrumento. El texto es claro en cuanto a la disyunción, con lo cual ofrece dos opciones: la impresión digital o la firma de dos testigos. La segunda opción es la que consagra la firma a ruego.

Corresponde la misma distinción efectuada en el punto anterior respecto del caso de analfabeto o el alfabeto que está impedido físicamente de firmar. Si el autor de las declaraciones es analfabeto, aunque no pueda verificar por sí la identidad entre el despliegue del acto y la redacción, su mandato a quien lo hará en su nombre implica la carga, diligencia de ha-

berse asegurado de dicha congruencia en la elección de los firmantes en su nombre. Si es alfabeto, el riesgo es menor, ya que dicha verificación la efectuará por sí mismo, y en tal caso la acción de los firmantes a ruego disminuye en cuanto a los requisitos que le son exigibles. El legislador ha decidido aceptar los riesgos propios de este procedimiento.

El vocablo testigo parecería inadecuado, ya que los firmantes a ruego, como se ha señalado, operan en calidad de mandatarios, por encargo de quien ha expresado las declaraciones insertas en el instrumento. Pero en un sentido técnicamente expresivo, dichos mandatarios no sólo actúan "mecánicamente" consignando su firma; debe presumirse que han presenciado y han comprobado la comprensión del acto por parte del autor de la declaración, y su voluntad de hacer suyas las declaraciones.

Se reitera que dicha intervención tiene diferente intensidad según se trate de mandante alfabeto o analfabeto. En síntesis, la intervención de los firmantes a ruego es compuesta: por una parte, constata la comprensión y decisión del autor sustantivo del acto (quien le requiere su intervención), por otra parte, opera físicamente estampando su firma.

A diferencia de la impresión digital, la firma a ruego es un sucedáneo de la firma manuscrita, vale por sí misma. La firma a ruego no puede emplearse en el caso del testamento ológrafo (art. 2477), ya que éste requiere estar firmado por la mano del testador⁽¹³⁵⁾.

2. *Supresión del requisito del doble ejemplar*

Nuevamente debe acudir a la independencia conceptual entre instrumento y prueba. La eliminación del requisito implica que el hecho de haberse redactado un solo ejemplar, aunque existan varias partes, no genera invalidez alguna. La instrumentación es válida.

En el terreno de la prueba, quien tiene en su poder el ejemplar puede ofrecerlo como prueba, y quien pretende impugnarlo debe cargar con la prueba consiguiente. Quien carece de ejemplar, es quien debe probar su existencia, cargando con el despliegue de los medios necesarios.

3. *Reconocimiento de la firma (art. 314)*

a) *Situación del presunto firmante y de sus herederos*

El principio rector en materia de instrumentos privados es que no prueban *per se*, carecen de autenticidad. Por ello, para obtener valor probato-

(135) D'ALESSIO, Carlos, "Comentario al art. 313", en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., t. II, p. 224.

rio, se requiere el reconocimiento de la firma, con los recaudos que serán examinados⁽¹³⁶⁾. La persona a quien se atribuye un instrumento privado puede reconocer o desconocer su firma.

El mismo derecho pertenece a los herederos, como sustitutos subjetivos en las relaciones jurídicas del causante, pero ellos pueden limitarse a declarar que ignoran si la firma es auténtica, por lo cual debería probarse por otros medios. Respecto de los terceros, el solo reconocimiento no les confiere oponibilidad, debe adicionarse la fecha cierta.

b) Prueba de la autenticidad o falsedad

La autenticidad o la falsedad pueden probarse por cualquier medio de prueba. El medio de prueba más corriente es el cotejo con firmas indubitadas⁽¹³⁷⁾, aunque pueden emplearse otros medios de prueba. El Código Civil y Comercial ha consagrado una amplia libertad para la prueba.

c) Concepto de reconocimiento

Las notas esenciales de estos actos, son⁽¹³⁸⁾:

a) En los actos públicos, un agente oficial (juez, escribano, funcionario de Registro Civil para actos matrimoniales, registrador de bienes, etc.) presencia un evento o suceso juntamente con los intervinientes, y en el mismo momento lo redacta con un conjunto de garantías que ya han sido enunciados. En este caso, resulta claro que la autenticidad del acto (certeza de haber acaecido y del modo en que se desarrolló) resulta de la actuación conjunta de todos los participantes, incluido el oficial público y de su narración coetánea.

b) En el reconocimiento, alguno o todos los sujetos describen algo que ha sucedido antes. No se "reproduce el acto en su dimensión temporal" ante quien se efectúa el reconocimiento, se confiesa haberlo realizado. Si la narración es de las partes, es una confesión, si es de un tercero, es un testimonio. El reconocimiento puede ser sincero o falso, ya que consiste en una declaración.

c) Cuando una persona expresa "digo que hice algo", lo único autentificable es el nuevo hecho de la confesión ante un oficial público, juez o escribano. Se confiere autenticidad al hecho del reconocimiento, no a lo sucedido,

(136) BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil. Parte general*, cit., t. II, p. 167; LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, cit., t. II, p. 357.

(137) BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil. Parte general*, cit., t. II, p. 168.

(138) ORELLE, José M., *La autenticación de firmas en la República Argentina*, edición de la Academia Nacional del Notariado, 2007, p. 105.

que queda inmerso en el pasado, que no puede autenticarse (en el sentido de presenciarse cuando sucede) porque ya pasó, ya sucedió. No es posible "traer el pasado" al presente para visualizarlo, vivirlo y mostrarlo a los demás. Por ello, el reconocimiento del cuerpo sólo autentica la declaración de quienes confiesan lo sucedido, que reconocen lo que el instrumento narra, lo hacen propio por efecto de la confesión y reconocen que la firma es propia. Quedan autenticados, directamente, el hecho de la confesión y el hecho de la firma y de modo reflejo o indirecto, el reconocimiento de lo narrado en cuanto asunción del acto. En consecuencia, el reconocimiento no es oponible a terceros interesados.

Por otra parte, los actos jurídicos —como principio general— sólo tienen efectos entre las partes y los sucesores universales, o sea que no gozan de oponibilidad frente a terceros interesados (art. 1021, Código Civil y Comercial).

d) Modos de efectuarse el reconocimiento

a) Judicialmente, ya sea por el hecho mismo del reconocimiento o por haberse obtenido la prueba de la firma por otros medios, aunque no haya mediado reconocimiento. En ambos casos, la firma queda reconocida.

b) Notarialmente, por autenticación de firma. Las leyes notariales o, en su caso, reglamentos específicos dictados por los colegios notariales regulan un procedimiento reglado para la autenticación, cuyas garantías fundamentan la incorporación de este método. Las notas esenciales de la autenticación notarial, son las siguientes⁽¹³⁹⁾:

b.1) El requerimiento se efectúa mediante acta, que se redacta en libros o folios con hojas que se expenden exclusivamente por los colegios, numeradas, rubricadas, foliadas, con recaudos de seguridad interna y con control de los números de hojas o libros, del destinatario y de la fecha de entrega (son controles similares a la venta de hojas de protocolo).

b.2) Deben redactarse actas de requerimiento, en las cuales se individualiza al firmante con sus datos de identidad, lugar y fecha, y la naturaleza del documento en el cual se estampa la firma. El requirente estampa su firma ante el escribano y el agente suscribe el acta.

b.3) Al requirente se le entrega un certificado (que lo hace el respectivo Colegio con los mismos requisitos de seguridad que los libros u hojas de requerimiento) que se vincula con la hoja del libro o folio, mediante nota

(139) ORELLE, José M., *La autenticación de firmas en la República Argentina*, cit., ps. 43 y ss.

en la cual consta el número de acta y el número de la hoja del certificado, para evitar sustituciones de las hojas. En el certificado se hace constar la cantidad de las hojas del documento cuyas firmas se autentican. De este modo se procura la identificación de todos los elementos del documento y de la certificación para brindar seguridad y evitar cambios o reemplazos.

b.4) Los reglamentos regulan los demás detalles relativos a la cantidad de firmas por acta, el caso de instrumentos en idioma extranjero, el tipo de tintas, impresión de los certificados, etcétera.

— 5. Sólo puede impugnarse el reconocimiento por vicios en el acto

Este párrafo consagra una prohibición ineludible. Una vez efectuado el reconocimiento, salvo que fuera nulo por vicios, sus efectos quedan consolidados.

— 6. El reconocimiento es indivisible

Una vez efectuado, quien ha reconocido no puede pretender fraccionar los efectos, por ejemplo, que funcione a favor y no pueda ser ejercido en su contra⁽¹⁴⁰⁾.

4. Incorporación del instrumento electrónico

Esta inclusión es consecuencia del avance incontenible de nuevas tecnologías, que parecen no tener límites en cuanto a los resultados de investigaciones e innovaciones. La integración normativa surge de dos textos: el art. 286, que alude al soporte de los instrumentos, y el art. 288, que incorpora la firma digital.

Desde la perspectiva del nuevo Código, más la incidencia de la ley 25.506, pueden apreciarse tres acepciones de instrumento electrónico:

a) Los que circulan "informalmente" en la sociedad, por ejemplo, los de las redes sociales

b) Los que detentan resguardos de seguridad privados, en algunos casos con circulación restringida entre sus adherentes (por ej., bancos o instituciones financieras).

c) Los que exigen el requisito de la firma digital, que —en rasgos generales— presenta como características salientes la intervención de órganos públicos, y un conjunto de resguardos técnicos específicos: autoridades

(140) LAGOMARSINO, Carlos A. R., en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) - ZANNONI, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias*, cit., t. 4, p. 664

de aplicación, empleo de claves públicas y privadas, textos protegidos con mecanismos de criptografía, resguardos de los textos en instituciones oficiales, etcétera.

5. Los instrumentos particulares no firmados

a) Concepto

El concepto de instrumento particular no firmado implica separar dos aspectos: el plano de su reconocimiento como instrumento y el plano de la prueba⁽¹⁴¹⁾. Esta separación es un verdadero desafío, ya que el tema de la prueba genera una permanente oscilación del pensamiento entre ambos planos.

En el plano del concepto de instrumento (resultado de la acción de fijar un hecho o acto), en el Código Civil derogado sólo se admitían como instrumentos, a los públicos y los privados. El Código Civil y Comercial incluye como nueva categoría a los instrumentos particulares no firmados.

Con el objetivo de precisar la naturaleza de esta nueva clase de instrumentos, conviene recordar las notas esenciales de la instrumentación:

i) Que se aplica para la fijación de hechos y actos, registros de palabras, sonidos, imágenes, etcétera.

ii) La acción de fijar el evento objeto del mismo se realiza en una sede material (salvo el caso de los instrumentos informáticos).

iii) Que dicha acción comprende numerosos elementos: quién lo fija, dónde lo realiza, si es simultáneo o con posterioridad, las tintas o elementos gráficos, el modo de efectuarse la impresión (manuscrita, con artefactos mecánicos o de otra naturaleza), el formato e idioma, la lectura, correcciones o adecuaciones en caso necesario y la firma, que cumple dos funciones esenciales: la conformidad con la redacción y la asunción de autoría.

Las consecuencias de la falta de firma en el documento se proyectan exclusivamente en el plano de la prueba. En consecuencia:

— Es una incorporación institucional.

— Ha sido generada por un reconocimiento a una realidad de usos y costumbres que se evidencia en la vida cotidiana del ciudadano⁽¹⁴²⁾.

(141) DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, 2ª ed., Víctor. P. de Zavalía, Buenos Aires, 1972, t. II, p. 528.

(142) RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, cit., t. II, p. 740.

— Se admite legislativamente que son aptos para fijar fenómenos jurídicos.

— Permite a las partes recordar, verificar, exhibir y (con los límites que luego se examinarán) probar el acto o hecho.

— La inclusión de estos instrumentos no depende de la naturaleza del elemento físico donde se realiza la fijación (plástico, cintas, CD, o cualquiera otra especie)⁽¹⁴³⁾, sino de la falta de firma. Este punto es el que los caracteriza.

— Calificar un documento como instrumento jurídico con prescindencia del requisito de la firma, presupone que contiene los elementos esenciales de los actos jurídicos (sujetos, y declaración de voluntad que integra la causa y el objeto, y la forma conforme a su naturaleza). Por ello, no todo elemento físico sin firma deberá ser considerado instrumento, sólo aquellos que consignen los elementos propios del acto jurídico de que se trate. El instrumento jurídico referido a un acto, debe ser autosuficiente para representarlo. Si es incompleto, fragmentado, debe ser integrado con otros elementos exteriores para representar el acto, pasa a constituir un elemento documental de prueba, pero no es un instrumento⁽¹⁴⁴⁾.

A este efecto, la variedad es inmensa. A modo de ejemplo:

i) V.gr., un *ticket* de supermercado, contiene —en términos generales— la fecha, el emisor (uno de los sujetos), el objeto (la mercadería y el precio), la causa fuente (compra) y datos adicionales no esenciales, pero que generalmente constan (cajero, la hora, el vuelto, quizás número de transacción, etc.). Falta la individualización del sujeto adquirente.

ii) Un comprobante de un depósito bancario (por lo general) contiene los datos del banco, del cliente, del tipo de operación bancaria, persona que ha atendido al cliente, y numerosos datos adicionales no esenciales (número de transacción, hora, caja, códigos internos, etc.)

iii) Otros comprobantes documentales en comercios suelen identificar al emisor, la naturaleza de la operación, el monto, la hora, sin datos adicionales.

(143) Aspecto resaltado por LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F., en sus comentarios a la obra de SPOTA, Alberto G., *Contratos. Instituciones de derecho civil*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2009, t. III, p. 163; y RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, cit., t. II, nro. 1280, p. 721.

(144) Esta afirmación parte del presupuesto metodológico del autor del comentario sobre el concepto de instrumento. Por ello, podrá diferir el enfoque según sea dicho concepto para cada intérprete: GUIBOURG, Ricardo, *La construcción del pensamiento (decisiones metodológicas)*, 1ª reimp., Colihue Universidad, Buenos Aires, 2006, p. 11.

iv) Otros documentos (por ej., números de talonarios en guardarropas o en casos de *valet-parking*) sólo contienen datos aislados, no identificatorios por sí solos del tipo de acto.

Por ello, no caben las generalizaciones: debe examinarse cada caso.

En el plano de la prueba, la carencia de firma genera la necesidad de probar la autoría, que el acto se realizó y no se trata de un simple proyecto⁽¹⁴⁵⁾. Se ha propuesto, al momento de evaluar la potencialidad probatoria de estos instrumentos, la necesidad de separar dos situaciones:

1. Cuando el instrumento contiene exclusivamente declaraciones de ciencia (representación de lo que se conoce o sabe respecto de algún hecho) es suficiente probar su autenticidad para deducir de su contenido una confesión extrajudicial de su autor jurídico: ejemplo de ello: libros de contabilidad, papeles domésticos, los asientos de los corredores o agentes de cambio, las notas puestas por el acreedor al margen o al dorso (ejemplo: expresión pagado, u otra similar).

2. Cuando contiene declaraciones de voluntad o dispositivas, en cuyo caso se deberá probar que el acto se perfeccionó, y que tal escrito quedó como constancia histórica a pesar de no haberse firmado⁽¹⁴⁶⁾.

En cuanto a los medios de prueba referidos a esta clase de documentos:

a) Algunos autores se limitan a exigir la prueba complementaria de su legitimidad y de la causa que la produjo⁽¹⁴⁷⁾.

b) También se ha propuesto como elemento probatorio, que se haya estampado la impresión digital.

c) El reconocimiento confesorio⁽¹⁴⁸⁾.

d) El reconocimiento de la otra parte⁽¹⁴⁹⁾.

e) Cuando habiendo sido manuscrito por su autor, se prueba esta circunstancia por confesión, o por testigos presenciales, o por pericias grafológicas, sumado a indicios o testimonios, o por reconocimiento expreso o implícito⁽¹⁵⁰⁾.

(145) DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., t. II, p. 528.

(146) DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., t. II, p. 557.

(147) DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., t. II, p. 531, cita a Luis María Boffi Boggero como autor de esta posición.

(148) DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., t. II, p. 557.

(149) DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., t. II, p. 528.

(150) DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., t. II, p. 558.

En cuanto a la naturaleza de estos instrumentos, desde el ángulo de la prueba, se los califica como mero indicios⁽¹⁵¹⁾.

Lo expuesto sobre valor probatorio se refiere exclusivamente a la prueba respecto de las partes. Para la oponibilidad respecto de terceros interesados se requerirá, además, el reconocimiento de la autoría y fecha cierta, aplicándose entonces las mismas pautas que las que se expondrán al tratar los instrumentos particulares firmados.

b) *Enunciación normativa*

El art. 287 establece que esta categoría (instrumento no firmado) comprende, entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información.

b.1) *Los impresos*

Son aquellos documentos que se encuentran prerredactados. Los elementos más relevantes para su valor probatorio, son:

1) Si han sido obtenidos en comercios, o se trata de impresos creados por alguna de las partes. La diferencia tiene trascendencia, ya que en el primer caso aparece un elemento de neutralidad, mientras que en el segundo —punto relevante para su valoración probatoria— puede contener sólo aquellas regulaciones trascendentes para quien los ha creado, sin un adecuado equilibrio contractual.

2) Otro factor es la amplitud y tipo de redacción (lenguaje habitual o técnico), conforme a la naturaleza del acto de que se trate.

3) La conducta posterior de las partes: quien lo presenta como prueba lo reconoce implícitamente. Idéntica apreciación si alguna de las partes ha comenzado a ejecutar el acto.

4) Si del contexto del acto surge que se trata de un contrato de adhesión, en cuyo caso se aplicará la normativa protectora de los consumidores.

5) Si la clase de formulario exige que sea completado, en cuyo caso la inserción de datos también implica un reconocimiento expreso, salvo que se demuestre —como excepción— que no se ha tenido intención de realizar el acto, que se trata de un simple proyecto.

(151) DEVIS ÉCHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., t. II, p. 558, cita a Carnelutti en esta posición, que también sostiene LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F., en sus comentarios a la obra de SPOTA, Alberto G., *Contratos. Instituciones de derecho civil*, cit., t. III, p. 187.

b.2) *Actos y contratos*

La amplitud de la denotación de los vocablos empleados genera la necesidad de interpretar si la registración a que alude el artículo se aplica tanto a hechos como actos y negocios o si alude exclusivamente a hechos en su acepción estricta.

Si se opta por la primera alternativa (amplia) —que en esta obra se considera que es adecuada (debido al empleo de los demás vocablos palabra e información)— el texto permite que se realicen actos y contratos mediante grabaciones visuales, auditivas, o mixtas. Otro caso es la registración de idiomas, tales como Braille (para no videntes) o idiomas técnicos y aun traducciones de dichos idiomas mediante gestos. Por ejemplo, una oferta en un caso de contratos entre ausentes, que es enviada en un elemento técnico (*casette*, disco CD, cinta, u otro elemento portante, cualquiera que sea su naturaleza). Podría ser también el caso de una filmación de un contrato entre presentes.

Esta interpretación permite —aprovechando los recursos tecnológicos— librarse de la generalizada tradición del uso del papel. Además, presenta plena congruencia con la incorporación del instrumento electrónico. Ha sido además propiciada por la doctrina⁽¹⁵²⁾.

b.3) *Hechos*

Es el caso de fijaciones de hechos de la naturaleza (inundaciones, incendios, terremotos, etc.) de ocupación de predios, marchas, piquetes, o de cualquier otra naturaleza. En la realidad social, estas grabaciones han proliferado de un modo extraordinario, tanto en los medios de difusión, como en las redes sociales. Se fijan con una enorme variedad de artefactos: celulares, tabletas, cámaras, etc., y tanto sea como grabaciones fijas (fotografías) como secuencia dinámica de imágenes (películas, cortos, pequeñas secuencias). Podrá tratarse inclusive de grabaciones técnicas, científicas (fórmulas, procesos, etc.).

b.4) *Registro de palabras*

Por ejemplo: conferencias, indicaciones técnicas, planificaciones, etc. Si además se interpretan de modo amplio los vocablos palabras e información, podría incluirse el caso de programas informáticos (*software*) o de programas técnicos de la más variada índole.

(152) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. en sus comentarios a la obra de SPOTA, Alberto G., *Contratos. Instituciones de derecho civil*, cit., t. III, p. 163; RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, cit., t. II, nro. 1279, p. 721.

b.5) *Registro de cosas*

Quedan incluidos los inventarios, el estado de las mismas (deteriorado, cuidado, roto), la cantidad, características (por ejemplo: obras de arte, o de artefactos), dimensiones, circunstancias (marcas de identificación, de serie).

b.6) *Registro de información*

Dictámenes, noticias e informes técnicos.

c) *La incidencia de los soportes y los modos de obtener su lectura respecto de la prueba*

Como se ha apreciado, el concepto de instrumento privado no firmado permite su empleo respecto de una gran variedad de elementos a ser grabados o fijados en ellos.

Puede esquematizarse el procedimiento, del siguiente modo:

- un objeto exterior a ser fijado;
- un artefacto que realiza la grabación operado por el hombre;
- la acción de fijar de dicho artefacto;
- la grabación como resultado de las etapas anteriores;
- la recuperación de lo fijado, que debe ser realizada por el mismo u otro artefacto, mediante operaciones invisibles a los sentidos humanos, y
- la lectura en pantallas u otros elementos que permitan la visualización de aquello que ha sido fijado.

Este análisis permite detectar que la falta de inmediatez entre el objeto a ser fijado y el resultado depende de una serie de etapas efectuadas por artefactos, y además que la lectura de aquello que ha sido grabado depende también del mismo u otro artefacto.

Estos elementos pueden estar sujetos a programas o acciones internas, voluntarias o involuntarias (variaciones de corriente, obra de insectos, humedad, etc.) que alteren la grabación o su lectura.

Por ello, es que el valor probatorio debe incluir estos aspectos al momento de la evaluación de su potencial de brindar evidencia cierta.

6. *Prueba de los actos*

Consiste en la demostración de lo que ha ocurrido⁽¹⁵³⁾. En otro enfoque, se ha afirmado que la prueba integra tres concepciones: a) todo aquello que persuade al espíritu de una verdad; b) el hecho de producir ante el juez el elemento de convicción del que surge la existencia de un derecho, o c) el resultado procurado por la demostración del litigante⁽¹⁵⁴⁾.

Sucede que en ciertas ocasiones la prueba se basa en los registros o fijaciones (prueba documental), pero sólo como un recurso más, ya que se sirve de todo aquello que pueda servir de evidencia, con diversos grados de inmediatez: testigos, confesión, indicios directos e indirectos, propia conducta, etcétera.

El Código vigente, del mismo modo que el Código Civil derogado, no regula en esta sección la prueba de los actos jurídicos, por lo cual corresponde acudir a las pautas fijadas en el capítulo 8 del título II, Contratos, arts. 1019 y 1020, a los cuales remitimos. En lo concerniente al tema en examen, de dichos textos surgen las siguientes consideraciones:

a) Se ha abandonado el método de establecer el modo de prueba enumerando los medios (art. 1190 del Código Civil derogado). El art. 1019 actual establece que los contratos pueden ser probados por todos los medios aptos para llegar a una razonable convicción según las reglas de la sana crítica y con arreglo a lo que disponen las leyes procesales, excepto disposición legal que establezca un medio especial.

b) El mismo texto determina que los contratos que sea de uso instrumental no pueden ser probados exclusivamente por testigos.

c) El art. 1020 expresa que los contratos en los cuales la formalidad es requerida a los fines probatorios pueden ser probados por otros medios, inclusive por testigos, si hay imposibilidad de obtener la prueba de haber sido cumplida la formalidad o si existe principio de prueba instrumental, o comienzo de ejecución.

d) Se considera principio de prueba instrumental cualquier instrumento que emane de la otra parte, de su causante o de parte interesada en el asunto, que haga verosímil la existencia del contrato (art. 1020). ♦

(153) BARBERO, Domenico, *Sistema del derecho privado*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1967, t. I, p. 557.

(154) RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean, *Tratado de derecho civil. Según el tratado de Planiol*, trad. de Delia García Daireaux, La Ley, Buenos Aires, 1964, t. I, p. 498.

LOS CONJUNTOS INMOBILIARIOS COMO DERECHO REAL DE PROPIEDAD HORIZONTAL ESPECIAL

POR MARCELO A. PEPE

SUMARIO: I. Introducción. II. Clubes de campo. III. Barrios cerrados. IV. Otros emprendimientos inmobiliarios. V. Régimen legal de los conjuntos inmobiliarios con anterioridad a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación. VI. Los conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial. VII. Los conjuntos inmobiliarios preexistentes. Quid de la adecuación.

I. Introducción

La expansión demográfica hacia zonas no urbanas con finalidades residenciales y recreativas constituye desde hace algunos años un fenómeno creciente en la Argentina y en el mundo. Las razones son múltiples y están vinculadas a la necesidad de vivir en lugares alejados de los centros de ciudad, elección que aporta la mejor calidad de vida derivada de la disminución del estrés, por el contacto con la naturaleza y las condiciones ambientales más favorables que aporta la vegetación. A ello deben sumarse las condiciones de mayor seguridad existentes en estos emprendimientos, caracterizados por el cerramiento perimetral y el control de acceso. A estos factores de seguridad se suman las ventajas derivadas de relaciones comunitarias en el seno de prácticas recreacionales, culturales y deportivas. Así, surge la necesidad de mantener unido al grupo familiar a través de actividades sociales y deportivas comunes y la circunstancia que, por variadas causas, el *country club* es la combinación ideal entre la quinta y el club⁽¹⁾.

Las razones enunciadas han contribuido a la aparición de clubes de campo, barrios cerrados, barrios de chacras, barrios náuticos, entre otros

(1) HIGHTON, Elena - ÁLVAREZ JULIÁ, Luis - LAMBOIS, Susana - WIERZBA, Sandra - DE HOZ, Marcelo, *Nuevas formas de dominio*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1987, p. 34.

emprendimientos, que tienen por finalidad usos residenciales permanentes o transitorios, constitutivos de verdaderos procesos de urbanización.

También, como señala Andorno, han favorecido este proceso de expansión de los clubes de campo, la mejora, tanto de las vías de comunicación como en los medios individuales de transporte como producto, en ambos casos, de avances tecnológicos y de progreso. Deben agregarse, continúa el autor, que las características propias de la sociedad de consumo, asociadas a una habilidosa promoción publicitaria, han incentivado la preferencia de sectores sociales con poder adquisitivo hacia los clubes de campo en la búsqueda de ciertos símbolos vinculados al estatus social, como advertían desde mediados del siglo XX, en relación con situaciones análogas, sociólogos como Vance Packard que lo observaban ya entonces en sociedades con mayor grado de desarrollo que las nuestras⁽²⁾.

Entre las diversas denominaciones que han merecido estos complejos inmobiliarios destacamos la que los conceptúan como "nuevas formas de propiedad", en los que claramente se alienta su configuración como derecho real, y en la que el término propiedad es empleado en su acepción amplia, no como sinónimo de dominio, sino como derecho real en tanto que derecho patrimonial subjetivo⁽³⁾.

También se los ha denominado "Nuevas formas de dominio"⁽⁴⁾ "Formas coparticipativas de propiedad"⁽⁵⁾ "Urbanizaciones privadas especiales"⁽⁶⁾. El profesor Dr. Luis Moisset De Espanés los llamó "Propiedades múltiples o plurales"; también fueron empleadas denominaciones como "Emprendimientos inmobiliarios", por José María Orelle⁽⁷⁾.

(2) ANDORNO, Luis, O. - LUNA, Daniel, G. - FRICKZ, Norberto, O., *Clubes de campo* (Countries), Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002, p. 34.

(3) MARIANI DE VIDAL, Marina, *Curso de derechos reales*, Zavallá, Buenos Aires, t. II; HIGHTON, Elena - ÁLVAREZ JULIÁ, Luis - LAMBOIS, Susana - WIERZBA, Sandra - DE HOZ, Marcelo, *Nuevas formas de dominio*, cit.; LAMBOIS, Susana, "Los clubes de campo y su implementación jurídica", ED 134-318; OLIVÉ, Rodolfo, y otros, "Expresiones jurídicas de los clubes de campo", *Revista del Notariado*, nro. 759; CAUSSE, Jorge, *Urbanizaciones privadas. Barrios cerrados. Régimen legal en la provincia de Buenos Aires*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1988; PRATESI, Juan Carlos, "Nuevas urbanizaciones y Propiedad horizontal", LL 200-F-1195.

(4) HIGHTON, Elena - ÁLVAREZ JULIÁ, Luis - LAMBOIS, Susana - WIERZBA, Sandra - DE HOZ, Marcelo, *Nuevas formas de dominio*, cit.

(5) ANDORNO, Luis, O. - LUNA, Daniel, G. - FRICKZ, Norberto, O., *Clubes de campo* (Countries), cit.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Tendencias actuales y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano*, Cultural Cuzco, Lima, 1999; También en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, UN Córdoba, 2009 en la Comisión 4, Derechos Reales.

(6) GRIMBERG, Liliana, "Los clubes de campo como urbanizaciones privadas especiales en el Argentina", *Revista del Notariado*, 852-508.

(7) ORELLE, José María, "Financiación de emprendimientos inmobiliarios a través del fideicomiso", LL, Suplemento Especial, "Emprendimientos inmobiliarios", 2006.

II. Clubes de campo

Los llamados "clubes de campo" constituyen una expresión que es en realidad la traducción de la denominación que adoptaron muchos de estos conjuntos urbanísticos, añadiendo a su nombre las palabras inglesas *country club*, que evolucionaron desde sus orígenes, allá por 1930 con Tortugas Country Club y, en la década siguiente, con el Hindú club y el Highland (un desprendimiento de Tortugas country club), en que estaban destinados a una "elite dentro de otra"⁽⁸⁾ y constituían fenómenos inmobiliarios reducidos en números, pasando por una segunda etapa de expansión en la década de 1970 hasta una realidad que en nuestros días puede decirse que abarca un gran número de personas y superficie⁽⁹⁾.

El art. 64 del decreto-ley 8912/1977 de la provincia de Buenos Aires define a los clubes de campo, disponiendo que "Se entiende por club de campo o complejo recreativo residencial a un área territorial de extensión limitada que no conforme un núcleo urbano y reúna las siguientes características básicas: a) Esté localizada en área no urbana; b) Una parte de la misma se encuentre equipada para la práctica de actividades deportivas, sociales o culturales en pleno contacto con la naturaleza; c) La parte restante se encuentre acondicionada para la construcción de viviendas de uso transitorio; d) El área común de esparcimiento y el área de viviendas deben guardar una mutua e indisoluble relación funcional y jurídica, que las convierte en un todo inescindible. El uso recreativo del área común de esparcimiento no podrá ser modificado, pero podrán reemplazarse unas actividades por otras; tampoco podrá subdividirse dicha área ni enajenarse en forma independiente de las unidades que constituyen el área de viviendas".

III. Barrios cerrados

El art. 1º del decreto 27/1998 de la provincia de Buenos Aires dispone que "Se entiende por barrio cerrado (BC) a todo emprendimiento urbanístico destinado a uso residencial predominante con equipamiento comunitario cuyo perímetro podrá materializarse mediante cerramiento".

Se entiende por equipamiento comunitario a las edificaciones e instalaciones destinadas a satisfacer las necesidades de la comunidad en materia de salud, seguridad, educación, cultura, administración pública, jus-

(8) BALLENT, A., "Country life: los nuevos paraísos. Su historia y sus profetas", Block 2, mayo de 1998, citado por COSSARI, Nelson, en ALTERINI, Jorge H. (dir.) - ALTERINI, Ignacio (coord.), *Código Civil y Comercial. Tratado exegético*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. X, p. 10, nota 17.

(9) Conf. COSSARI, Nelson, en ALTERINI, Jorge H. (dir.) - ALTERINI, Ignacio (coord.), *Código Civil y Comercial. Tratado exegético*, cit., t. X, p. 10.

ticia, transporte, comunicaciones y recreación. En cada caso la autoridad de aplicación fijará los requerimientos mínimos, que estarán en relación con la dimensión y funciones del área o zona de que se trate (art. 63, dec. 8912/1977).

La distinción esencial entre ambas urbanizaciones cerradas con fines residenciales estriba en que en el club de campo hay áreas comunes destinadas al esparcimiento colectivo de cierta importancia, mientras que en los barrios cerrados las áreas comunes sólo tienen lo indispensable para el funcionamiento del lugar, no tienen lugares de esparcimiento colectivo —o éstos no son relevantes— y son relevantes sólo las calles y las áreas de circulación interna⁽¹⁰⁾.

En tanto los clubes de campo se emplazan en áreas no urbanas, los barrios cerrados o privados pueden establecerse, en principio, en cualquier área, siempre que la normativa local lo permita⁽¹¹⁾.

Así, el art. 2º del decreto 27/1998 establece que el barrio cerrado podrá localizarse en cualquiera de las áreas definidas por la ordenanza municipal de ordenamiento territorial (urbana, complementaria o rural). En los casos que corresponda, el municipio deberá propiciar el cambio normativo pertinente a fin de dotar al predio de los indicadores urbanísticos, mediante los estudios particularizados.

IV. Otros emprendimientos inmobiliarios

Paralelamente a los emprendimientos de uso residencial mencionados, que satisfacen necesidades habitacionales y recreacionales, se han desarrollado otras modalidades de propiedad con sujeto plural o, como los llama la doctrina, *formas de propiedad coparticipativas* con fines exclusivamente *productivos*, tales como los parques industriales, o con finalidades puramente comerciales, tal el caso de los *shopping centers*.

En el caso de los denominados centros de compras o *shopping centers*, si bien el Código Civil y Comercial los legisla como una especie de conjuntos

(10) ACQUARONE, María T., *Las urbanizaciones y aspectos de tiempo compartido*, Ábaco, Buenos Aires, 1998, ps. 28 y 30, citada por COSSARI, Nelson, en ALTERINI, Jorge H. (dir.) - ALTERINI, Ignacio (coord.), *Código Civil y Comercial. Tratado exegético*, cit., t. X, p. 12, nota 25.

(11) Conf. COSSARI, Nelson, "Panorama de las propiedades coparticipativas", AP Online. Sostiene el autor que la normativa local hace más a normas urbanísticas que varían de ciudad en ciudad o a cuestiones contingentes, como si la vivienda es o no permanente, que no van al núcleo de la figura que es lo que le interesa al derecho privado. No es que se trate de cuestiones menores, dado que de no observarse éstas quizás podría no obtenerse la aprobación de los planos por la autoridad administrativa y los correspondientes permisos de construcción, pero son cuestiones que varían de jurisdicción en jurisdicción.

inmobiliarios (art. 2073, Cód. Civ. y Com.) dentro de los derechos reales (1887, inc. d)), su configuración en este campo del derecho patrimonial merece, sin embargo, opiniones diversas.

Así, existen quienes entienden que los grandes centros de compra tienen, en la práctica, una configuración negocial que escapan a los conjuntos inmobiliarios⁽¹²⁾. Sólo emprendimientos muy modestos, o clásicas galerías comerciales han adoptado o adoptarán este sistema. Y es que cuanto pasemos a los llamados hipermercados de consumo, o *shopping centers*, no hay duda de que éstos invariablemente pertenecen a un solo dueño que celebra luego contratos con los distintos usuarios de los negocios que en ellos se instalan.

Explica por ello Nelson Cossari, citando a Lorenzetti, que en estos emprendimientos existe un empresario que planifica de antemano la manera óptima de obtener un mayor rendimiento y consumo, y los distintos usuarios que contratarán los locales entienden entrar, no en una simple locación sino en una empresa común⁽¹³⁾. Concluye el autor que los grandes centros de compra pueden organizarse como conjuntos inmobiliarios, pero por razones de optimización económica es prácticamente imposible que ello ocurra. Cree que la solución no parece estar dentro de los derechos reales, siendo suficiente los derechos personales para estructurar estos negocios⁽¹⁴⁾.

Creemos que el *shopping center* constituye un fenómeno jurídico complejo. Como sostiene Alicia Puerta de Chacón, presenta elementos subjetivos y objetivos de carácter exclusivo y común, de naturaleza estructural y funcional, que le confiere particularidad a su encuadre legal, sea que el operador jurídico utilice para ello los tipos reales vigentes en nuestro derecho o los vínculos meramente obligacionales. En ambos casos debe respetar un común denominador, cual es la existencia de una *comunidad de intereses*⁽¹⁵⁾.

No se confunden los contratos asociativos con la copropiedad, ni el dinamismo y voluntariedad de aquéllos con el carácter estático e involuntario

(12) COSSARI, Nelson, en ALTERINI, Jorge H. (dir.) - ALTERINI, Ignacio (coord.), *Código Civil y Comercial. Tratado exegético*, cit., t. X.

(13) Sostiene Lorenzetti que en el hipermercado hay una empresa común destinada a la distribución de bienes y servicios a los consumidores que funciona en forma simultánea. Es una red porque sólo funciona si hay una multiplicidad de sujetos interactuando entre sí mediante contratos conexos, conf. LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, t. 1, p. 700.

(14) COSSARI, Nelson, "Panorama de las propiedades coparticipativas", cit.

(15) PUERTA DE CHACÓN, Alicia, "El *shopping center* ¿Una comunidad de intereses?", en RDPyC, Propiedad Horizontal, 2002-2-92, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

de ésta, sino que se trata de afirmar que el fenómeno de *shopping center*, por sus aspectos objetivos (conjunto inmobiliario compuesto de partes de uso privativo y partes de uso común inseparables entre sí) y subjetivos (agrupación empresaria en aras a un fin común), puede calzar en ambas figuras con estas notas caracterizantes⁽¹⁶⁾.

Recuerda Puerta de Chacón, que con relación a los hipermercados de consumo se ha recomendado⁽¹⁷⁾ estructurarlos sobre la base de contratos de colaboración, cuyos caracteres consisten en: a) Perseguir una finalidad común, b) Contar con una organización y control comercial centralizado en la empresa promotora y c) Reservar una participación a la empresa promotora en el producido en la actividad comercial de las empresas integrantes del sistema. Si bien estas notas se predicaron a través de una estructura contractual, estima la autora que la *finalidad común* que persigue la pluralidad de los sujetos (empresarios) y la *organización común* enderezada a alcanzar el fin común, encuentra cauce adecuado tanto en las formas asociativas como en las formas comunitarias que organizan los derechos reales⁽¹⁸⁾. Concluye así la autora que en el ámbito de los derechos reales se aprecia que la *propiedad horizontal* confiere un formato legal apto para contener la realidad física y jurídica del *shopping center*, tanto en el caso de que el interés del propietario sea enajenar el dominio de las unidades, como constituir sobre ellas derechos reales de uso y goce a favor de los terceros⁽¹⁹⁾.

Respecto de los parques industriales coincidimos en sus indudables ventajas urbanísticas, ambientales y económicas. Concentrar en zonas suficientemente alejadas de la población residencial las industrias, es tanto a nivel de planificación urbana como del cuidado del ambiente, sumamente ventajoso. Por otra parte, permite abaratar costos mediante infraestructuras y servicios comunes. Los beneficios resultan evidentes. Nótese que es urbanísticamente más razonable alejar las industrias contaminantes de la ciudad y sus residentes y no viceversa, que los habitantes de los núcleos urbanos se marchen a los clubes de campo⁽²⁰⁾.

(16) PUERTA DE CHACÓN, Alicia, "El *shopping center* ¿Una comunidad de intereses?", cit., p. 92.

(17) Recomendación III de la Comisión 2 del VI Encuentro de Abogados Civilistas, celebrado en 1992, en la Ciudad de Santa Fe.

(18) PUERTA DE CHACÓN, Alicia, "El *shopping center* ¿Una comunidad de intereses?", cit., p. 93.

(19) PUERTA DE CHACÓN, Alicia, "El *shopping center* ¿Una comunidad de intereses?", cit., p. 117. Agrega la autora que esta postura no descarta la viabilidad de un régimen legal y especial para los conjuntos inmobiliarios, de mayor amplitud, con principios comunes y disposiciones especiales, que contemple la propiedad horizontal como uno de los supuestos comprendidos y reconozca otros supuestos comprensivos de los caracteres peculiares de otros complejos (v.gr. clubes de campo, cementerios, etc.).

(20) COSSARI, Nelson, "Panorama de las propiedades coparticipativas", cit.

Por fin también existen emprendimientos que además de fines productivos que conjugan cuestiones habitacionales, como es el caso de los *countryside* de viña, orientados a la producción vitivinícola, pero que incluyen sectores de alojamiento permanente o temporario.

No cabe duda de que estos desarrollos impactan directamente sobre aspectos esenciales del ordenamiento territorial, tales como la preservación del medio ambiente, el equilibrio en la relación de los grupos humanos con su entorno, tanto en lo físico como en lo social, y el resguardo de la tierra apta para su explotación rural a fin de que mantenga el destino que le es propio. Por ello es que, en función de las implicancias urbanísticas de estos emprendimientos, no sólo deben considerarse las normas de la legislación de fondo, en relación a los derechos que adquieren sus titulares, sino, además, reglamentaciones locales que, en uso de sus poderes reservados, las provincias y municipios dictan vinculadas a la preservación y uso del suelo, sus factores de ocupación, las zonas de usos específicos y su compatibilidad con usos específicos, entre otros⁽²¹⁾.

V. Régimen legal de los conjuntos inmobiliarios con anterioridad a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación

La aparición de emprendimientos inmobiliarios generó la necesidad de establecer el marco legal aplicable a estas nuevas formas de propiedad. La posibilidad de estructurar legalmente estas formas participativas como *derechos reales* tuvo algunos inconvenientes, ya que los *tipos* de derechos reales previstos por la ley de fondo no lograron satisfacer plenamente las modalidades jurídicas requeridas por estos complejos, pues los moldes clásicos de los derechos reales fueron concebidos por el Código Civil derogado para dar respuesta a otras realidades jurídicas.

A ello debe agregarse la incidencia del orden público en el campo de los derechos reales que, tipificados legalmente en número limitado, la ley prohíbe la creación convencional de nuevos derechos reales o la modificación de la estructura de los existentes (art. 2502, Cód. Civ. derogado, y art. 1884, Cód. Civ. y Com.).

La consideración como *derechos personales* planteó la necesidad de unir los derechos de los adquirentes a una persona jurídica, como puede ser una sociedad comercial, asociación civil, o cooperativa, donde los accionistas o socios accedían a las partes comunes del ente⁽²²⁾.

(21) CAUSSE, Jorge, *Urbanizaciones privadas. Barrios cerrados. Régimen legal en la provincia de Buenos Aires*, cit., p. 17.

(22) MOLINA QUIROGA, Eduardo, "Nuevos Derechos Reales en el Código Civil y Comercial de la Nación", *Conjuntos inmobiliarios y cementerios privados*, Infojus del 29/4/2015.

El tratamiento jurídico de los derechos de los titulares de estos emprendimientos como derechos personales, utilizando la normativa societaria, tampoco estuvo desprovista de reparos, pues en la tradición jurídica de nuestro país el adquirente de estos emprendimientos (clubes de campo, barrios cerrados) pretende ser titular de un *derecho de propiedad*, mas compatible con los derechos reales, en tanto que inherentes al objeto, oponibles *erga omnes*, perpetuos y defendibles mediante acciones reales.

Sin un ordenamiento nacional de fondo que regulara el marco normativo de estas urbanizaciones, las provincias, a su turno, en uso de su poder de policía urbanístico, han ido legislando a fin de brindar un marco legal a esta imparable realidad, en la que están comprometidos tanto intereses públicos —especialmente los de la comunidad donde ellas se asientan— como los de los particulares que adquieren derechos a su respecto⁽²³⁾.

Sin embargo, debe advertirse que el poder de policía urbanístico no comprende atribuciones expresamente conferidas por las provincias al Estado federal, cuales son las competencias en materia de legislación de fondo a las que se vinculan la creación de nuevos derechos reales (art. 75, inc. 12, CN; art. 2502, Cód. Civ.; art. 1884, Cód. Civ. y Com.)⁽²⁴⁾.

No había dudas, como señala Molina Quiroga, que el régimen legal que estructurara jurídicamente estos complejos correspondía ser sancionado por el Congreso Nacional, por tratarse de derechos patrimoniales (art. 75, inc. 12, CN), ya que las normas que en ejercicio de su poder de policía sancionaran las provincias no pueden rebalsar las facultades propias de aquel poder avanzando sobre la organización jurídica que debe adoptar el club de campo⁽²⁵⁾.

(23) ABELLA, Adriana, N. - MARIANI DE VIDAL, Marina, "Clubes de campo y barrios cerrados. Cerramiento y vías de circulación interna", LL 2005-F-1082.

(24) El poder de policía reservado por las provincias sin duda obedece al cúmulo de potestades reservadas en virtud de la distribución de competencias entre el Estado federal y los Estados miembros.

Atento a la falta de delegación expresa (art. 121 del CN), las provincias sí conservan atribuciones inherentes a la regulación y uso del suelo y el desarrollo urbano. Así el art. 2075 del Cód. Civ. y Com., entre otras normas, determina que todos los aspectos relativos a las zonas autorizadas, dimensiones, usos, cargas y demás elementos urbanísticos correspondientes a los conjuntos inmobiliarios, se rigen por las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción.

(25) Conf. MOLINA QUIROGA, con cita de STRATTA, Alicia, "Las urbanizaciones especiales. Su organización y régimen dominial. Acotaciones el decreto 9404/86 de la Provincia de Buenos Aires", ED del 25/2/1987; También HIGHTON, Elena - ÁLVAREZ JULIÁ, Luis - LAMBOIS, Susana - WIERZBA, Sandra - DE HOZ, Marcelo, *Nuevas formas de dominio*, cit.

a) *Aplicabilidad de las normas de los derechos personales*

Una primera modalidad en la aplicación de los derechos personales consistió en recurrir las formas asociativas, que tienen la ventaja de no encontrarse sujetas al *numerus clausus*, sistema adoptado por nuestra legislación en materia de derechos reales, pero también tiene las desventajas de estar supeditadas al manejo de una correcta administración, como asimismo a la suerte de la conducción negocial, sobre todo cuando se han hecho importantes inversiones⁽²⁶⁾.

En estos casos, la sociedad o asociación es la titular de la totalidad de las áreas que comprende el emprendimiento, y la participación de los socios o asociados está representada por una *acción* (en el caso de que el tipo societario adoptado fuese la sociedad anónima) que les otorga el derecho de usar y gozar de los bienes de uso exclusivo y común del complejo, de conformidad y con las limitaciones estatutarias de la sociedad en la se causa la participación.

Otra modalidad en la utilización de las normas de los derechos personales implicó la participación o la incorporación sucesiva de los adquirentes a una persona jurídica, como una sociedad anónima o a asociación, desprovista de fines lucrativos, otorgando así al adquirente una acción representativa de su participación en la sociedad propietaria de las áreas comunes y de esparcimiento. Dicha participación, que se adquiere en forma simultánea a la adquisición de una parcela independiente, encuentra su causa en ella y es accesoria e inescindible de la titularidad de dicha parcela.

En este último caso, en rigor de verdad se acudió a la combinación de la figura societaria y la del derecho real de dominio del socio o asociado e forma inescindible.

Destaquemos que la participación en entes societarios implica la titularidad de un derecho participacional complejo, de naturaleza no necesariamente creditoria, en la que la noción de aporte a la persona jurídica para la consecución de un fin mediante el empleo del capital aportado tampoco parece, a pesar de su aparente bondad, resolver cuestiones como la duración del ente, el carácter ajeno de los bienes de propiedad del ente, no de sus miembros, la gestión de los mismos, o la intransferibilidad de las participaciones en el caso de las cooperativas, entre otras cuestiones. A pesar de ello, la utilización de la figura societaria permitió sortear varias dificultades como la relacionada con la necesidad de una representación

(26) Conf. CORNA, Pablo M., *Club de campo y barrios cerrados: Administración, aspectos sociales, jurídicos y contables*, Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Buenos Aires, 2011, p. 50.

orgánica y unificada, y la agilidad y dinámica propias del régimen asambleario en las sociedades, entre otras.

En este sentido, las reglamentaciones locales, como el caso de la provincia de Buenos Aires, previeron la posibilidad de que una entidad sea propietaria de las áreas recreativas que los titulares de unidades independientes integrasen o a las que se adhieran en calidad de socios, asociados o accionistas, como el inc. a) del decreto 9404/1986 respecto de los clubes de campo, y el decreto 27/1998 para los barrios cerrados que optaran por el régimen del decreto 9404/1989 (art. 10)⁽²⁷⁾.

b) *Aplicabilidad de las normas de los derechos reales*

b.1) *La servidumbre*

Si se consideran los elementos estructurales comunes a estas formas de propiedad, se advierte en ellos un denominador común cual es la existencia inescindible e interdependiente de sectores susceptibles de uso exclusivo y sectores de *uso común*, que se vinculan con finalidades diversas, dependiendo del tipo de emprendimiento.

Así, el decreto 9404/1986, reglamentario de la ley 8912, caracteriza a los clubes de campo, estableciendo que constituyen una especie de los denominados complejos urbanísticos o urbanizaciones especiales, caracterizados por regirse de acuerdo con un plan urbanístico especial, la existencia de múltiples inmuebles o unidades parcelarias con independencia jurídica, un similar destino funcional, disponibilidades de áreas de uso común y prestación de servicios generales y eventual existencia de una entidad prestataria de los servicios y propietaria de los bienes comunes, que integran los titulares de las parcelas residenciales.

La coexistencia de parcelas independientes de uso residencial y áreas comunes recreativas y de prestación de servicios, puede concebirse mediante la *propiedad de ambas partes*, o bien mediante la propiedad de la parte privativa y una *servidumbre real* sobre el sector de uso común, de *propiedad ajena*, en beneficio del propietario de la parte privativa.

La segunda alternativa combina el dominio de la parte privativa con el derecho real de servidumbre sobre los sectores de uso común, que en virtud del principio romano *nemini res sua servit* (no puede constituirse ser-

(27) Que establece que "Los barrios cerrados deberán gestionarse a través de la Ley Nacional 13.512 de Propiedad Horizontal sin vulnerar los indicadores contenidos en el artículo 52 del decreto Ley 8912/77 u optar en lo pertinente por el régimen jurídico establecido por el decreto 9404/86".

vidumbre sobre la cosa propia)⁽²⁸⁾, debe delimitarse físicamente en forma *independiente* de la parte privativa y *pertenecer* jurídicamente a otra *persona*, pues como dijimos, no puede constituirse servidumbre sobre el fundo propio, ni aun respecto de aquel poseído pro indiviso. Sin embargo, a pesar de la titularidad dominial diversa, la servidumbre es accesoria e inescindible del dominio de la parcela residencial independiente, es decir, existe interdependencia jurídica y funcional entre ambos sectores de propiedad de diferentes dueños que impide actos dispositivos que no comprendan simultáneamente a ambos.

Este fue el caso de los clubes de campo, pues el inc. a) del art. 1º del dec. 9404/1986, reglamentario el de la ley 8912/1977 (de ordenamiento territorial y uso del suelo), establece que "Los clubes de campo que se constituyan conformes al régimen específico del Decreto-Ley 8912/77 y en base a la creación de parcelas de dominio independiente, se sujetarán a las siguientes disposiciones: a) *Una entidad jurídica que integren o a la que se incorporen los propietarios de cada parcela con destino residencial será titular del dominio de las áreas recreativas o de esparcimiento y responsable de la prestación de los servicios generales*".

El inc. b) del art. 1º del dec. 9404/1986 dispone que los estatutos de la entidad deberán incluir previsiones expresas referidas a la incorporación de los adquirentes de cada parcela; representación, derechos y deberes de los

(28) Así el art. 2985 del Cód. Civ. establecía que "Ninguna servidumbre puede ser establecida a cargo de un fundo común a varios, sin que todos los condóminos concurren al acto de su constitución". En la nota, Vélez, siguiendo a las Partidas, el Digesto, Pardessus, Molitor y Maynz, se pregunta: ¿Se puede tener una servidumbre sobre un fundo de que la persona es copropietario "pro indiviso"? ¿Se puede tener a favor de un fundo de que la persona es propietaria "pro indiviso", una servidumbre sobre su propio fundo? Estas cuestiones se resuelven de distintos modos, según la época en que la indivisión ha comenzado. Es preciso ante todo, averiguar si la constitución de la servidumbre es anterior o posterior a la indivisión, porque cuando se trata del establecimiento de una servidumbre, la resolución es diferente a cuando se trata de la conservación de una servidumbre ya establecida. Cuando se trata del establecimiento de una servidumbre, *la regla de que no hay servidumbre en cosas propias, combinada con el carácter de individualidad de que son afectas todas las servidumbres*, produce esta consecuencia, que *no se puede adquirir ni para el fundo propio una servidumbre a cargo de un fundo del cual es copropietario "pro indiviso", ni para el fundo que se posee "pro indiviso", una servidumbre a cargo de su propio fundo*. La razón es, que cuando es uno copropietario del uno o del otro fundo, no podría haber servidumbre sino sobre una porción indivisa, lo que fundadamente es imposible porque la servidumbre, siendo indivisible, no se adquiere por una porción indivisible. Lo marcado nos pertenece. Si bien el artículo y su nota se refieren a la falta de legitimación *individual* del condómino para crear servidumbre a favor o sobre un fundo poseído pro indiviso, creemos que tal imposibilidad también se hace extensiva a la eventual constitución de servidumbre *por todos* los condóminos *sobre otro fundo que todos poseen pro indiviso*, pues aquí se advierte con más claridad la *existencia de una servidumbre sobre una cosa totalmente propia*.

miembros, administración del club, determinación de las áreas y espacios que conforman su patrimonio inmobiliario, servicios generales a asumir y modo de afrontar los gastos comunes, servidumbre reales y restricciones urbanísticas previstas y toda otra disposición destinada a asegurar el correcto desenvolvimiento del club según el proyecto propuesto.

Respecto de la aplicabilidad de las servidumbres a los clubes de campo, el mismo decreto establece que "A los efectos de cumplimentar lo dispuesto por el art. 64 inc. b) del dec.-ley 8912/77, con simultaneidad a la transmisión del dominio de cada parcela perteneciente al área de viviendas, deberá constituirse el *derecho real de servidumbre de uso sobre las áreas de esparcimiento*, el que deberá constar como restricción en el plano de subdivisión pertinente".

De manera que el dec. 9404/1986 combina el derecho real de dominio sobre las parcelas independientes con el derecho real de servidumbre a favor de dicha parcela como fundo dominante, la que recae sobre las áreas de esparcimiento y prestación de servicios comunes, de titularidad de una entidad (sociedad o asociación) como fundo sirviente, que integran o a la que se incorporen los propietarios de cada parcela independiente en calidad de socios o asociados. Ambos derechos reales son jurídica y funcionalmente inescindibles e interdependientes.

b.2) *El condominio*

El derecho real de condominio, que implica la titularidad común por varias personas sobre una cosa mueble o inmueble por una parte indivisa (art. 2673, Cód. Civ.), en el ámbito de estos emprendimientos, también fue utilizado. En rigor de verdad, las normas del condominio no resultaron plenamente satisfactorias si se piensa en las facultades concurrentes que los condóminos tienen sobre la cosa común y el carácter temporal e inestable de la indivisión, en virtud de la *vocación partible* del condominio en la Argentina.

Así, si bien el condominio es un derecho real de sujeto plural, las potestades de los condóminos sobre la cosa común distan de ser exclusivas, pues sin perjuicio del uso exclusivo sobre partes determinadas de una cosa y el uso común sobre otras, el derecho real siempre se ejerce por una parte indivisa sobre *toda* la cosa material, considerada como *unidad*, y está sujeto a la eventual acción irrenunciable de partición por todo condómino en cualquier tiempo.

El uso común de la cosa no presentaría mayores obstáculos siempre que por la naturaleza de la cosa sea ejercido teniendo en cuenta el derecho de los demás condóminos y conforme al destino de la cosa. El mayor obstáculo

deriva de la naturaleza temporal de la indivisión, pues a pesar de que los condóminos puedan pactar la indivisión de la cosa común, dicho convenio no puede exceder el plazo de 5 años, en el marco del Código derogado, sin perjuicio de su renovación periódica por los condóminos (arts. 2693 y 2715, Cód. Civ.).

El pacto de renovación periódico, que se utilizó frecuentemente en la práctica, era de dudosa legalidad, pues un convenio semejante, que deje indivisa la cosa común en forma permanente importa, en el régimen del condominio, una *renuncia indefinida* a pedir la partición, *violatoria* de una norma imperativa que dispone que los condóminos no pueden renunciar de manera indefinida a pedir la división de la cosa común (art. 2693, Cód. Civ.).

A pesar de la posible aplicación de las normas de la indivisión forzosa inherentes a los accesorios indispensables al uso común de dos o más heredades pertenecientes a diferentes condóminos (art. 2710, Cód. Civ.), tampoco pudieron superarse en la práctica cuestiones relativas a la administración de la cosa común, en función de la falta de una representación orgánica respecto de la gestión de los bienes comunes y el cobro de las erogaciones originadas por gastos de conservación, reparación y servicios comunes. A todo ello deben sumarse las dificultades de funcionamiento que impone el condominio respecto del régimen de quorum y mayorías, previstos por el legislador de 1870 para regular una comunidad incidental con vocación partible (arts. 2699 y ss., Cód. Civ.).

b.3) *La propiedad horizontal*

El derecho real de propiedad horizontal fue el derecho real que más pareció adecuarse para determinar el marco legal aplicable a los emprendimientos, lo que contó tanto con el beneplácito de la mayoría de la doctrina, como con favorables conclusiones y sugerencias emitidas en encuentros científicos, como las Jornadas Nacionales de Derecho Civil⁽²⁹⁾.

Sin embargo, la aplicabilidad de la propiedad horizontal enfrentó una importante limitación proveniente de los arts. 1º y 2º de la derogada ley 13.512 en el sentido de que el objeto del derecho real de propiedad horizontal lo constituye una unidad funcional edificada, de un edificio, lo que en la práctica dificultó la comercialización de parcelas en construcción o no edificadas respecto de unidades independientes con destino residencial, en la medida en que el derecho real de propiedad horizontal debía siempre

(29) Así, la VII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal de 1978; La XVII Jornada Notarial Argentina de 1978, y las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Córdoba en 2009.

recaer sobre una unidad funcional de *existencia actual y determinada* de un edificio.

Debe advertirse, además, que en la estructura del derecho real de propiedad horizontal previsto por la ley 13.512, el terreno constituye una cosa necesariamente común, en virtud del principio de accesión inversa por el que el terreno es una cosa común accesoria de la unidad funcional principal (art. 2º, ley 13.512), lo que a la postre impedía la comercialización de una parcela independiente respecto de una unidad aún no construida. Dicho acto de enajenación, en el ámbito de la propiedad horizontal, implicaba disponer de una cuota parte indivisa accesoria (terreno) de una cosa futura (unidad residencial construida), lo que era jurídicamente imposible por inexistencia de cosa actual e imposibilidad de disponer de lo accesorio sin lo principal; con lo que la contratación debía necesariamente caer bajo la égida de los *derechos personales*.

Sin embargo, el dec. 2489/1963 de la provincia de Buenos Aires permitió la inscripción de títulos de constitución, transferencia, modificación o extinción de derechos reales, comprendidos en el régimen de la ley 13.512, previa aprobación del "Plano proyecto de obra", en los casos de edificios a construir o en construcción; "Plano final de obra": Cuando se trate de edificios construidos y "Plano de mensura de división según el régimen de la ley 13.512": que delimite esquemáticamente a cada uno de los departamentos y locales que sean de dominio individual en los casos de los incisos a) y b) (art. 1º).

Conforme al art. 6º del mismo decreto: "Podrán ser inscriptos en el Registro de la Propiedad instrumentos que formalicen los actos referidos en el artículo 1 del presente Decreto si las partes exclusivas y comunes de edificios en construcción o a construir reúnen según los casos, las siguientes condiciones:

1. Las unidades de dominio exclusivo a construir o en construcción cualquiera que sea el estado de ejecución de la obra, siempre que las mismas *constituyan cuerpos independientes de edificación*.

2. Las unidades de dominio exclusivo sin independencia constructiva cuando el edificio en construcción tenga concluido los servicios y partes comunes necesarios e indispensables para el buen funcionamiento del mismo, pudiendo carecer de los revoques finos, pinturas, solados, cielos rasos, revestimientos y otros detalles complementarios y estéticos que no perturben la seguridad, solidez y funcionamiento del edificio..."

Es decir, que mediante el dec. 2489/1963, de aplicación en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, fue posible autorizar escrituras de consti-

tución de derechos reales conforme a la ley 13.512, respecto de unidades *a construir o en construcción*, previa aprobación del *plano de proyecto de obra* y el *plano de mensura de división* según el régimen de la ley 13.512, y su posterior inscripción registral, siempre que existieran partes exclusivas y comunes de edificios en construcción o a construir, y las unidades de dominio exclusivo a construir o en construcción cualquiera que sea el estado de ejecución de la obra, constituyan *cuerpos independientes de edificación*.

VI. Los conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial

El título IV del Libro Cuarto del Código Civil y Comercial, trata, dentro de género "Conjuntos inmobiliarios", a la especie, "Conjuntos inmobiliarios", en los artículos 2073 a 2113.

Resulta criticable la metodología legislativa, pues dentro del capítulo cuyo acápite lleva el *nombre genérico* de "Conjuntos inmobiliarios", como adelantamos, se incluye una *especie* con la misma denominación. Así dice Alterini que, si se observa el ingreso de la nómina de los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido y el cementerio privado, se trata de posibles objetos de derechos reales sobre los que éstos pueden recaer, pero en verdad, apuntando al objeto se olvida que la enumeración, y posterior regulación, es de los derechos reales y no del asiento de ellos. Hubiera sido preferible que la enumeración englobara a todas las nuevas formas como "propiedades especiales" sin perjuicio de las matizaciones de régimen propias de unas u otras, pero siempre propiedades, idea que apunta a la titularidad y no al objeto de ellas⁽³⁰⁾.

La denominación conjuntos inmobiliarios como género también resulta criticable para Mariani de Vidal y Abella pues, como bien sostienen las autoras, por lo menos en teoría, las cosas muebles podrían ser objeto único del derecho real de tiempo compartido como lo deduce el art. 2087 y especialmente la doctrina del art. 2089⁽³¹⁾.

Lo cierto es que conforme a la actual redacción y su ubicación en el Código Civil y Comercial, puede sostenerse que los emprendimientos o urbanizaciones que estamos estudiando constituyen, como sostiene la doctrina, una *especie*, o "Conjuntos inmobiliarios en *sentido estricto*" que regulan los arts. 2073 y ss. del Cód. Civ. y Com., dentro del género "Conjuntos inmobiliarios".

(30) Conf. ALTERINI, Jorge H., "Primeras consideraciones sobre los derechos reales en el Proyecto de Código", LL 2012 E-898.

(31) ABELLA, Adriana, N. - MARIANI DE VIDAL, Marina, "El tiempo compartido en el proyecto de Código", LL 2013 C-679.

A. Concepto de conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial

El art. 2073 del Cód. Civ. y Com. establece que "Son conjuntos inmobiliarios los clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, o cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquellos que contemplan usos mixtos, con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas locales".

La noción de conjuntos inmobiliarios en sentido estricto trasciende pues a los emprendimientos con fines exclusivamente residenciales, como los clubes de campo y barrios cerrados o privados, y además comprende aquellos con fines comerciales, empresariales industriales o laborales, como los parques industriales, empresariales o náuticos y cualquier otro emprendimiento urbanístico, con independencia del destino, incluyendo aquellos que contemplan usos mixtos, es decir, los emprendimientos urbanísticos que combinen ambas finalidades.

Los conjuntos inmobiliarios constituyen situaciones jurídicas comunitarias de índole funcional originadas en el aprovechamiento que hace una pluralidad de sujetos de un inmueble o conjunto de inmuebles, integrados por partes privativas y sectores, cosas y servicios comunes o de uso común, indisolublemente unidos⁽³²⁾.

El Código Civil y Comercial somete a los conjuntos inmobiliarios al cumplimiento de las normas administrativas locales. Las reglamentaciones locales aplicables a cada jurisdicción importan una notable limitación, a punto tal que tanto la *localización* de los conjuntos inmobiliarios, como sus *límites perimetrales* y el *control de acceso* mediante cerramientos deben adecuarse a lo establecido por las reglamentaciones provinciales o municipales en función de aspectos urbanísticos y de seguridad (art. 2079, Cód. Civ. y Com.). Así, el Código ha delegado en las reglamentaciones locales todos los aspectos relativos a las zonas autorizadas, dimensiones, usos, cargas y demás elementos urbanísticos correspondientes a los conjuntos inmobiliarios (art. 2075, *primer párrafo*, Cód. Civ. y Com.).

El art. 2074 del Cód. Civ. y Com. determina los elementos característicos de los conjuntos inmobiliarios y dispone que "Son elementos característicos de estas urbanizaciones, los siguientes: cerramiento, partes comunes

(32) TRANCHINI, Marcela, H., en LAFAILLE, Héctor - ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los derechos reales*, 2ª ed. actual. y ampl., La Ley - Ediar, Buenos Aires, 2010, t. VI, nro. 2385, ps. 33 y 34.

y privativas, estado de indivisión forzosa y perpetua de las partes, lugares y bienes comunes, reglamento por el que se establecen órganos de funcionamiento, limitaciones y restricciones a los derechos particulares y régimen disciplinario, obligación de contribuir con los gastos y cargas comunes y entidad con personería jurídica que agrupe a los propietarios de las unidades privativas. Las diversas partes, cosas y sectores comunes y privativos, así como las facultades que sobre ellas se tienen, son interdependientes y conforman un todo no escindible".

De las normas transcriptas, podemos inferir que en el derecho argentino vigente los conjuntos inmobiliarios constituyen emprendimientos urbanísticos independientes con finalidades diversas, en los que sus titulares son propietarios exclusivos de partes privativas y copropietarios de partes, sectores, bienes y servicios comunes mediante un condominio de indivisión forzosa y perpetua, hallándose las distintas partes y bienes privativos y comunes, como las facultades que sobre ellas se tienen, interdependiente e inescindiblemente unidos.

Se trata de un *derecho real* (arts. 1887 y 2073, Cód. Civ.) principal, que recae sobre cosas inmuebles registrables, total y parciamente propias, ejercitable por la posesión, (arts. 1888, 1890 y 1891, Cód. Civ. y Com.), para cuya adquisición es necesaria la concurrencia de *título y modo suficientes* (arts. 750, 1892, 1924 y concs., Cód. Civ. y Com.), y cuya oponibilidad está sometida a las normas inherentes a la *publicidad suficiente* en materia de inmuebles (arts. 1882, *in fine*, 1886, 1893, Cód. Civ. y Com. y normas concordantes sobre publicidad registral *declarativa* y *posesoria*, según fuere el caso).

Seguidamente, podemos enumerar los elementos estructurales de estos emprendimientos:

1. Emprendimiento urbanístico con comunidad de intereses de diversa índole.
2. Existencia de partes y lugares de propiedad y uso privativo y bienes, servicios y áreas de propiedad y uso común.
3. Estado de indivisión forzosa y perpetua de las partes, lugares y bienes comunes.
4. Interdependencia funcional y jurídica e inescindibilidad de las partes y sectores privativos y comunes, como de las facultades que sobre ellas se tienen.
5. Cerramiento de límites perimetrales sujeto a la reglamentación local.

6. Reglamento por el que se establecen órganos de funcionamiento, limitaciones y restricciones a los derechos particulares y régimen disciplinario.
 7. Obligación de contribuir con los gastos y cargas comunes.
 8. Entidad con personalidad jurídica que agrupe a los propietarios.
- B. *Los conjuntos inmobiliarios como derecho real de propiedad horizontal especial. Crítica. Implicancias jurídicas*

El segundo párrafo de art. 2075 del Cód. Civ. y Com. dispone: "Todos los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal establecida en el Título V de este Libro, con las modificaciones que establece el presente Título, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial".

De esta forma no cabe duda de que los conjuntos inmobiliarios quedan gobernados por las normas de los derechos reales y, concretamente, por las inherentes a la propiedad horizontal, que establece el título V de Libro IV, conformando a esos efectos un *derecho real de propiedad horizontal especial* en virtud de las modificaciones que introduce el título VI del mismo Libro (IV), relativo a los conjuntos inmobiliarios.

Creemos que, sin perjuicio de estar enumerados los conjuntos inmobiliarios en sentido estricto en un inciso diferente (inc. d]) respecto del derecho real de propiedad horizontal (inc. c]), en el art. 1887 del Cód. Civ. y Com., la pretendida autonomía implica una redundancia técnica en la medida en que los conjuntos inmobiliarios en sentido estricto son una *especie* del derecho real de propiedad horizontal (art. 2075, Cód. Civ. y Com.), con lo que hubiera sido suficiente legislarlo en un capítulo del título V, dentro del tratamiento del derecho real de propiedad horizontal.

En este sentido, Alterini expresa: "Si en esencia los conjuntos inmobiliarios se someten a la propiedad horizontal, por más que esta pueda presentar algunas matizaciones en la modalidad en análisis, no luce como congruente crear un nuevo derecho real en virtud de tales matices. El dominio imperfecto no deja de ser dominio; el condominio sin indivisión forzosa y los con indivisión forzosa, son todos condominios. Los derechos de construir, plantar o forestar y el derecho sobre la propiedad superficiaria (construcción, plantación o forestación ya existente) son todos ellos abarcados como el derecho de superficie; son indistintamente usufructos los que recaen sobre cosas no fungibles, derechos, conjuntos de animales o una herencia. El género servidumbre engloba múltiples manifestaciones especiales; puede haber prenda de cosas y de créditos, y el único derecho real es el de prenda. Ante los ejemplos enunciados insisto

en que no se presenta como feliz que ante las simples peculiaridades de los conjuntos inmobiliarios se los quiera tipificar como un derecho real específico, cuando se dice que es un derecho real de propiedad horizontal especial⁽³³⁾.

La tipificación legal de los conjuntos inmobiliarios como derecho real de propiedad horizontal especial tiene importantes implicancias jurídicas, cuyo marco normativo lo distingue respecto del empleado en los emprendimientos preexistentes a la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación.

Las connotaciones técnicas, que enunciaremos y estudiaremos a continuación, están relacionadas con: a. Determinación de la unidad funcional como construida o en proceso de construcción; b. Enumeración como necesariamente comunes o de uso común las partes y lugares del terreno destinadas a vías de circulación, acceso y comunicación, y las destinadas al desarrollo de actividades deportivas, recreativas y sociales, instalaciones y servicios comunes; c. Obligación de contribuir a los gastos y cargas comunes con las garantías que rodean al crédito por expensas; d. Derecho de preferencia frente a la transmisión de unidades.

a) *La unidad funcional: construida o en proceso de construcción*

La aplicabilidad a los conjuntos inmobiliarios de las normas de la propiedad horizontal implica la existencia de partes privativas de titularidad dominial independiente y partes, servicios y sectores de propiedad común, funcional y jurídicamente interdependientes⁽³⁴⁾, que en el ámbito de los conjuntos inmobiliarios debe ejercerse dentro del marco de la *normativa específica* de dichos emprendimientos y con los límites y restricciones del Reglamento de propiedad Horizontal de los conjuntos inmobiliarios (art. 2078, Cód. Civ. y Com.).

De conformidad con lo establecido por el art. 2039 del Cód. Civ. y Com., el derecho de propiedad horizontal se determina en la *unidad funcional*, pero en el ámbito específico de los conjuntos inmobiliarios, la parte privativa constitutiva de la *unidad funcional* puede hallarse construida o en proceso de construcción, y debe reunir los requisitos de independencia

(33) Conf. ALTERINI, Jorge H., "Primeras consideraciones sobre los derechos reales en el Proyecto de Código", Academia Nacional de Derecho, 2012 (septiembre), p. 1.

(34) El art. 2037 del Cód. Civ. y Com. establece que "La propiedad horizontal es el derecho real que se ejerce sobre un inmueble propio que otorga a su titular facultades de uso, goce y disposición material y jurídica que se ejercen sobre partes privativas y sobre partes comunes de un edificio, de conformidad con lo que establece este Título y el respectivo reglamento de propiedad horizontal. Las diversas partes del inmueble así como las facultades que sobre ellas se tienen son interdependientes y conforman un todo no escindible".

funcional según su destino y salida a la vía pública por vía directa o indirecta (art. 2077, Cód. Civ. y Com.).

Como elemento trascendente el Código Civil y Comercial dispone que integra el concepto de unidad funcional aquel sector privativo en proceso de construcción que, interpretado en forma amplia, permite además comprender no sólo a las unidades en proceso de construcción, sino además a las unidades a *construir*, es decir, a aquellas que no existen aun físicamente, pero han sido *proyectadas* en planos de subdivisión bajo el régimen de los conjuntos inmobiliarios⁽³⁵⁾.

Así se superan los obstáculos que otrora impidieron comercializar a la unidad funcional como parte privativa cuando esté meramente proyectada en los respectivos planos de subdivisión aprobados por la autoridad competente.

b) *Cosas y partes necesariamente comunes*

La posibilidad de realizar negocios inherentes a la unidad funcional a construir se ve favorecida en el régimen actual de los conjuntos inmobiliarios en sentido estricto, además, por el hecho que, en este ámbito, el terreno reviste *naturaleza privativa* cuando la unidad funcional se halle sólo proyectada. Contrariamente, en el derecho de propiedad horizontal regulado en el título V, el terreno, como accesorio de la unidad funcional constituye una parte indivisa que comprende la titularidad de la misma. En este sentido, el art. 2041, inc. a), Cód. Civ. y Com., determina el carácter necesariamente común del terreno.

Respecto de las partes o lugares comunes, el art. 2076 del Cód. Civ. dispone que "Son necesariamente comunes o de uso común las partes y lugares del terreno destinadas a vías de circulación, acceso y comunicación, áreas específicas destinadas al desarrollo de actividades deportivas, recreativas y sociales, instalaciones y servicios comunes, y todo otro bien afectado al uso comunitario, calificado como tal por el respectivo reglamento de propiedad horizontal que regula el emprendimiento. Las cosas y partes cuyo carácter de comunes o propias no esté determinado se consideran comunes".

(35) En tal sentido Saucedo entiende que están incluidas en las diversas operatorias jurídicas y en el tráfico inmobiliario, las unidades funcionales construidas y concluidas como tales (con destino de vivienda, oficina comercial, industria, etc.), las unidades funcionales "a construir", (es decir las que están meramente proyectadas en un plano aprobado de subdivisión por el régimen de los conjuntos inmobiliarios, pero que no existen en los hechos como bienes raíces) y las unidades funcionales "en construcción" (o sea, las que aún no cuentan con el final de obra que las dé de alta, de manera definitiva y las equipare con las primeras), conf. SAUCEDO, Ricardo, J., en RIVERA, Julio, C. - MEDINA, Graciela (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2014, t. IV, p. 620.

De manera que *sólo* revisten naturaleza común las partes y lugares del terreno destinadas a vías de circulación, acceso y comunicación, áreas afectadas al uso comunitario (destinadas al desarrollo de actividades deportivas, recreativas y sociales, instalaciones y servicios comunes). Debemos advertir que la propiedad inescindible de las partes privativas y comunes, así como las facultades sobre ellas, produce en este ámbito algunas consecuencias:

1. La interdependencia funcional y jurídica respecto de la propiedad de la parte privativa y las áreas comunes implica que las facultades materiales y jurídicas deban ejercerse respecto de cada parte, en forma conjunta, habida cuenta de la indispensable accesoriedad existente entre ambas. Dichas facultades se encuentran normalmente limitadas por las restricciones y limitaciones legales y reglamentarias en función de la naturaleza y destino de ambas partes (arts. 2078 y 2080, Cód. Civ. y Com.). Así, siempre dentro de la normativa de los conjuntos inmobiliarios, entendemos que resulta de aplicación lo establecido por el art. 2045 del Cód. Civ. y Com. que luego de disponer que cada propietario puede, sin necesidad de consentimiento de los demás, enajenar la unidad funcional que le pertenece, o sobre ella constituir derechos reales o personales, agrega: "la constitución, transmisión o extinción de un derecho real, gravamen o embargo sobre la unidad funcional, comprende a las cosas y partes comunes y a la unidad complementaria, y no puede realizarse separadamente de éstas".

2. Las limitaciones o restricciones de cualquier índole a los dominios particulares, como la creación de *servidumbres* u otros derechos reales que pueda establecer el reglamento de propiedad horizontal, de acuerdo con las normas administrativas aplicables (arts. 2080 y 2084, Cód. Civ. y Com.), sólo podrán establecerse entre los conjuntos inmobiliarios entre sí, o respecto de terceros conjuntos, pero *jamás podrán constituirse en beneficio de, o gravar la parte privativa o de los sectores comunes de un mismo conjunto inmobiliario*, habida cuenta del carácter inescindible de dicha titularidad.

3. La entidad con personalidad jurídica que sea titular del crédito por expensas de administración, conservación, reparación y mejora de las áreas comunes de esparcimiento y servicios será el *consorcio* (arts. 2044 y 2074, Cód. Civ. y Com.) que agrupe a los *propietarios quienes serán titulares de los bienes comunes*, mas *no la entidad consorcio*. Pues, aun cuando el consorcio constituye una *persona jurídica* distinta de los miembros que lo componen (arts. 2044 y 2074, Cód. Civ. y Com.) con nombre, domicilio, capacidad patrimonial, patrimonio propio y estructura orgánica independiente, cabe entender, sin embargo, que su activo patrimonial *no* está compuesto por *los bienes, sectores o servicios comunes* los que siempre pertenecen en copropiedad indivisa forzosa y perpetua a los propietarios titulares de los conjuntos inmobiliarios (art. 2074, Cód. Civ. y Com.).

C. Contribución a los gastos y cargas comunes con las garantías que rodean al crédito por expensas

El art. 2081 del Código Civil y Comercial dispone: "los propietarios están obligados a pagar las expensas, gastos y erogaciones comunes para el correcto mantenimiento y funcionamiento del conjunto inmobiliario en la proporción que a tal efecto establece el reglamento de propiedad horizontal. Dicho reglamento puede determinar otras contribuciones distintas a las expensas legalmente previstas, en caso de utilización de ventajas, servicios e instalaciones comunes por familiares e invitados de los titulares".

La norma transcripta, correlacionada con el art. 2074 del Cód. Civ. y Com., que referencia la obligación de contribuir con los gastos y cargas comunes y la entidad con personería jurídica que agrupe a los propietarios, claramente tipifica a las erogaciones inherentes al mantenimiento, utilización de servicios e instalaciones comunes dentro del marco, tutela y garantías del crédito por expensas en la propiedad horizontal.

Así, la titularidad del crédito por expensas corresponde al consorcio, constituyendo la deuda por expensas, una obligación *propter rem*⁽³⁶⁾, en el sentido de que dichas erogaciones ambulan con la cosa sobre la que recaen, siendo transmisibles al sucesor universal y particular⁽³⁷⁾, sin perjuicio de la no liberación por la enajenación voluntaria o forzosa, el abandono de la unidad o por la renuncia al uso y goce de los bienes o servicios comunes (art. 2049, Cód. Civ. y Com.)⁽³⁸⁾ y ⁽³⁹⁾.

(36) Véase nuestro trabajo, PEPE, Marcelo A., "Las expensas comunes en el Código Civil y Comercial", en *Revista Código Civil y Comercial*, nro. 1, julio de 2015, La Ley, Buenos Aires, p. 204.

(37) Sin embargo, las expensas originadas durante su titularidad real obligan al actual titular de la unidad funcional a su contribución con *todo* su patrimonio, mas respecto de las devengadas antes de su adquisición responde *sólo con la cosa si es sucesor singular*, pero con *todo su patrimonio si es sucesor universal* (art. 1937 del Cód. Civ. y Com.). En caso de transmisión, voluntaria o forzosa, o renuncia al derecho de propiedad, o al uso y goce de los bienes comunes, por su carácter ambulatorio, la obligación se traslada al sucesor singular o universal. Sin embargo, el transmitente o renunciante no se libera, subsistiendo para él las deudas contraídas durante su titularidad, sin poder ser perseguido por las devengadas antes de su adquisición, respecto de las que se libera por la transmisión de la cosa con la que responde. El régimen del Cód. Civ. y Com. prevé la falta de liberación por el obligado al pago de expensas aun respecto de aquellas devengadas antes de su adquisición, en caso de enajenación voluntaria o forzosa o abandono de la unidad funcional.

(38) Establece este artículo en su primera parte: "Los propietarios no pueden liberarse del pago de ninguna expensa o contribución a su cargo aun con respecto a las devengadas antes de su adquisición, por renuncia al uso y goce de los bienes o servicios comunes, por enajenación voluntaria o forzosa, ni por abandono de su unidad funcional".

(39) Tampoco pueden los propietarios "rehusar el pago de expensas o contribuciones ni oponer defensas por cualquier causa, fundadas en derechos que ellos invoquen contra

Además, respecto del cobro del crédito por expensas, el art. 2048 del Código Civil y Comercial establece que el certificado de deuda emitido por el administrador y aprobado por el consejo de propietarios, si existiere, es título ejecutivo para el cobro a los propietarios de las expensas y demás contribuciones.

Finalmente, dentro de las garantías del cobro de las expensas comunes, el Cód. Civ. y Com. prevé, en el art. 2582, el privilegio del crédito por expensas, tipificándolo como especial, con el rango establecido en el art. 2586.

D. Derecho de preferencia frente a la transmisión de unidades

El art. 2085 del Cód. Civ. y Com. establece: "El reglamento de propiedad horizontal puede prever limitaciones pero no impedir la libre transmisión y consiguiente adquisición de unidades funcionales dentro del conjunto inmobiliario, pudiendo establecer un derecho de preferencia en la adquisición a favor del consorcio de propietarios o del resto de propietarios de las unidades privativas".

El art. 2085 del Cód. Civ. y Com. establece el derecho de preferencia en el ámbito de los conjuntos inmobiliarios como modo de limitar, mas no prohibir, la transmisión de las unidades funcionales disponiendo que el consorcio o el resto de los propietarios pueda adquirir, con prelación a un tercero extraño, la unidad funcional que se transmite.

El derecho preferencia aparece regulado por el Código Civil y Comercial en la parte general de los contratos, en los arts. 997 y 998; como un pacto que puede agregarse a la compraventa (art. 1165); en el contrato de suministro (art. 1182) y en el art. 2085, en el ámbito de los conjuntos inmobiliarios propiamente dichos.

El derecho de preferencia o tanteo es aquel por el cual su titular, en virtud de determinada calidad, (por ejemplo, por ser pariente, colindante, etc.) tiene la facultad de ser preferido para la adquisición de la cosa en el caso de la enajenación por el dueño, siempre que se allane a pagar lo mismo que ofrezca "tanto" como ofrezca un tercero. Este derecho conlleva el de "retracto" si la enajenación se efectiviza sin respetar la preferencia del beneficiario⁽⁴⁰⁾.

el consorcio, excepto compensación, sin perjuicio de su articulación por la vía correspondiente. El reglamento de propiedad horizontal puede eximir parcialmente de las contribuciones por expensas a las unidades funcionales que no tienen acceso a determinados servicios o sectores del edificio que generan dichas erogaciones" (art. 2049, segunda parte, Cód. Civ. y Com.).

(40) Conf. GATTI, Edmundo - ALTERINI, Jorge H., *El derecho real. Elementos para una teoría general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1974, p. 104.

El art. 997 del Cód. Civ. y Com. establece: "Pacto de preferencia. El pacto de preferencia genera una obligación de hacer a cargo de una de las partes, quien si decide celebrar un futuro contrato, debe hacerlo con la otra o las otras partes. Si se trata de participaciones sociales de cualquier naturaleza, de condominio, de partes en contratos asociativos o similares, el pacto puede ser recíproco. Los derechos y obligaciones derivados de este pacto son transmisibles a terceros con las modalidades que se estipulen".

El art. 998, dispone: "Efectos. El otorgante de la preferencia debe dirigir a su o sus beneficiarios una declaración, con los requisitos de la oferta, comunicándole su decisión de celebrar el nuevo contrato, en su caso de conformidad con las estipulaciones del pacto. El contrato queda concluido con la aceptación del o de los beneficiarios".

Asimismo, el art. 1165 del Cód. Civ. y Com. establece: "Pacto de preferencia. Pacto de preferencia es aquel por el cual el vendedor tiene derecho a recuperar la cosa con prelación a cualquier otro adquirente si el comprador decide enajenarla. El derecho que otorga es personal y no puede cederse ni pasa a los herederos. El comprador debe comunicar oportunamente al vendedor su decisión de enajenar la cosa y todas las particularidades de la operación proyectada o, en su caso, el lugar y tiempo en que debe celebrarse la subasta. Excepto que otro plazo resulte de la convención, los usos o las circunstancias del caso, el vendedor debe ejercer su derecho de preferencia dentro de los diez días de recibida dicha comunicación. Se aplican las reglas de la compraventa bajo condición resolutoria".

A pesar de que en la normas transcriptas existan diferencias en torno a la figura del beneficiario, el ámbito de aplicación, la intransmisibilidad del derecho, la oponibilidad a terceros y los tipos de contratos que pueden contener y generar un derecho de preferencia, somos partidarios de una concepción *amplia* en la aplicación de estos pactos, tal como creemos se desprende de la lectura de los arts. 997 y 998 del Cód. Civ. y Com., en relación no sólo al tipo de contratos a los que pueden agregarse estos pactos, sino también a la naturaleza de los contratos *que hacen nacer la preferencia* a favor del beneficiario.

Pensamos, sin embargo, que la libertad contractual con las ventajas del *numerus apertus* en este campo hace que los pactos de preferencia que se agreguen a contratos distintos de la compraventa, pero que tienen por finalidad transferir el dominio, no puedan exceder el plazo de duración de diez años (art. 1965, Cód. Civ. y Com.) como límite de la revocabilidad del dominio que estos pactos implican respecto de terceros, sin perjuicio de las implicancias legales del incumplimiento contractual, según veremos.

Además, desde la perspectiva de la interpretación analógica (art. 2º, Cód. Civ. y Com.), nos parece que pueden ser de aplicación los arts. 1166 y 1169 del Cód. Civ. y Com. en orden a la oponibilidad de los pactos y el carácter revocable del dominio adquirido por los terceros que los conozcan o puedan conocerlos.

Debemos advertir, en primer lugar, que el derecho de preferencia *no constituye un derecho real* en el derecho argentino, por lo que sólo genera a favor del beneficiario (consorcio o el resto de los propietarios) *un derecho personal condicional*, derivado de un vínculo contractual que importa para el beneficiario requerir del otorgante ser comunicado de la decisión de enajenar la cosa y de una oferta aceptable por el otorgante recibida de un tercero (obligación de hacer del otorgante), y por la que el beneficiario puede aceptar la oferta del tercero en idénticos términos o en condiciones más favorables para el enajenante, concluyendo así el contrato con prelación al tercero.

Se trata, según nuestra opinión, de una *promesa condicional de contrato* por el otorgante a favor del beneficiario, quien puede ser preferido en la celebración de dicho contrato siempre que iguale o supere una oferta aceptable por el otorgante que efectúe un tercero.

Sin embargo, según veremos, nos parece que el derecho de preferencia constituye una *relación contractual condicional con efectos reipersecutorios temporalmente limitados*.

Existen quienes entienden que el *incumplimiento del pacto de preferencia* no perjudica a los terceros que contratan con el otorgante que desestima la preferencia a favor del beneficiario (art. 1021, Cód. Civ. y Com.), produciendo la adquisición dominial del tercero plenos efectos reales. Así, se ha expresado que como el contrato de preferencia es inoponible al tercero contratante, por el efecto relativo propio de los contratos, el contrato definitivo celebrado por el otorgante con el tercero mantendrá su validez⁽⁴¹⁾.

Luego del análisis del tratamiento de la cuestión en el Código Civil y Comercial, se advierte que el art. 1165 del anteproyecto de reforma elevado por la comisión redactora al Poder Ejecutivo nacional traía una disposición cuya solución era similar a la del art. 1394 del Cód. Civ., que rezaba: "Si el comprador la enajena sin avisarle al vendedor, el acto será válido, pero responde por los daños que sufra la otra parte"⁽⁴²⁾.

(41) LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, cit., t. 1, p. 317; COLOMBRES, Fernando, M., en RIVERA, Julio, C. - MEDINA, Graciela (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, cit., t. III, p. 488; BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil. Contratos*, 9ª ed. actual por Borda, Alejandro, La Ley, Buenos Aires, 2008, t. 1, p. 299.

(42) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, en ALTERINI, Jorge H. (dir.) - ALTERINI, Ignacio (coord.), *Código Civil y Comercial. Tratado exegético*, cit., t. V, ps. 242-243.

Debe advertirse que el art. 1165 del Cód. Civ. y Com. quedó finalmente redactado sin reproducir la solución del 1394 del Cód. Civ. Igual orientación siguió el Proyecto de Código Civil de la República Argentina Unificado con el Código de Comercio, de 1998, en el art. 1101.

Ahora bien, cabe poner de manifiesto que el Código Civil y Comercial de la Nación ha introducido modificaciones, a nuestro entender trascendentes, que alertan acerca los *efectos reales* del pacto de preferencia, a pesar de su naturaleza personal.

Así, los *terceros* que contratan con el *otorgante* (obligado en virtud del pacto de preferencia) pueden conocer la existencia del derecho de *preferencia*, pues el art. 1166 del Cód. Civ. y Com. establece que si la cosa vendida es registrable, los pactos de retroventa, de reventa y de preferencia son *oponibles* a terceros interesados si resultan de los documentos *inscriptos* en el registro correspondiente, o *si de otro modo* el tercero ha tenido conocimiento efectivo. Ello significa que, un pacto de preferencia expresamente convenido en un reglamento debidamente *inscripto* resulta *oponible a terceros interesados* durante su plazo de vigencia que, en el ámbito de la compraventa, no puede exceder de 5 años si se trata de cosas inmuebles, contados desde la celebración del contrato (art. 1167, Cód. Civ. y Com.).

Nos preguntamos si el conocimiento del derecho de preferencia por los terceros interesados que pretendan adquirir derechos reales sobre el inmueble, enajenado en violación del pacto de preferencia, *afecta la eficacia real plena* de la adquisición que hicieron; o si por el contrario, la enajenación es válida, sin perjuicio de las acciones *personales* del beneficiario contra el otorgante por incumplimiento contractual y, eventualmente, contra el tercero que por razón del conocimiento de la existencia del pacto de preferencia haya contribuido a la producción del daño al beneficiario.

Creemos que en virtud de aplicabilidad de las normas de la compraventa bajo *condición resolutoria* al pacto de preferencia agregado a la compraventa y la *oponibilidad* del derecho de preferencia a terceros interesados, el dominio que adquieran los terceros que contraten con el comprador originario (deudor en virtud del pacto de preferencia), será siempre un *dominio revocable* (arts. 1165, *in fine*, 1169, 1965 a 1969, Cód. Civ. y Com.).

A pesar de no constituir en nuestro país el *derecho* de preferencia un derecho real, como dijimos, sino una relación jurídica contractual condicional con efectos personales entre las partes y sus herederos (salvo la intransmisible del derecho de preferencia en la compraventa), la aplicabilidad de las normas sobre la *condición resolutoria*, cuando el pacto se agrega al contrato de compraventa (art. 1165, *in fine*, Cód. Civ. y Com.), provoca que

el dominio que adquiera el tercero que contrata con el otorgante del pacto, en violación del mismo y durante su vigencia, sea siempre un *dominio revocable* (arts. 1165, *in fine*, 1169, 399, 1965 a 1969, Cód. Civ. y Com.). Claro que si el dominio se adquiere luego del plazo legal (5 años), el mismo queda irrevocablemente adquirido en cabeza del tercero.

El dominio que adquieran los terceros durante la vigencia del pacto será *menos pleno ó imperfecto o revocable* (arts. 1945, 1965, Cód. Civ. y Com.), cuya duración no es perpetua, pues está sometida al cumplimiento de la *condición resolutoria del ejercicio de la preferencia* por el beneficiario del pacto *si el comprador decidió enajenar la cosa sin comunicarle dicho acto para que ejerza la prelación*.

En rigor de verdad, el derecho de preferencia proyecta sus efectos en dos planos: en el orden *contractual* la prelación consiste en un *derecho personal* sometido a la *condición suspensiva* (potestativa) de la *decisión de enajenar la cosa por el comprador* (art. 1165, *primer párrafo*, Cód. Civ. y Com.); mientras que en el plano del *derecho real* del *tercer adquirente* que contrata con el otorgante, el derecho de preferencia implica un dominio revocable sujeto a la *condición resolutoria del ejercicio de la preferencia por el beneficiario, y siempre que el pacto de preferencia le resulte suficientemente oponible al tercer adquirente*.

Entendemos por ello que *sólo* con relación al dominio adquirido por un *tercero*⁽⁴³⁾ que contrata con el otorgante del pacto, es que se aplican las normas de la compraventa bajo condición resolutoria⁽⁴⁴⁾ y en la medida en que los pactos le resulten oponibles a dicho tercero, como dijimos (arts. 1165, *in fine*, y 1169, Cód. Civ. y Com.)⁽⁴⁵⁾.

(43) O cualquier *otro derecho real* (usufructuario, acreedor hipotecario, acreedor anticresista, por ejemplo), o *personal* (poseedor por boleto; locatario) que adquiera un tercero, conforme a la interpretación amplia que de estos pactos hacemos (art. 997, Cód. Civ. y Com.).

(44) O las normas que informan acerca del *derecho resoluble* (real o personal) que adquiere el sucesor en virtud del idéntico carácter del derecho que tiene el antecesor (art. 399, Cód. Civ. y Com., y 3278, Cód. Civ.; además de los arts. 343, 345, 346, 347 y 348, Cód. Civ. y Com.).

(45) Analizando la naturaleza jurídica del pacto de preferencia en el Código Civil derogado (art. 1368) se pregunta Salvat: ¿Cuál es la naturaleza de la venta con pacto de preferencia? ¿Encierra ella una venta condicional? En nuestro concepto, responde, no. La venta tiene carácter definitivo, lo único que hay es que a ella se agrega una *promesa de venta condicional* del comprador a favor del vendedor, para el caso de que aquél quiera vender la cosa: esta condición es de *carácter suspensivo* y si el comprador no quiere venderla, la promesa no produce efecto alguno. Por eso, dice la ley que el derecho del vendedor existe cuando el vendedor quiere vender la cosa (arts. 1368 y 1392, Cód. Civ.). Continúa diciendo Salvat que "es esto, precisamente, lo que *distingue el pacto de preferencia de la promesa unilateral de venta* en la que el promitente está obligado desde que el beneficiario de la promesa la acepta", conf. SALVAT, Raymundo, *Tratado de derecho civil argentino. Fuente de las obligaciones. I Contratos*, 2ª ed. actual por Arturo Acuña Anzorena, Tea, Buenos Aires, 1950, p. 391, nota 256, b; cita,

Para que el dominio que adquiriera el *tercero* que contrató con el comprador original (deudor en virtud del pacto) resulte revocable, con el alcance y efectos de los arts. 1965 a 1968 del Cód. Civ. y Com., sin embargo, entendemos que la enajenación que le sirve de causa debe celebrarse durante la *vigencia del pacto de preferencia*, es decir, dentro de los 5 años contados desde la *celebración* del contrato de compraventa al que accede (art. 1167, Cód. Civ. y Com.). Es importante advertir que el curso de inicio del plazo depende del perfeccionamiento del contrato mas no de la adquisición del dominio por la entrega de la posesión al comprador.

Además, la acción del beneficiario tendiente a ejercer la prelación contractual cuando la cosa fue enajenada sin su intervención, debe ejercerse *antes del vencimiento del plazo de prescripción de la acción por cumplimiento contractual*, es decir, dentro de los 5 años (art. 2560, Cód. Civ. y Com.), contados desde el *incumplimiento imputable* al obligado (promitente que vende sin dar aviso). Creemos que tal incumplimiento jurídicamente atribuible al obligado se produce *con la enajenación* por éste de la cosa *a un tercero sin comunicación al beneficiario*.

Así, la *falta de comunicación oportuna de la decisión de enajenar* la cosa y todas las particularidades de la operación proyectada por el obligado, conforme a los plazos⁽⁴⁶⁾ y modalidades del pacto de preferencia (art. 1165, Cód. Civ. y Com.), más la ulterior *enajenación al tercero* constituyen el *incumplimiento* (art. 775, Cód. Civ. y Com.), y producen la mora del obligado de *pleno derecho* (arts. 871, inc. b], y 886, *primer párrafo*, Cód. Civ. y Com.), momento a partir del cual *comienza a correr el plazo de la prescripción liberatoria* de la acción de cumplimiento de contrato tendiente a ejercer el derecho de preferencia (art. 2554, Cód. Civ. y Com.), que es de 5 años (art. 2560, Cód. Civ. y Com.). Ésta es una *acción personal* contra el obligado en virtud del pacto de preferencia (otorgante) con *efectos reales* frente al tercer adquirente del dominio con conocimiento del derecho de preferencia del accionante.

nuestro autor, además, la opinión coincidente de LALOU, *Les pactes de préférence* (p. 41-1). Lo resaltado en la nota nos pertenece.

(46) Lo que configura el incumplimiento contractual imputable al obligado en virtud del pacto (comprador) es, en caso de que decida enajenar la cosa, su *inejecución de la obligación de comunicar* al beneficiario la oferta recibida por el tercero y aceptada por él (obligado) *al vencimiento del plazo convenido* en el pacto de preferencia y la *posterior venta a favor del tercero*; ambos (omisión de comunicar y acto de enajenación) son constitutivos del incumplimiento. Entendemos que el derecho del vendedor beneficiario de ejercer la opción preferente está sometido a la *condición suspensiva y exclusivamente potestativa de la decisión de enajenar por el comprador dentro del plazo de vigencia del pacto*. En otras palabras, el derecho contractual de preferencia sólo puede ejercerlo el vendedor beneficiario "...si el comprador decide enajenarla..." (art. 1165, primer párrafo, Cód. Civ. y Com.). Véase nota anterior.

Creemos que, a pesar del plazo de vigencia de 5 años del pacto de preferencia, el término de revocabilidad del dominio en cabeza del tercer adquirente, como vimos, puede *prolongarse* por el *incumplimiento* de dicho pacto *durante su vigencia*, oponible al tercero, lo que activa el curso de inicio de la acción quinquenal por cumplimiento de contrato (2560, Cód. Civ. y Com.). Ello porque, además, no podría invocarse por el titular de dominio o sus sucesores un vencimiento del plazo (5 años) sin haberse cumplido la condición resolutoria, ya que conforme el art. 345 del Cód. Civ. y Com.: "Inejecución de la condición. El incumplimiento de la condición no puede ser invocado por la parte que, de mala fe, impide su realización". Agreguemos, en la especie, que el incumplimiento de la condición tampoco puede favorecer ni ser invocado por el tercero, ni por quienes de él tengan derecho a la cosa, si conociendo un pacto vigente contribuyeron al incumplimiento del enajenante, impidiendo el ejercicio de un derecho contractual anterior.

En virtud de la acción de cumplimiento el enajenante, *previa aceptación* de las particularidades de la operación causal de la enajenación (voluntaria o forzosa, en su caso), puede *revocar el dominio adquirido por el tercero* (arts. 1169 y 1965, Cód. Civ. y Com.).

Las razones que conducen a la solución que adoptamos no están fundadas en la modificación de la redacción originaria del art. 1165 del Cód. Civ. y Com., respecto de la expresión que hacía referencia a la validez de la venta en caso en que la misma se realizare sin dar aviso (como la redacción del art. 1394 del Cód. Civ.); sino, más bien, a la *ratio legis* de la oponibilidad a terceros de los pactos de preferencia, que conducen a la revocabilidad del dominio que adquieran durante el plazo legal de vigencia del pacto (art. 1166, Cód. Civ. y Com.).

Entendemos que estamos en presencia de *derechos personales con efectos reales limitados en el tiempo* por el hecho de la *oponibilidad a terceros interesados* del pacto de preferencia, mediante su inclusión en los documentos antecedentes con vocación registral (escritura de compraventa o de reglamento de propiedad horizontal del conjunto inmobiliario); o por el efectivo conocimiento que tuvo el tercero interesado (art. 1166, Cód. Civ. y Com.).

Digamos finalmente que el pacto de preferencia constituye un contrato transmisible *mortis causa* porque es un derecho de contenido patrimonial disponible. Es lo contrario a lo previsto en el pacto de preferencia en la compraventa (art. 1165, Cód. Civ. y Com.). Es transferible porque no es *intuitu personae*. Nuevamente es lo contrario a lo previsto en el pacto de preferencia en la compraventa (art. 1165, Cód. Civ. y Com.). No está sujeto

a caducidad, sino a la prescripción liberatoria de 5 años (art. 2560, Cód. Civ. y Com.)⁽⁴⁷⁾.

VII. Los conjuntos inmobiliarios preexistentes.

Quid de la adecuación

El art. 2075, *in fine*, establece que "Los conjuntos inmobiliarios preexistentes que se hubiesen establecido como derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan este derecho real".

Cabe recordar que la redacción del artículo transcrito se aparta del art. 2075, *in fine*, del Anteproyecto, que disponía: "Pueden asimismo coexistir conjuntos inmobiliarios en los que se establecen los derechos como personales o donde coexisten derechos reales y personales". Así, creemos que la solución de la norma proyectada resultaba más adecuada a la realidad, pues compatibilizaba el nuevo marco legal con los derechos reales o personales válidamente constituidos al amparo de la legislación anterior. En tal sentido, Alterini sostuvo que "El legislador puede direccionar las realidades pero debe hacerlo con moderación, de allí que si muchos emprendimientos se realizan a través de derechos personales, hubiera sido inadecuado desconocer esa alternativa negocial para no apagar la potencialidad de ése fenómeno económico"⁽⁴⁸⁾.

Ya frente a la interpretación del art. 2075, *in fine*, del Cód. Civ. y Com., coincidimos con quienes interpretan como de dudosa constitucionalidad la última parte del citado precepto legal, en la medida en que impone la adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes a la normativa que regulan los derechos reales⁽⁴⁹⁾. Los derechos reales o personales de

(47) Conf. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, en ALTERINI, Jorge H. (dir.) - ALTERINI, Ignacio (coord.), *Código Civil y Comercial. Tratado exegético*, cit., t. V, ps. 242-243.

(48) Conf. ALTERINI, Jorge H., "Primeras consideraciones sobre los derechos reales en el Proyecto de Código", LL 2012-E-898.

(49) En similar sentido, Marina Mariani de Vidal y Adriana Abella sostienen que "La exigencia de adecuación impuesta por el artículo 2075, último párrafo, relativamente a los conjuntos inmobiliarios preexistentes a la entrada en vigencia del nuevo Código, impresiona como de muy dudosa constitucionalidad, lesiva de la garantía de propiedad (art. 17 de la Constitución Nacional), e incluso contraria a lo dispuesto por el art. 7 del propio Código. En efecto, si el conjunto inmobiliario fue creado con arreglo a las normas en vigor en momento anterior, tal situación constituye una situación jurídica consolidada. Y al amparo de esa situación jurídica consolidada se habrían generado derechos incorporados a los respectivos patrimonios (del propio conjunto inmobiliario y de sus integrantes). Tales derechos no pueden ser modificados —ni se puede obligar a sustituirlos por otros—, aun cuando se entienda que el régimen de los derechos reales es de orden público (art. 1884 del nuevo Código). Porque ello querría decir que, al afectarse la constitución de una situación jurídica que tuvo lugar con anterioridad, el legislador ha dotado a los nuevos dispositivos de efecto re-

los titulares de clubes de campos u otras urbanizaciones similares, constituidos válidamente de conformidad a una legislación anterior, quedaron definitivamente incorporados al patrimonio de sus respectivos titulares (sean reales o personales) y cualquier atisbo de adecuación impuesto por el nuevo régimen legal implicaría consagrar la retroactividad legal en desmedro de derechos patrimoniales adquiridos (art. 17, CN, y art. 7º, Cód. Civ. y Com.). En este sentido, creemos que, a pesar de que la retroactividad legal (se trate o no de una ley de orden público) operara mediando disposición en contrario, dicha disposición legal (eventualmente el art. 2075, *in fine*, Cód. Civ. y Com.), nunca podría afectar derechos amparados por garantías constitucionales (art. 7º, Cód. Civ. y Com.).

Concluimos que respecto de los derechos reales o personales que al tiempo de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial estaban *definitivamente* constituidos, no deberían adecuarse. En este sentido, no vemos inconvenientes técnicos en la convivencia pacífica de dos regímenes disímiles por su diferente creación temporal y la necesaria estabilidad de que deben gozar los derechos válidamente constituidos con anterioridad; máxime cuando la nueva ley en esta materia, a pesar de ser de orden público no parece afectar intereses vulnerables susceptibles de protección, o al menos contradictorios respecto del sistema legal anterior, no obstante la incuestionable bondad del nuevo régimen legal, pues clarifica, unifica criterios y da seguridad jurídica a estos emprendimientos.

Distinto sería el caso, si el nuevo marco legal dispusiera derechos más ventajosos (en cualquier sentido) respecto del abanico de posibilidades de las normas anteriores, en desmedro manifiesto de los derechos de sus titulares, en cuyo caso la adecuación impuesta tendría algún sentido. Pero, ni aun así nos parece que el legislador debiera imponer la adecuación, ya que la retroactividad, en esos casos, sólo se justificaría respecto de las nuevas leyes supletorias, en relación a contratos en curso de ejecución, cuando sean más favorables a los consumidores en relaciones de consumo, lo que no parece ser el caso en el campo de las normas de derechos reales.

Sin embargo, en función de lo anterior, podría ocurrir que en el ámbito de los complejos organizados bajo la forma de sociedad con fuente en

troactivo en un ámbito en el que le está vedado avanzar, que es el de los derechos amparados por garantías constitucionales (art. 17 de la Constitución Nacional y art. 7º del Código Civil y Comercial), conf. ABELLA, Adriana, N. - MARIANI DE VIDAL, Marina, "Conjuntos Inmobiliarios en el Código Civil y Comercial con especial referencia a los preexistentes", cit.; En sentido coincidente, Nelson Cossari se inclina sin hesitación por la lisa y llana inconstitucionalidad de estas normas, que implican, dice, tanto como si otra ley mañana me obligara a transformar mi derecho de usufructo en superficie o dominio revocable o viceversa, conf. COSSARI, Nelson, en ALTERINI, Jorge H. (dir.) - ALTERINI, Ignacio (coord.), *Código Civil y Comercial. Tratado exegético*, cit., t. X, p. 31.

un contrato plurilateral y de organización *en curso*, las disposiciones estatutarias que regulen los derechos y obligaciones de los titulares de las participaciones sociales en emprendimientos semejantes, por medio de cláusulas abusivas o lesivas, habiendo sido o no negociadas individualmente, tuvieran por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor (arts. 988 y 1119, Cód. Civ. y Com.), en cuyo caso entendemos deben siempre quedar sujetas al control judicial, con los efectos de los arts. 989, 1122 y concordantes del Cód. Civ. y Com., aunque dicha intervención jurisdiccional no se materialice necesariamente en la imposición retroactiva de una adecuación con perfiles excesivamente onerosos, sino, más bien, se centre en la anulación de las cláusulas abusivas o dañosas y la consiguiente tarea integradora.

Debe tenerse presente, además, que la disposición del art. 2075 del Cód. Civ. y Com. no impone sanción legal alguna por falta de adecuación, como tampoco prevé un plazo cierto o incierto dentro del cual deba efectuarse la adecuación⁽⁵⁰⁾, con lo cual parecería que esta locución debería tenerse por no escrita, sin perjuicio de que proponíamos, *de lege ferenda*, su eliminación lisa y llana en una futura reforma legislativa.

Sin embargo, respecto de aquellos emprendimientos que al tiempo de la entrada en vigencia del nuevo Código se hallaban en proceso de constitución (planos aprobados o pendientes de aprobación, pero ya presentados, conforme el régimen anterior —con la onerosidad propia de estos casos—, y con *escrituración pendiente*), no estamos tan convencidos de que aplique en relación a dichos casos la irretroactividad legal tan fácilmente, pues siempre cabría la eventual interpretación de que se está en presencia de derechos en *expectativa* pendientes de incorporación definitiva al patrimonio de los titulares (sean personas humanas o jurídicas) *por falta de escrituración*.

De todas maneras, parece a todas luces inadmisibles pretender revertir totalmente un estado de cosas cuando ya se pagaron los derechos, aportes o tasas respectivas, sumado los honorarios de los profesionales intervinientes en la confección y aprobación de los planos pertinentes. Ahora bien, si ya se suscribió la escritura traslativa de dominio, aunque esté pendiente la inscripción registral, creemos que por idénticos argumentos no cabría imponer la adecuación porque hay derechos definitivamente incorporados que no pueden afectarse. ♦

(50) Conf. ABELLA, Adriana, N. - MARIANI DE VIDAL, Marina, "Conjuntos Inmobiliarios en el Código Civil y Comercial con especial referencia a los preexistentes", cit.

EFFECTOS DE LA RESPONSABILIDAD POR SANEAMIENTO

POR ANDRÉS SÁNCHEZ HERRERO

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Normativa aplicable. 3. Panorama general. 4. Saneamiento del título o subsanación de los vicios. 5. Entrega de un bien equivalente. 6. Resolución. 7. Relación e interacción entre los medios de tutela del adquirente. 8. Responsabilidad por daños.

1. Introducción

En este artículo analizaré los efectos de la responsabilidad por saneamiento: cuáles son, cuáles son sus requisitos de procedencia y cómo interactúan entre sí. En la segunda mitad del trabajo me concentraré en uno de esos efectos: el deber del responsable de la garantía de indemnizar al beneficiario.

2. Normativa aplicable

El Código Civil y Comercial regula los efectos de la responsabilidad por saneamiento en dos artículos —sin perjuicio de varios más que se refieren a aspectos más concretos, relacionados con la evicción o los vicios ocultos en particular—. El primero es el art. 1039, que dispone lo siguiente:

Responsabilidad por saneamiento. El acreedor de la obligación de saneamiento tiene derecho a optar entre:

- a) reclamar el saneamiento del título o la subsanación de los vicios;
- b) reclamar un bien equivalente, si es fungible;
- c) declarar la resolución del contrato, excepto en los casos previstos por los artículos 1050 y 1057.

La otra norma está contenida en el artículo siguiente, el 1040:

Responsabilidad por daños. El acreedor de la obligación de saneamiento también tiene derecho a la reparación de los daños en los casos previstos en el artículo 1039 [...].

3. Panorama general

Ante la evicción o el vicio, entonces, el acreedor de la obligación de saneamiento puede elegir entre alguna de estas tres opciones:

- a) que el obligado sanee el título o subsane los vicios;
- b) que el obligado le entregue un bien equivalente al transmitido, o
- c) resolver el contrato.

Además, también tiene derecho a ser indemnizado, en la medida en que concurran todos los requisitos de la responsabilidad civil —uno de los cuales, por definición, ya estará cumplido: la antijuridicidad—. El resarcimiento es acumulable con cualquiera de los otros tres efectos. Estos últimos, en cambio, se excluyen recíprocamente; el beneficiario no puede acumularlos⁽¹⁾. Como puede advertirse, además, las dos primeras opciones mantienen la eficacia del contrato, mientras que la tercera, por el contrario, produce su ineficacia retroactiva.

4. Saneamiento del título o subsanación de los vicios

En el inc. a) del art. 1039 se le reconoce al adquirente el derecho a que el obligado sanee el título (en la responsabilidad por evicción) o subsane los vicios (en la responsabilidad por vicios ocultos). Se trata, en definitiva, de que el enajenante cumpla el contrato en forma específica, teniendo en cuenta la vicisitud ocurrida. Por ejemplo, desinteresando al tercero que causa la turbación o adquiriendo el bien en conflicto (en el caso de la evicción), o reparando el defecto del bien transmitido (en el caso de los vicios ocultos).

Como es lógico, la viabilidad de esta opción depende de que el título sea saneable o el vicio subsanable, según corresponda. En su defecto, el adquirente deberá elegir entre las demás alternativas disponibles (entrega de un bien equivalente o resolución). En cualquier caso, se suma su derecho a ser resarcido, siempre que concurran todos los requisitos de la responsabilidad civil.

Como se ha señalado, esta opción preserva la eficacia del contrato. Por lo tanto, deben cumplirse todas sus obligaciones, y las que se hayan cumplido quedan firmes (lo que incluye, lógicamente, a las obligaciones del adquirente [y.gr., si se tratase de una compraventa, el pago del precio]).

(1) Véase SAGARNA, Fernando A., “La garantía por vicios redhibitorios en el Código Civil y Comercial de la Nación. Comparación con el Código Civil, el Código de Comercio y la Ley de Defensa del Consumidor”, en LL Online, AR/DOC/181/2015, § II.

5. Entrega de un bien equivalente

El beneficiario también puede optar por la entrega de un bien equivalente al transmitido. Así está previsto en el inc. b) del art. 1039. Como allí mismo se consigna, para que la opción sea viable es necesario que el bien en cuestión sea fungible. Y, además, que exista una cosa equivalente con título perfecto y sin defectos ocultos a la que el garante pueda acceder⁽²⁾.

Para un sector de la doctrina, en caso de que sea imposible entregar un bien idéntico al prometido, el enajenante se libera si entrega uno de igual o superior calidad⁽³⁾. Se argumenta, en este sentido, que la norma habla de “un bien equivalente” al afectado, y uno de igual o superior calidad lo es⁽⁴⁾. La tesis es razonable, pero no creo que cuente con suficiente respaldo legal. Partamos de la base de que el enajenante no puede imponerle esta opción al beneficiario de la garantía, quien puede optar por ésta o por cualquiera de las otras dos previstas en el art. 1039⁽⁵⁾. Por lo tanto, para que esta situación se presente será necesario que el adquirente haya optado por la sustitución del bien. De ser así, ¿puede el responsable imponerle al adquirente un bien que es distinto al afectado, pero que es de igual o superior calidad? Descartemos el caso en el cual el adquirente lo acepta, supuesto en el cual juega a pleno la autonomía de la voluntad: las partes son libres de arreglar el problema como prefieran. El planteo sólo tiene sentido, entonces, cuando el enajenante quiere liberarse entregando un bien distinto, pero de igual o superior calidad, y el adquirente no quiere aceptarlo. Entiendo que, en este caso, el adquirente tiene derecho a rechazarlo; por lo tanto, cerrada la vía sustitutoria, deberá volver a optar, esta vez entre la opción saneatoria o subsanatoria (prevista en el inc. a) del art. 1039) o la resolutoria (prevista en su inc. c)). Es cierto que la norma habla de un “bien equivalente”, pero no lo es menos que supedita la opción a que sea fungible. Conforme con el art. 232 del Cód. Civ. y Com., “[s]on cosas fungibles aquellas en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie, y pueden sustituirse por otras de la misma calidad y en igual cantidad”. De acuerdo con esta definición, entonces, no hay relación de fungibilidad entre un bien y otro que es distinto pero de igual o mejor calidad. Luego, el enajenante no puede imponerle la entrega sustitutiva de este bien al adquirente que, en realidad, optó por la sustitución por un bien idéntico al que había adquirido. Naturalmente, tampoco se trata de legiti-

(2) Véase LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, en ALTERINI, Jorge (dir.) - ALTERINI, Ignacio (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. V, p. 543.

(3) Véase BORDA, Alejandro, en BORDA, Alejandro (dir.), *Derecho civil. Contratos*, La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 206.

(4) Véase *idem*.

(5) En realidad, el tema es más complejo, y lo analizo *infra*, § 7. De todos modos, en lo que ahora nos importa, lo afirmado es correcto: el responsable de la garantía no puede imponerle al adquirente la sustitución del bien.

mar un empecinamiento abusivo, respaldando el capricho del adquirente que se aferra a exigir una identidad parmenídea. Sería el caso, por ejemplo, si el conflicto se refiriese a un automotor nuevo de determinada marca y modelo versión 2016 y el enajenante, al no contar ya con un automotor nuevo de esa versión, pretendiese sustituirlo por otro nuevo de la misma marca y el mismo modelo, pero versión 2017. En un caso así, y salvo que el adquirente tenga una buena razón para negarse, deberá contentarse con el bien que se le ofrece en sustitución. Más en general: en principio, el adquirente tiene derecho a que se le sustituya el bien que adquirió por otro idéntico, pero, como ocurre con cualquier derecho, no puede abusar de él (en este caso, invocando para fundar su rechazo diferencias absolutamente menores que no lo perjudican).

Esta opción, al igual que la prevista en el inc. a), preserva la eficacia del contrato, con las implicancias referidas en el punto anterior.

Aunque la norma no impone ningún límite, este dispositivo se presta más para ser aplicado en el caso de los vicios ocultos que en el de la evicción⁽⁶⁾. La razón es que no son frecuentes los casos en que hay evicción de un bien fungible —presupuesto indispensable para la sustitución por un bien equivalente—⁽⁷⁾. Dada la protección prevista por el art. 1895 para el adquirente de buena fe y a título oneroso de cosas muebles, es difícil que un tercero pueda privarlo del bien. Por lo tanto, la responsabilidad por evicción, en la mayoría de los casos en que se presente, lo será respecto de inmuebles y muebles registrables, y éstos no suelen ser fungibles; luego, no se prestan para su sustitución por equivalente. Esto no implica sostener que estamos ante una norma de aplicación imposible en lo que respecta a la evicción, pero sí que su ámbito real de aplicación práctica está acotado. De todos modos, no hay que descartar que pueda presentarse algún supuesto en que este dispositivo sea aplicable a los muebles no registrables⁽⁸⁾.

Si la evicción o el vicio no lo han privado completamente del bien adquirido, el beneficiario de la garantía que ejerza esta opción debe restituírsele al garante que le entregará otro equivalente. De lo contrario, se enriquecería sin causa.

(6) Véase FRUSTAGLI, Sandra A., en NICOLAU, Noemí L. - HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.) - FRUSTAGLI, Sandra A. (coord.), *Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 405.

(7) Véase CAFFERATA, Juan M., "La obligación de saneamiento en el Código Civil y Comercial de la Nación. Primeras aproximaciones al régimen legal", en LL Online, AP/DOC/878/2015, § IV.

(8) Cafferata refiere el caso en que el poder público confisca al adquirente la mercadería fungible contrabandeada que le vendió y entregó el enajenante (CAFFERATA, Juan M., "La obligación de saneamiento en el Código Civil y Comercial de la Nación. Primeras aproximaciones al régimen legal", cit., § IV).

6. Resolución

6.1) Regla general

De acuerdo con el inc. c) del art. 1039, el acreedor de la obligación de saneamiento tiene derecho a declarar la resolución del contrato. Éste era el remedio tradicional en la materia, junto con el resarcimiento de los daños.

6.2) Disciplina aplicable

Al regular la responsabilidad por saneamiento, el codificador ha optado —con buen criterio— por no incluir una regulación exhaustiva de la resolución: tan solo ha precisado algunas cuestiones puntuales. En lo demás, son aplicables las reglas previstas con relación a este modo extintivo en el capítulo en el que se regula la extinción del contrato en general.

6.3) La gravedad

La resolución del contrato sólo procede ante casos de cierta gravedad⁽⁹⁾. Estrictamente, este requisito no se infiere de la regulación general prevista en el inciso c) del art. 1039, que en modo alguno alude a la cuestión⁽¹⁰⁾. Sin embargo, así resulta de las regulaciones específicas:

1) en cuanto a la evicción, el art. 1049 le impone un límite al derecho resolutorio del adquirente: sólo procede ante "defectos en el título afectan el valor del bien a tal extremo que, de haberlos conocido, el adquirente no lo habría adquirido, o su contraprestación habría sido significativamente menor"⁽¹¹⁾;

(9) Véase FRUSTAGLI, Sandra A., en NICOLAU, Noemí L. - HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.) - FRUSTAGLI, Sandra A. (coord.), *Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., nota 6, p. 405.

(10) Al respecto, se ha afirmado que, en realidad, esta exigencia se desprende de las dos excepciones que se prevén en el propio inciso (FRUSTAGLI, Sandra A., en NICOLAU, Noemí L. - HERNÁNDEZ, Carlos A. [dirs.] - FRUSTAGLI, Sandra A. [coord.], *Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., nota 6, p. 405). Comparto la idea de que se requiere la gravedad para resolver, pero no que ésta se infiera del reconocimiento de esas excepciones. Una alude a la subsanabilidad del vicio y la otra al saneamiento del derecho a través de la usucapión; ninguna de las dos se refiere al requisito de la gravedad. La segunda, ni siquiera remotamente: tan solo trata el caso en el cual el adquirente, por la posesión continuada, sana el derecho, y resulta aplicable cualquiera que sea la gravedad de la evicción. En cuanto a la primera excepción, alude al caso en el cual el vicio es subsanable, que es algo distinto a la gravedad: puede haber vicios graves pero subsanables, y, a la inversa, otros que no son graves y al mismo tiempo no son subsanables (lógicamente, también puede haber vicios graves y no subsanables, y no graves y subsanables). Se trata, en suma, de categorías distintas.

(11) Es cierto que en el inciso b) del mismo artículo también se admite el derecho resolutorio "si una sentencia o un laudo produce la evicción", y en este caso no se hace referencia alguna a la gravedad. El análisis del tema excede los límites de este artículo. Aquí, me limito

2) en cuanto a los vicios ocultos, el art. 1056 sólo admite la resolución en el caso de los vicios redhibitorios, que son los más graves (“los defectos que hacen a la cosa impropia para su destino por razones estructurales o funcionales, o disminuyen su utilidad a tal extremo que, de haberlos conocido, el adquirente no la habría adquirido, o su contraprestación hubiese sido significativamente menor”, según el art. 1051, inc. b)⁽¹²⁾.

Si tenemos en cuenta que la responsabilidad por saneamiento tiene dos especies, y que en ambas se requiere la gravedad como un requisito para resolver, podemos concluir que se trata de un requisito genérico, por más que no esté previsto en las disposiciones comunes ni pueda inferirse de ellas. De todos modos, más allá de estas consideraciones elementales, no es mucho lo que puede decirse sobre este requisito con relación a la responsabilidad por saneamiento en general. En definitiva, se aplican los regímenes específicos previstos respectivamente para la evicción y los vicios ocultos, cada uno de los cuales configura este requisito adaptándolo al tipo de defecto que afecta al contrato.

6.4) “Excepciones”

La norma precisa que, por excepción, esta opción no está disponible “en los casos previstos por los artículos 1050 y 1057”. Este último dispone que “[e]l adquirente no tiene derecho a resolver el contrato si el defecto es subsanable, el garante ofrece subsanarlo y él no lo acepta” y a continuación agrega que “[q]ueda a salvo la reparación de daños”. Se trata de una auténtica excepción a la regla: el adquirente de la cosa viciada deberá conformarse con los otros medios de defensa previstos.

Distinto es el caso en el que se hace referencia al art. 1050. Según esta norma, “[c]uando el derecho del adquirente se sana por el transcurso del plazo de prescripción adquisitiva, se extingue la responsabilidad por evicción”. En este supuesto, como lo precisa la norma, la responsabilidad se extingue. Por supuesto que el adquirente no tiene derecho a resolver el contrato, pero, en realidad, tampoco a echar mano a ningún otro de los recursos previstos en el régimen de la responsabilidad por saneamiento en general y de la responsabilidad por evicción en particular⁽¹³⁾. Por lo tanto,

a señalar que estamos ante una norma difícilmente justificable. De todos modos, si tenemos en cuenta el inciso anterior, esta objeción no alcanza para desdibujar la idea general referida: que la resolución sólo procede ante casos de cierta gravedad.

(12) Es cierto que el art. 1056 también admite el derecho resolutorio cuando así se lo ha pactado, y que en este caso no se requiere la gravedad del vicio. La cuestión no tiene importancia porque en este caso el derecho resolutorio proviene de la autonomía privada, no de la ley (que es lo que estamos analizando).

(13) Véase ROCCA, Ricardo, en STIGLITZ, Rubén S. (dir.), *Contratos civiles y comerciales. Parte general*, 3ª ed. (1ª ed., 1999), La Ley, Buenos Aires, 2015, t. II, p. 443.

la referencia que se hace al art. 1050 como una supuesta excepción es incorrecta. En el mejor de los casos, es redundante, dado que no hace falta aclarar que no se produce uno de los efectos específicos de la responsabilidad por evicción respecto de un supuesto en el que ésta (la responsabilidad) ha extinguido; en el peor, genera confusión, porque podría dar a entender que sólo este efecto no se produce, pero sí los demás.

6.5) Vías resolutorias

En cuanto a las vías para resolver, el art. 1039 no se refiere expresamente a la cuestión. La posibilidad de hacerlo por vía judicial está fuera de discusión; ahora bien, ¿qué hay de la extrajudicial? Hay dos razones por las que, a pesar del silencio legal, también se debe admitir esta vía resolutoria:

1) En primer lugar, porque el legislador la admite al regular una figura análoga: la resolución por incumplimiento implícita o legal.

2) En segundo lugar, porque, si bien es cierto que el legislador no hace referencia expresa al tema en la sección del saneamiento, varias de sus normas presuponen o aluden implícitamente a esta vía resolutoria. En concreto, es el caso de los arts. 1039, 1049 y 1056: en los tres se afirma que el adquirente tiene derecho a “declarar la resolución”. Implícitamente, entonces, se alude a la resolución extrajudicial (en la judicial, en rigor, quien declara la resolución es el juez, más allá de que sea a pedido de parte).

Es posible, entonces, resolver por esta vía⁽¹⁴⁾. Suponiendo que el adquirente opte por transitarla, le basta con comunicar su voluntad resolutoria al adquirente⁽¹⁵⁾. En cuanto a sus efectos, y dado que no hay una previsión especial, cabe interpretar que la resolución se produce cuando se comunica el acto resolutorio al garante. Se plantea, entonces, una situación similar a la prevista respecto de la resolución extrajudicial por incumplimiento basada un pacto comisorio expreso, cuyas reglas son aplicables, con las adaptaciones correspondientes.

Contra la admisibilidad de esta vía (la extrajudicial) se ha objetado que, de admitírsela, no se resguardaría debidamente el derecho de defensa del garante. No es así, sin embargo. Como es lógico, si el garante discrepase con la resolución extrajudicial efectuada por el adquirente, podría instar su revisión judicial, ya sea por vía de acción o como defensa. Si el juez interviniente considerare que no concurrían los requisitos para que el ad-

(14) En este sentido: CAFFERATA, Juan M., “La obligación de saneamiento en el Código Civil y Comercial de la Nación. Primeras aproximaciones al régimen legal”, cit., nota 7, § IV (refiriéndose sólo a la evicción, y criticando el criterio adoptado por el legislador).

(15) Véase cit., §§ IV y V.

quirente resolviese el contrato, así lo declarará. En su defecto, reconocerá la legitimidad de la resolución extrajudicial ya producida. Conviene subrayar que en este último caso no se está ante una resolución judicial, sino ante un reconocimiento judicial de la validez de una resolución extrajudicial preexistente al juicio.

Lo anterior no obsta a que la resolución pueda canalizarse por vía judicial, lógicamente. En este caso, el beneficiario de la garantía solicita al juez competente que declare la resolución del contrato por la evicción o el vicio. Se plantea una situación similar a la de la resolución por incumplimiento efectuada en forma judicial, cuyas reglas, debidamente adaptadas, son aplicables.

7. Relación e interacción entre los medios de tutela del adquirente

7.1) *Derecho de opción del beneficiario*

Como hemos visto, el art. 1039 prevé tres medios de tutela del derecho del adquirente —el saneamiento o la subsanación, la sustitución y la resolución—, a los que se agrega el resarcimiento de los daños, en la medida en que concurran los demás requisitos de la responsabilidad civil. A este último lo examinaremos en breve. En cuanto a los tres primeros: ¿cómo se relacionan entre sí? Está claro que son opciones incompatibles, en el sentido de que no son acumulables: si se elige una, no se pueden elegir las otras⁽¹⁶⁾. Al margen de esta obviedad, ¿hay alguna vía que tenga preferencia sobre las otras?; ¿hay alguna que esté postergada?; el beneficiario de la garantía, ¿puede optar libremente por una u otra?

Partamos de una base: obviamente, el planteo sólo tiene sentido cuando hay más de una opción disponible. En los párrafos precedentes, cuando analizamos cada uno de estos medios de tutela, examinamos sus respectivos requisitos. Requisitos que operan en términos absolutos, independientemente de la interacción de cada medio de tutela con los demás. En concreto —y aquí me limito a enumerarlos, dado que ya fueron analizados—:

1) el primer medio de tutela —el saneamiento del título o la subsanación del vicio— sólo es viable en caso de que el título sea saneable o el vicio subsanable;

2) el segundo medio de tutela —la sustitución del bien— sólo es viable en caso de que el bien sea sustituible;

(16) En el párrafo que sigue veremos si hay posibilidad de cambiar la elección ya realizada.

3) el tercer medio de tutela —la resolución— sólo está disponible si el vicio es grave.

Obviamente, si alguno de estos presupuestos o requisitos no se verificase, el beneficiario no podría optar por el medio de tutela afectado, pero esto no sería por su relación con los otros medios. Eventualmente, hasta podría ocurrir que el beneficiario de la garantía debiese conformarse con el resarcimiento. Sería el caso, por ejemplo, si hubiese comprado una cosa que padece un vicio oculto no redhibitorio (por lo que no podría resolver el contrato), no subsanable (por lo que no sería viable la subsanación del defecto) sobre un bien no fungible (por lo que no podría reclamar su sustitución).

Ahora bien, y para no escaparle al bulto: ¿qué sucede cuando más de una de estas alternativas está disponible? ¿Hay medios de tutela preferidos y subsidiarios? Para un sector de la doctrina, el saneamiento del título (para la evicción) y la subsanación del defecto (para los vicios ocultos) —previstos en el inciso a) del art. 1039— son la “opción primaria”, de modo tal que sólo si esta opción no fuese viable podría el adquirente optar por alguna de las otras dos⁽¹⁷⁾. En apoyo de esta postura se invoca el principio de conservación de los actos jurídicos y los contratos⁽¹⁸⁾. Se agrega, además, que así “parece exigirlo” el art. 730.

La tesis no me convence, al menos con el alcance general con que está planteada:

1) El art. 1039 enumera las opciones del adquirente, y en ninguna parte se explicita o siquiera insinúa una jerarquía.

2) En cuanto al argumento del principio de conservación, no sirve para poner la opción del inciso a) del art. 1039 (saneamiento o subsanación) por encima de la de su inciso b) (sustitución), dado que en cualquiera de las dos el acto conserva su eficacia.

3) En lo que respecta a la referencia al art. 730 —y más allá de cuál sea la interpretación de este artículo—, se trata de una norma general que queda desplazada por el régimen específico previsto en el art. 1039.

En realidad, el argumento que permite sostener el carácter prioritario de esta alternativa proviene del régimen específico de los vicios ocultos. De acuerdo con el art. 1057 del Cód. Civ. y Com., “[e]l adquirente no tiene derecho a resolver el contrato si el defecto es subsanable, el garante ofre-

(17) Véase LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, en ALTERINI, Jorge (dir.) - ALTERINI, Ignacio (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, cit., t. V, nota 2, p. 542.

(18) Véase ídem.

ce subsanarlo y él no lo acepta. Queda a salvo la reparación de daños". El análisis de la norma excede los límites de este trabajo. Aquí, tan solo la traigo a colación porque, evidentemente, en el supuesto planteado en la norma, el adquirente sólo tiene derecho a la subsanación del defecto y al resarcimiento de los daños, de modo que no puede echar mano a los otros medios de tutela previstos en el art. 1039⁽¹⁹⁾. De todos modos, hay que tener en cuenta que este desplazamiento sólo se produce si el defecto es subsanable y el garante ofrece subsanarlo.

Fuera de esta pauta específica, que evidentemente marca la prioridad de uno de los medios de tutela —la subsanación—, aunque sólo en el ámbito de un tipo de responsabilidad por saneamiento —la derivada de los vicios redhibitorios, lo que deja afuera a la responsabilidad por evicción y a la responsabilidad por vicios ocultos no redhibitorios—, los medios de tutela previstos en el artículo 1039 gozan del mismo rango, por así decirlo, de modo que el beneficiario de la garantía puede optar libremente por el que prefiera. Naturalmente —y de acuerdo con la directiva prevista en el art. 10 del Cód. Civ. y Com., no puede abusar de su derecho. Es lo que ocurriría, por ejemplo, si se decantase por una alternativa que para el garante resulta mucho más onerosa que las demás y de un costo desproporcionado, sin que implique para el adquirente un beneficio superior al derivado de los otros medios de tutela disponibles que justifique razonablemente su opción⁽²⁰⁾.

Pasando en limpio lo anterior, nos queda lo siguiente:

1) En primer lugar, el beneficiario sólo puede optar entre aquellos medios de tutela cuyos requisitos se encuentren satisfechos.

2) En cuanto a esos medios disponibles, hay que distinguir dos escenarios:

a) En el régimen de la evicción, el adquirente puede optar entre cualquiera de las alternativas que le ofrece el art. 1039. Ningún medio tiene preferencia respecto de los demás.

b) En el régimen de los vicios redhibitorios, hay que distinguir dos supuestos:

i) Si se trata de un vicio subsanable y el enajenante ofrece subsanarlo, el adquirente no puede optar por la resolución del contrato o la sustitución del bien: debe conformarse con la subsanación.

(19) Si bien el art. 1057 sólo hace referencia —para descartarla— a la resolución, la vía subsanatoria también desplaza a la opción de requerir la entrega de un bien equivalente.

(20) Véase APARICIO, Juan M., *Contratos*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2016, t. 1, Parte general, p. 445.

ii) En su defecto, el beneficiario puede optar libremente por cualquiera de los medios de tutela previstos por el legislador que estén disponibles.

3) En cualquier caso, el adquirente no puede abusar de su derecho de elección.

4) En todos los casos, además, tiene derecho a ser resarcido, en la medida en que concurran los demás presupuestos de la responsabilidad civil.

7.2) *Ius variandi*

De las tres opciones analizadas, dos implican cumplimiento del contrato (las previstas en los incisos a) y b) del art. 1039) y la otra su resolución (la de su inciso c)). Como vimos, en la medida en que se cumplan los requisitos propios de cada una, en principio, el adquirente puede optar con libertad por cualquiera de las tres, salvo alguna restricción específica. Ahora bien: una vez que el adquirente ha optado en uno u otro sentido, ¿puede modificar su opción? Por ejemplo, ¿puede exigirse sustitución por un bien equivalente tras haber resuelto, o resolver tras haber reclamado el saneamiento del título o la subsanación del defecto? Ésta es la cuestión que se analiza cuando se alude al *ius variandi*.

El régimen del saneamiento no contiene normas específicas al respecto. Sí las hay en el régimen de la resolución por incumplimiento, y son aplicables por vía analógica. En síntesis, del recurso analógico resulta lo siguiente:

1) el adquirente tiene derecho a resolver, aun tras haber exigido el cumplimiento del contrato en cualquiera de sus versiones (es decir, el cumplimiento específico [saneamiento del título o subsanación del defecto, previsto en el inc. a) del art. 1039] o por equivalente [previsto en su inc. b)], pero

b) no tiene derecho a exigir el cumplimiento (ya sea específico o por equivalente) si ya resolvió o demandó la resolución.

Lógicamente, el beneficiario sólo puede ejercer el *ius variandi* previsto en 1 mientras el adquirente no haya cumplido.

Ésta es la interpretación que considero correcta. De todos modos, un sector de la doctrina entiende que el *ius variandi* no existe en ningún caso⁽²¹⁾. Como puede advertirse, la diferencia entre esta tesis y la que sostengo se presenta respecto del supuesto referido en 1. En cuanto al previsto en 2, coincidimos en cuanto a que no hay *ius variandi*.

(21) Véase SAGARNA, Fernando A., "La garantía por vicios redhibitorios en el Código Civil y Comercial de la Nación...", cit., nota 1, § II.

8. Responsabilidad por daños

8.1) Consideraciones generales

Según el citado art. 1040, “[e]l acreedor de la obligación de saneamiento también tiene derecho a la reparación de los daños en los casos previstos en el artículo 1039 [...]”. Se aplican en la materia las reglas generales de la responsabilidad civil, sin perjuicio de algunas reglas específicas previstas con respecto al saneamiento en general, y a la evicción y a los vicios ocultos en particular. Por lo tanto, el derecho resarcitorio depende de que se verifiquen los requisitos de la responsabilidad civil⁽²²⁾.

La antijuridicidad consiste en la evicción o en el vicio en el bien; sólo teniendo en cuenta las circunstancias del caso podrá determinarse si, además, concurren los demás requisitos.

En cuanto al factor de atribución, me limito a señalar que, en lo que ahora nos concierne (esto es, la responsabilidad civil), el factor es subjetivo: en principio, el garante sólo debe indemnizar si obró con culpa o dolo.

Se trata de un supuesto de responsabilidad contractual⁽²³⁾.

La norma aclara que el derecho resarcitorio es acumulable con los recursos previstos en forma alternativa en el art. 1039. Más precisamente: es compatible. La disponibilidad y eventual acumulación de cualquiera de estos medios de tutela del adquirente dependerá de que se verifiquen en el caso los requisitos respectivos de los mecanismos de protección que el adquirente pretende acumular.

Por cierto, esto último tiene directa incidencia en la determinación del daño resarcible. Como ocurre en general, sólo se lo puede determinar teniendo en consideración las circunstancias del caso. Entre otros factores, hay que tomar en cuenta en qué sentido ha optado el adquirente respecto del “menú” previsto en el art. 1039⁽²⁴⁾. Por ejemplo, no es el mismo el daño

(22) Véase LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, en ALTERINI, Jorge (dir.) - ALTERINI, Ignacio (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, cit., t. V, nota 2, p. 546; NICOLAU, Noemí L., “La obligación de saneamiento y la responsabilidad por evicción en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en LL Online, AR/DOC/429/2015, § II.4.

(23) Véase ELÍA, Marcos, “Garantías por evicción y vicios redhibitorios”, en DE REINA TARTIÈRE, Gabriel (coord.), *Contratos civiles y comerciales. Parte general*, Heliasta, Buenos Aires, 2010, p. 305. Para LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, en ALTERINI, Jorge (dir.) - ALTERINI, Ignacio (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, cit., t. V, nota 2, p. 526, la responsabilidad es, en la mayoría de los casos, poscontractual. Según este autor, la cuestión depende de si el contrato es de ejecución inmediata o diferida.

(24) Véase HERNÁNDEZ, Carlos A. - FRUSTAGLI, Sandra A., en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.) - DE LORENZO, Miguel F. - LORENZETTI, Pablo (coords.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, t. VI, p. 70.

que sufre si le entregan un bien equivalente al afectado por el saneamiento (alternativa prevista en el inc. b]) que si opta por resolver el contrato (opción prevista en el inc. c]).

8.2) Excepciones

8.2.1) Normativa aplicable

El art. 1040 contiene tanto la regla general como sus excepciones. Dispone lo siguiente:

Responsabilidad por daños. El acreedor de la obligación de saneamiento también tiene derecho a la reparación de los daños en los casos previstos en el artículo 1039, excepto:

- a) si el adquirente conoció, o pudo conocer el peligro de la evicción o la existencia de vicios;
- b) si el enajenante no conoció, ni pudo conocer el peligro de la evicción o la existencia de vicios;
- c) si la transmisión fue hecha a riesgo del adquirente;
- d) si la adquisición resulta de una subasta judicial o administrativa.

La exención de responsabilidad por daños prevista en los incisos a) y b) no puede invocarse por el enajenante que actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde la enajenación, a menos que el adquirente también se desempeñe profesionalmente en esa actividad.

8.2.2) Aclaración previa: el verdadero impacto de las excepciones

Antes de analizar las distintas excepciones que la norma regula —esto es, su supuesto de hecho—, conviene precisar cuáles son sus efectos. Lo importante es identificar cuál es la regla general cuya aplicación desplazan —y cuál no—. En principio, los casos examinados son excepciones a la regla que impone al responsable del saneamiento el deber de indemnizar al afectado —y no, en cambio, a la regla que le impone responder por el saneamiento en general—. Esto significa, entonces, que, verificado alguno de los supuestos previstos en los incisos del art. 1040, el responsable no está obligado a indemnizar al adquirente, pero sí deberá asumir los demás deberes que le impone la responsabilidad por saneamiento, referidos en el art. 1039. Por lo tanto, y en la medida en que sea viable, el afectado conserva el derecho a optar entre cualquiera de las tres alternativas que la norma refiere:

- a) el saneamiento del título o la subsanación de los vicios;

- b) la entrega de un bien equivalente al transmitido, o
- c) la resolución del contrato.

Naturalmente, puede que en ciertos casos alguna de estas opciones no esté disponible. Por ejemplo, si el bien en cuestión no es fungible, no hay posibilidad de entregar otro equivalente. Puede, también, que el saneamiento del título o la subsanación de los vicios no sea posible. En otros, tal vez la resolución no esté habilitada. Como es lógico, en estos casos el beneficiario de la garantía tiene sus opciones acotadas a las que sean jurídica y materialmente viables. Pero, cabe insistir, incluso si así fuese, el descarte de estas opciones no sería una consecuencia de lo previsto en las excepciones del art. 1040, que se limita a liberar al enajenante de tener que indemnizar al adquirente, pero no de sus demás responsabilidades por saneamiento.

Cabe consignar, por último, que las consideraciones anteriores son aplicables, sin duda alguna, a las excepciones previstas en los incisos b), c) y d) del art. 1040. La situación es más compleja, en cambio, a la hora de interpretar el inciso a), tema que abordaremos a continuación.

8.2.3) Conocimiento o ignorancia culpable del adquirente

8.2.3.1) La excepción: vicio o peligro de evicción que el adquirente conoció o pudo conocer

De acuerdo con el art. 1040, inc. a), el adquirente que conoció o pudo conocer el peligro de la evicción o la existencia de vicios no tiene derecho a ser indemnizado.

A primera vista, la solución legal parece razonable: al contratar, el adquirente sabía o debía saber cuál era el riesgo al que se exponía; luego, ¿por qué habría de tener derecho a ser resarcido por el enajenante? Sin embargo, cabe preguntarse si el legislador no "se quedó corto": ¿por qué, en un caso así, el adquirente habría de tener derecho a invocar la garantía por saneamiento (aunque sea en esta versión devaluada, que no incluye el derecho al resarcimiento de los daños, pero sí la posibilidad de echar mano a los otros resortes [es decir, el saneamiento del título o la subsanación del vicio, la sustitución del bien o la resolución del contrato, todos ellos previstos en el art. 1039])? ¿no sería más razonable privarlo de la garantía por completo? Es más: en este supuesto, ¿hasta qué punto, realmente, el legislador priva al adquirente sólo del derecho resarcitorio, y no de la garantía de saneamiento en general? En los párrafos que siguen abordaremos estos interrogantes. Como veremos, la solución es la misma en el caso de los vicios ocultos que en el de la evicción. Con todo, como el panorama normativo es distinto en uno y otro régimen, bifurcaré su análisis.

8.2.3.2) Cómo juega la excepción respecto de los vicios ocultos

Como hemos visto, del art. 1040 resulta que el adquirente que conoció o pudo conocer la existencia del vicio no tiene derecho a ser indemnizado. Sin embargo, el tema se complica al poner sobre la mesa otra norma que, según parece, regula el mismo supuesto de hecho, aunque sólo con relación a los vicios redhibitorios. Está contenida en el art. 1053, que dispone lo siguiente:

Exclusiones. La responsabilidad por defectos ocultos no comprende: a. los defectos del bien que el adquirente conoció, o debió haber conocido mediante un examen adecuado a las circunstancias del caso al momento de la adquisición, excepto que haya hecho reserva expresa respecto de aquéllos.

Como puede advertirse, hay una superposición parcial entre los supuestos de hecho previstos en una y otra norma:

— El art. 1040, inc. a), se refiere al caso en el cual el adquirente conoció o pudo conocer el peligro de la evicción o la existencia de vicios.

— El art. 1053, inc. a), se refiere al caso en el cual el adquirente conoció o debió haber conocido los defectos del bien.

La zona de superposición se refiere al caso en el cual el adquirente conoció o pudo (o debió) conocer la existencia del vicio o defecto del bien. El problema es que, aparentemente, las consecuencias jurídicas previstas en una y otra norma son distintas (y, lo que es peor, en parte contradictorias). En concreto:

— De acuerdo con el art. 1040, el enajenante queda liberado de indemnizar al adquirente, pero no de los demás efectos de la responsabilidad por saneamiento.

— De acuerdo con el art. 1053, en cambio, el enajenante queda liberado de la responsabilidad por saneamiento en general, no sólo de indemnizar al adquirente. ¿De qué otro modo habría de interpretarse la frase según la cual "la responsabilidad por defectos ocultos no comprende" al caso analizado?

Las normas cotejadas, entonces, tienen coincidencias y diferencias. Coinciden en que el adquirente no tiene derecho a ser indemnizado por el enajenante. Pero se contradicen en cuanto a los demás efectos de la responsabilidad por saneamiento: según el art. 1040, operan; según el 1053, no.

La cuestión no es una mera divagación teórica, queda claro. Para mostrarlo, apelaré a un caso:

- A le vendió una cosa a B.
- La cosa tenía un vicio.
- B conoció o pudo conocer la existencia del vicio.
- La cosa no es fungible y el vicio no es subsanable.

Está claro que B no tiene derecho a ser indemnizado. En esto coinciden las dos normas cotejadas. Ahora bien, ¿tiene derecho a recurrir a los mecanismos de protección del art. 1039? Hay que descartar los previstos en los incisos a) (porque el vicio no es subsanable) y b) (porque el bien no es fungible). Quedaría la alternativa del inciso c): resolver el contrato. De ser viable, B tendría derecho a ejercer esta facultad. Por lo tanto, debería restituir la cosa defectuosa; en cuanto al precio, quedaría liberado de pagarlo (si aún no lo hizo) o tendría derecho a su restitución (si ya lo pagó).

Ahora bien, ¿tiene derecho a resolver el contrato? La respuesta afirmativa presupone que el adquirente que conoció o pudo conocer el vicio de la cosa sólo queda privado del derecho resarcitorio, pero no de los demás beneficios derivados del régimen del saneamiento. Se estaría priorizando, entonces, el art. 1040 por sobre el 1053. Si, en cambio, se adoptase la postura contraria, B no sólo no tendría derecho a ser indemnizado, sino a ninguna otra protección prevista en el régimen del saneamiento. No tendría derecho a nada, en suma. De ser así, debería quedarse con la cosa y, en cuanto al precio, debería pagarlo (si no lo hizo antes) o no tendría derecho a su restitución (si ya lo pagó). Es decir que absorbería por completo el perjuicio causado por el vicio.

¿Cuál de estas tesis es la correcta? Los principios tradicionales previstos para resolver las contradicciones normativas no nos sirven en este caso:

a) Los principios de jerarquía y temporalidad, por razones obvias: las normas enfrentadas son de similar jerarquía y entraron en vigencia simultáneamente.

b) El tema es más complejo con el principio de especialidad. A primera vista, hay una norma especial (la prevista en el art. 1053, que se refiere a los vicios ocultos en particular) y otra general (la prevista en el art. 1040, que se cuenta entre las disposiciones comunes al saneamiento por evicción y por vicios). Luego, podría afirmarse que, por el principio de especialidad, el art. 1053 (norma especial) desplaza al 1040 (norma general). Por lo tanto, cabría concluir que en el supuesto de hecho analizado el enajenante se libera por completo de la responsabilidad por saneamiento (y no sólo de tener que indemnizar al adquirente).

Como se verá, es la tesis correcta; con todo, no lo es en virtud de este principio. El principio de especialidad no es fruto de un capricho. Se parte de la base de que, si el legislador dispuso algo en una regla general y luego algo distinto en otra especial, es porque quiso que a ese caso especial se le aplicara esta última regla, y que la general quedase reservada para todos los demás casos respecto de los cuales no dispuso en particular algo distinto. Ahora bien, ¿es posible considerar que esto es lo que ocurre en el caso analizado? ¿Realmente cabe sostener que el legislador quiso establecer una regla general, para luego desplazarla en el caso de los vicios? No es lo que resulta de una lectura desprejuiciada del art. 1040. Vale recordar su texto:

El acreedor de la obligación de saneamiento también tiene derecho a la reparación de los daños en los casos previstos en el artículo 1039, excepto: a. si el adquirente conoció, o pudo conocer el peligro de la evicción o la existencia de vicios [...].

La regla general comprende, en realidad, dos casos: evicción y vicios. El legislador los enumera, los menciona a los dos. ¿Cabe sostener, seriamente, que luego tuvo la intención de "borrar con el codo lo que escribió con la mano"? Si, en definitiva, su intención era limitar la norma al caso de la evicción —esto es lo que implica, en definitiva, aplicar a este caso el principio de especialidad—, ¿tenía sentido que mencionase en forma expresa en la norma general que ésta también se aplicaba a los vicios? Evidentemente, no. Por lo demás, como veremos, la regla tampoco se aplica a la evicción. Por estas razones, lo mejor será no forzar la aplicación de un principio que a todas luces "no tiene vela en este entierro", y buscar por otros caminos la solución de este verdadero intrínquis.

Es preferible reconocer que ha habido un error legislativo, y tratar de enmendarlo de la manera más justa y útil, sabiendo de antemano que —como suele ocurrir en estos casos— quedarán a la vista algunas costuras (de lo contrario, no habría error).

Varias razones abonan la tesis de que, en un caso como el planteado, no opera la responsabilidad por saneamiento, *en ningún sentido* (y no sólo en lo que respecta a la responsabilidad civil). Esto quiere decir que, en el ejemplo referido, el comprador —B— no sólo no tendrá derecho a ser indemnizado, sino a ningún otro remedio derivado del régimen del saneamiento: la operación quedará firme y tendrá que pagar el precio (si no lo hizo antes) o no tendrá derecho a la restitución (si ya lo pagó). Las razones son las siguientes:

a) La consecuencia jurídica del artículo 1053 es evidente: que no opera la responsabilidad por saneamiento en general (y no sólo su capítulo resarcitorio):

— Es lo que resulta de una interpretación literal de su encabezamiento, según el cual “[l]a responsabilidad por defectos ocultos no comprende [...]”, y a continuación se enumeran los casos excluidos, entre los que se incluye el analizado.

— El inciso b) del artículo se refiere al caso en el cual los defectos de la cosa son posteriores a su entrega. No cabe duda alguna de que en este caso no corre la garantía por vicios. Ahora bien: como la consecuencia jurídica debe ser la misma para los dos supuestos enumerados, cabe concluir que esa consecuencia también se aplica al caso en el cual el adquirente conocía o debía conocer la existencia del vicio.

b) Si, como en el caso planteado, un vicio es conocido por el adquirente o puede serlo, entonces no es un vicio oculto, sino un vicio aparente. Luego, sería contradictorio aplicarle las reglas previstas, precisamente, para los vicios ocultos.

c) No parece justo que quien adquiere una cosa sabiendo o pudiendo saber que tiene un vicio luego pueda invocar la garantía por saneamiento. De hecho, ésta es la razón de ser del art. 1053, inc. a).

d) Aunque pueda sonar algo leguleyo, esta postura permite que se apliquen tanto el 1040 (que priva al adquirente del derecho indemnizatorio) como el 1053 (que lo priva de todo derecho derivado de la responsabilidad por saneamiento). A lo sumo, interpretado así el asunto, el defecto legislativo consistiría en que el art. 1040 sería parcialmente redundante, ya que implicaría excluir el deber de indemnizar, siendo que éste ya está excluido (junto con los demás dispositivos de la responsabilidad por saneamiento) por el art. 1053. De aplicarse la tesis contraria, en cambio, este último artículo no podría ser aplicado en lo que tiene que ver con la exclusión de la responsabilidad por saneamiento, salvo en lo que respecta al deber indemnizatorio.

A lo expuesto cabe agregar que, durante la vigencia del viejo régimen, esta solución era la que se aplicaba al caso planteado⁽²⁵⁾. Es cierto que no había normas contradictorias que lo regulasen, pero no está de más tomar nota de que esta regla ya se aplicaba y no había generado ningún reparo.

Sin duda, contra la tesis expuesta cabría argumentar que el art. 1040 dispone algo distinto: que en este caso el enajenante sólo se libera de indemnizar al adquirente, pero no de las demás responsabilidades derivadas del saneamiento. Sin embargo contra esto podría objetarse que, estrictamente,

(25) Véase BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Contratos*, 8ª ed., actualizado por Alejandro Borda, Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, t. I, p. 161.

la norma se limita a establecer que en este caso el adquirente no tiene derecho a ser indemnizado. Nada más. En particular, no dispone que sí tiene derecho a apelar a los demás medios de protección que incluye la responsabilidad por saneamiento. Esto último sólo podría sostenerse interpretando la norma *a contrario sensu* (“el adquirente que conoció o debió conocer la existencia del vicio solo pierde el derecho a ser indemnizado”).

Hay que admitir que la interpretación *a contrario sensu* está plenamente justificada en este caso. Sobran los elementos para considerar que, al redactar el art. 1040, el legislador quiso privar al adquirente sólo del derecho a ser indemnizado, pero no de los demás beneficios derivados de la responsabilidad por saneamiento⁽²⁶⁾. Esto implica reconocer, entonces, que hay una contradicción entre las normas cotejadas.

La razón por la cual el argumento de la contradicción es inaceptable es otra: su peso es neutro. Como en todo caso en que existen normas contradictorias, siempre que se privilegie la aplicación de una podrá sostenerse, en contra, que no se aplica la otra. En nuestro caso, por ejemplo, si se sostuviese que hay que aplicar el art. 1040, se podría objetar que se está avasallando el 1053. De ahí que su peso sea neutro. Lo que corresponde, entonces, es ponderar el problema, teniendo en cuenta el marco positivo, y adoptar la postura que sea más razonable, sabiendo de antemano que no será una solución perfecta, ya que siempre se podrá achacar el desplazamiento de la norma contradictoria con la escogida. Esta es la “costura” que no podrá ocultarse, a la que hice referencia. En definitiva, las razones enumeradas precedentemente son las que permiten sostener que lo más razonable es admitir la contradicción y aplicar el art. 1053 en desmedro del 1040.

Así las cosas, cabe concluir que, si el adquirente conoció o pudo (o debió) conocer la existencia del vicio, el enajenante no tiene ninguna responsabilidad por saneamiento⁽²⁷⁾.

8.2.3.3) *Cómo juega la excepción respecto de la evicción*

¿Qué ocurre si el adquirente conoció o pudo conocer el riesgo de la evicción? El tema también es abordado por el art. 1040, inc. a), según el cual, en este caso, el acreedor de la obligación de saneamiento no tiene derecho a la reparación de los daños. En definitiva, se dispone lo mismo que con relación al caso en el cual el adquirente conoció o pudo conocer la existencia del vicio, en el caso de los vicios ocultos. Pero hay una diferencia muy

(26) Véase *supra*, § 8.2.2.

(27) Véase CAFFERATA, Juan M., “La obligación de saneamiento en el Código Civil y Comercial de la Nación. Primeras aproximaciones al régimen legal”, cit., nota 7, § V.

relevante: en el párrafo relativo a la evicción no hay una norma similar a la establecida en el art. 1053 con respecto a los vicios redhibitorios —esto es, una norma que, ante el mismo supuesto de hecho, excluya por completo la responsabilidad por saneamiento—.

Así las cosas, entonces, en el supuesto planteado podría parecer que el adquirente no tiene derecho a que se le indemnice por la evicción, pero sí puede apelar a los demás dispositivos de protección que integran la responsabilidad por saneamiento. Sin embargo, no es así: como veremos, el régimen de la evicción no se aplica si el adquirente conoció o pudo conocer el peligro de la evicción. Se plantea, en definitiva, una situación similar a la de los vicios ocultos, examinada en el párrafo precedente, cuyas consideraciones resultan aquí aplicables, con las adaptaciones del caso.

Podría objetárseme que, al sostener que la garantía sólo opera si el adquirente no conoció ni pudo conocer el riesgo de la evicción, no sólo estoy afirmando algo sin base en la ley, sino, peor aún, *algo contra la ley*. Lo admito, aunque con una salvedad: contradigo la letra de la ley, no su espíritu o sentido. Es evidente que, en principio, y rectamente interpretado, nuestro sistema no responsabiliza por evicción al enajenante si el adquirente conoció o pudo conocer el vicio o la limitación en el derecho transmitido, o el riesgo de la evicción⁽²⁸⁾. De la buena fe —que, como sabemos, es una pauta central en la interpretación y ejecución de los contratos— se desprende que, si alguien adquiere un derecho sabiendo o debiendo saber que hay peligro de evicción o que está limitado, nada puede reclamarle al enajenante por esa limitación o en caso de que la evicción se concrete⁽²⁹⁾.

8.2.4) Ignorancia inculpable del enajenante

8.2.4.1) La excepción

Si el enajenante no conoció ni pudo conocer el *peligro de la evicción* o la existencia del vicio, tampoco debe resarcir al adquirente⁽³⁰⁾. La carga de la prueba de esta circunstancia pesa sobre el enajenante, que es quien la invoca⁽³¹⁾.

(28) En este sentido: TINTI, Guillermo P., en TINTI Guillermo P. - CALDERÓN, Maximiliano R. (dirs.), *Contratos según el Código Civil y Comercial. Parte general. 1*, Zavallá, Buenos Aires, 2016, ps. 250-251. En contra, considerando que el enajenando es responsable por el saneamiento, y que de lo único que se libera es de indemnizar al adquirente: ROCCA, Ricardo, en STIGLITZ, Rubén S. (dir.), *Contratos civiles y comerciales. Parte general*, cit., t. II, nota 13, ps. 448-449 (aunque criticando la solución legal).

(29) Véase IBÁÑEZ, Carlos M., *Derecho de los contratos*, Ábaco, Buenos Aires, 2010, p. 702.

(30) Art. 1040, inc. b).

(31) Véase CAFFERATA, Juan M., "La obligación de saneamiento en el Código Civil y Comercial de la Nación. Primeras aproximaciones al régimen legal", cit., nota 7, § IV; APARICIO,

Podría pensarse que, al consagrar esta exención, el legislador se aparta de la regla tradicional, según la cual el régimen del saneamiento opera en forma objetiva —esto es, prescindiendo del dolo y de la culpa del responsable—. Sin embargo, sólo es así parcialmente.

Es cierto que la norma analizada implica, en definitiva, subjetivizar la responsabilidad del enajenante: no responde si no conoció (ausencia de dolo) ni pudo conocer (ausencia de culpa) el peligro de la evicción o la existencia del vicio. Sin embargo, esto sólo implica que se libera de indemnizar al adquirente, pero no de los demás efectos de la responsabilidad por saneamiento.

8.2.4.2) Sobre el ámbito de aplicación de esta eximente

Por último, cabe señalar que, para un sector de la doctrina, esta eximente sólo se aplica a la responsabilidad por vicios ocultos, no a la responsabilidad por evicción⁽³²⁾. ¿El argumento? Que la ley se reputa conocida por todos⁽³³⁾. La tesis se apoya, entonces, en la regla general prevista en el art. 8° del Cód. Civ. y Com., según el cual "[l]a ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento, si la excepción no está autorizada por el ordenamiento jurídico".

La tesis es inaceptable, por varias razones. El texto del art. 1040 es contundente y no deja margen para la duda: el enajenante no responde si "[...] no conoció, ni pudo conocer el peligro de la evicción o la existencia de vicios [...]"⁽³⁴⁾. Se alude en forma expresa a la evicción. Por lo demás, la tesis criticada parte de un presupuesto: que la ignorancia del peligro de la evicción sólo puede basarse en el desconocimiento de las leyes. Sin embargo, no es así: es perfectamente posible que alguien, por ignorar un hecho —por ejemplo, la existencia de un acto jurídico—, desconozca, en consecuencia, el riesgo de la evicción. Al margen de esto último, y en el peor de los casos, el art. 1040 estaría estableciendo una "excepción autorizada" a la regla del art. 8°, posibilidad prevista expresamente en esta norma. Por lo tanto, cabe concluir que la eximente se aplica tanto a la responsabilidad por vicios ocultos como a la responsabilidad por evicción.

Juan M., *Contratos*, cit., t. I, nota 20, p. 427; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, en ALTERINI, Jorge (dir.) - ALTERINI, Ignacio (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, cit., t. V, nota 2, p. 547; NICOLAU, Noemí L., "La obligación de saneamiento...", cit., nota 22, § II.4.

(32) Véase LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, en ALTERINI, Jorge (dir.) - ALTERINI, Ignacio (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, cit., t. V, nota 2, p. 547.

(33) Véase *idem*.

(34) Énfasis agregado.

8.2.4.3) *Contraexcepción: enajenante profesional*⁽³⁵⁾8.2.4.3.1) *Lo que resulta del art. 1040*

Existe, a su vez, una excepción a la excepción: el beneficio no puede ser invocado por el enajenante que actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde la enajenación. De ser el caso, se aplica, entonces, la regla general: debe indemnizar al adquirente. Así lo dispone el art. 1040. Es lo razonable: la profesionalidad del contratante le impide alegar el desconocimiento del vicio.

De todos modos, esta contraexcepción sólo se aplica en el caso de los vicios ocultos. Si fuesen aparentes, nos encontraríamos, lisa y llanamente, fuera del ámbito de la responsabilidad por saneamiento, de modo que el enajenante, *por más que fuese un profesional*, no sería responsable frente al adquirente⁽³⁶⁾. Y aquí no tiene ninguna importancia que el vicio haya sido conocido o fuese cognoscible —como, por definición, ha de serlo, dado que se trata de un vicio aparente—. (La situación es distinta, en cambio, cuando se trata de un contrato de consumo, supuesto en el cual el profesional, a pesar de la apariencia del vicio, también puede resultar responsable en ciertos casos⁽³⁷⁾. De todos modos, su tratamiento excede los límites de este artículo, cuyo objeto de estudio no incluye los contratos de consumo).

8.2.4.3.2) *La excepción de la contraexcepción: adquirente profesional*

Según el mismo art. 1040, si el adquirente también se desempeña profesionalmente en esa actividad, el enajenante, por más que él también sea un profesional, no debe indemnizarlo (si no conoció ni pudo conocer el peligro de la evicción o la existencia del vicio, se entiende).

8.2.5) *Transmisión a riesgo del adquirente*

Según el inciso c) del art. 1040, el adquirente tampoco tiene derecho a ser indemnizado si la transmisión se realizó a su riesgo.

(35) Tal vez llame la atención que sólo trate esta contraexcepción respecto de lo previsto en el inc. b) del art. 1040 (que se refiere a la ignorancia inculpada del riesgo de la evicción o del vicio por parte del enajenante), siendo que también está prevista respecto del inc. a) (que se refiere al conocimiento o la ignorancia culpable de la evicción o del vicio por parte del adquirente). La razón es que, como hemos visto, en los supuestos subsumibles en el inc. a), lisa y llanamente, no hay responsabilidad por saneamiento. Al respecto, véase *supra*, § 8.2.3.

(36) En el mismo sentido: APARICIO, Juan M., *Contratos*, cit., t. I, nota 20, p. 447 (aunque basándose en otro razonamiento).

(37) Conforme al art. 11 de la ley 24.240, “[c]uando se comercialicen cosas muebles no consumibles conforme lo establece el artículo 2325 del Código Civil, el consumidor y los sucesivos adquirentes gozarán de garantía legal por los defectos o vicios de cualquier índole, aunque hayan sido ostensibles o manifiestos al tiempo del contrato, cuando afecten la identidad entre lo ofrecido y lo entregado, o su correcto funcionamiento”.

Vale aclarar, una vez más, que el enajenante no se libera por completo de la responsabilidad por saneamiento, sino sólo de indemnizar al adquirente, de modo que este último podrá echar mano de los demás dispositivos de protección previstos para el saneamiento en general en el art. 1039: el saneamiento del título o la subsanación de los vicios (inc. a)], la sustitución del bien (inc. b)] o la resolución del contrato (inc. c)]⁽³⁸⁾. Pero no tendrá derecho a ser indemnizado.

Evidentemente, un pacto de este tipo le imprime una dosis de aleatoriedad al contrato. De todos modos, esto no implica que en todo contrato aleatorio el adquirente carece del derecho a ser indemnizado en virtud del saneamiento: para que esto ocurra es preciso que se haya pactado que asumiría este riesgo en particular. E, incluso siendo así, como hemos visto, sólo asume el riesgo de no ser indemnizado, sin renunciar a los demás beneficios que le reporta el régimen de la responsabilidad por saneamiento.

El carácter aleatorio de la adquisición debe resultar claramente del contrato⁽³⁹⁾. Así se desprende del art. 1037, que impone la interpretación restrictiva de este tipo de cláusulas.

La excepción analizada no es aplicable a los contratos de consumo ni a los celebrados por adhesión⁽⁴⁰⁾. Es una consecuencia elemental del recorte que la autonomía privada sufre en estos ámbitos cuando se ejerce en desmedro del consumidor o adherente.

8.2.6) *Subasta judicial o administrativa*

El adquirente tampoco tiene derecho a ser indemnizado por saneamiento si su adquisición resulta de una subasta judicial o administrativa⁽⁴¹⁾.

El viejo Código Civil contenía normas similares, aunque parcialmente distintas entre sí. En lo que respecta a la evicción, el tema era abordado en su art. 2122 según el cual, “[e]n las ventas forzadas hechas por la autoridad

(38) En este sentido: CAFFERATA, Juan M., “La obligación de saneamiento en el Código Civil y Comercial de la Nación. Primeras aproximaciones al régimen legal”, cit., nota 7, § IV y V (criticando la solución legal, ya que entiende que en este caso el enajenante debería haber quedado libre de toda responsabilidad, y no sólo del deber de indemnizar al adquirente). En contra, considerando que el enajenante se libera de toda responsabilidad, y no sólo de la de indemnizar al adquirente: APARICIO, Juan M., *Contratos*, cit., t. I, nota 20, p. 434. El criterio, en abstracto, es razonable, pero insostenible en nuestro derecho vigente, dada la contundencia de los términos del art. 1040, inc. c).

(39) Véase LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, en ALTERINI, Jorge (dir.) - ALTERINI, Ignacio (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, cit., t. V, nota 2, p. 548.

(40) Véase NICOLAU, Noemí L., “La obligación de saneamiento...”, cit., nota 22, § II.4.

(41) Art. 1040, inc. d).

de la justicia, el vendedor no está obligado por la evicción, sino a restituir el precio que produjo la venta". En cuanto a los vicios, el art. 2171 disponía que "[e]stá igualmente libre de responsabilidad por los vicios redhibitorios si el adquirente obtuvo la cosa por remate, o adjudicación judicial".

El nuevo régimen extiende el ámbito de aplicación de la regla, en varios sentidos:

a) No sólo se aplica las subastas judiciales, sino también a las administrativas.

b) Rige tanto para las ejecuciones forzadas como para las enajenaciones voluntarias⁽⁴²⁾. Por ejemplo, las subastas realizadas por decisión de los comuneros o a pedido de los herederos⁽⁴³⁾.

En cuanto al impacto de la eximente, para efectuar el cotejo entre el nuevo y el viejo sistema es necesario diferenciar, en lo que respecta a este último, el régimen de la evicción del régimen de los vicios. La razón es la siguiente:

— En lo que refiere a la evicción, el Cód. Civ. coincidía en su regulación con lo dispuesto en la norma ahora vigente: que, en estos casos, el enajenante no está obligado a indemnizar al adquirente, pero no se libera de los demás efectos de la responsabilidad por saneamiento. La técnica de la norma nueva es mucho más depurada, pero, en definitiva, dispone lo mismo que la vieja.

— En cuanto a la responsabilidad por vicios, en cambio, los regímenes cotejados son asimétricos. En el nuevo régimen, el enajenante sólo se libera de resarcir al adquirente, pero no de las demás responsabilidades por saneamiento; en el viejo, en cambio, y en lo que refería a los vicios redhibitorios, la liberación de responsabilidad era total.

(42) Véase APARICIO, Juan M., *Contratos*, cit., t. I, nota 20, p. 433; FRUSTAGLI, Sandra A., en NICOLAU, Noemí L. - HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.) - FRUSTAGLI, Sandra A. (coord.), *Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., nota 6, p. 407; HERNÁNDEZ, Carlos A. - FRUSTAGLI, Sandra A., en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.) - DE LORENZO, Miguel F. - LORENZETTI, Pablo (coords.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, cit., t. VI, nota 24, p. 72. En contra, considerando que la norma no se aplica a las subastas judiciales o administrativas no forzadas: BORDA, Alejandro, en BORDA, Alejandro (dir.), *Derecho civil. Contratos*, cit., nota 3, p. 221; SAGARNA, Fernando A., "La garantía por vicios redhibitorios en el Código Civil y Comercial de la Nación...", cit., nota 1, § XIII.

(43) Véase FRUSTAGLI, Sandra A., en NICOLAU, Noemí L. - HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.) - FRUSTAGLI, Sandra A. (coord.), *Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., nota 6, p. 407; HERNÁNDEZ, Carlos A. - FRUSTAGLI, Sandra A., en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.) - DE LORENZO, Miguel F. - LORENZETTI, Pablo (coords.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, cit., t. VI, nota 24, p. 72.

En consecuencia, en el nuevo sistema del Código Civil y Comercial, el ejecutado no está obligado a indemnizar al adquirente, pero sí debe asumir las demás responsabilidades propias del saneamiento. Por lo tanto, el adquirente frustrado podrá apelar a los distintos resortes previstos en el art. 1039. Es probable que, por el tipo de caso de que se trata, sólo pueda echar mano a la resolución del contrato, particularmente si se trata de un caso de evicción. De ser así, se deberá restituir el precio (de lo contrario, se produciría un enriquecimiento sin causa)⁽⁴⁴⁾. Sin embargo, si se trató de una ejecución forzada y el ejecutado percibió sólo una parte del precio, por haberse destinado la otra a pagar a los acreedores ejecutantes, sólo deberá restituir la parte que haya percibido efectivamente⁽⁴⁵⁾, y los acreedores deberán restituir la suya —ya que la ejecución, en definitiva, se realizó sin derecho, dado que la cosa no era de su deudor—⁽⁴⁶⁾. Lógicamente, en caso de haber actuado de mala fe, por acción o por omisión, tanto el ejecutado como sus acreedores serán responsables por los daños derivados de la evicción⁽⁴⁷⁾. ♦

(44) Véase BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Contratos*, cit., t. I, nota 25, p. 130.

(45) Véase APARICIO, Juan M., *Contratos*, cit., t. I, nota 20, p. 433.

(46) Véase BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Contratos*, cit., t. I, nota 25, p. 130.

(47) Véase BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Contratos*, cit., t. I, p. 130.

EL ANATOCISMO EN EL RÉGIMEN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

POR FULVIO G. A. SANTARELLI

SUMARIO: I. Una idea preliminar. II. Una breve evolución del anatocismo. III. El anatocismo en el Código Civil y Comercial.

I. Una idea preliminar

El anatocismo se vincula al interés, más concretamente, se trata de un modo de devengamiento del interés y su anexión o cúmulo al capital, con potencialidad de generar nuevos intereses sobre la mencionada suma.

La raíz de las miradas restrictivas a la procedencia del anatocismo provienen de un concepto básico: el interés es el precio que se paga por el uso del capital ajeno. Es el fruto civil por excelencia.

De permitirse su acumulación al capital, se estaría generando "el precio del precio", habría una generación de renta sobre la renta misma, ya no del capital —de hecho, anatocismo, del griego, significa, "sobre" "el fruto"—; metodológicamente, se estaría generando un exceso en el precio del capital.

De allí que el punto de partida de las legislaciones decimonónicas civiles haya sido su prohibición, admitiendo excepciones. Hete aquí un aspecto de la cuestión.

De otro lado, la modernidad por la que transitó el siglo XX, y la posmodernidad que trasunta la actual centuria, refieren a la aceleración de los tiempos, y el capital está estrechamente vinculado a él; la tasa —como medida del interés— se compone de capital y tiempo —lo manda la lógica matemática—; el reintegro del capital permite nuevos giros, la circulación genera efectos multiplicativos; en este entorno, la autorización a la capitalización de los intereses es funcional a la circulación del capital; lo que explica que la veda se ha ido flexibilizando al punto de poner en duda si es un principio o excepción.

II. Una breve evolución del anatocismo

Se relata que en Roma, durante los tres primeros siglos, no existía regulación alguna acerca de la tasa de interés —usura—⁽¹⁾, cuestión que se volvió relevante habida cuenta de los elevados intereses que se pactaban, al punto de provocar una sedición en el año 260 de Roma⁽²⁾. Consecuencia de ello, se pasó de prohibir el interés, a limitarlo en su tasa⁽³⁾; empero, lo relevante aquí es que fue Cicerón quien permitió el sistema de uso griego de devengamiento mensual del interés⁽⁴⁾ —para lo cual se utilizaba el sistema de las “calendas griegas”—, de modo tal que la práctica de unir periódicamente el interés al capital se extendió.

El anatocismo primero fue limitado y luego prohibido; para tal tesitura, se conjugaron dos razones: por un lado, el resultado ruinoso que arroja el método de capitalización; por otro, la “elegancia jurídica” que parecía chocar con la idea de que un accesorio, como lo es el interés, origine otro “*accessio accessionis non datur*”⁽⁵⁾. La primera limitación del anatocismo consistió en que sólo precedía la capitalización al año de la deuda “*anatocismus anniversarius*” de los intereses impagos. El anatocismo siguió la zigzagueante trayectoria del interés en la legislación. Lo cierto es que estas ideas se arrimaron a la codificación napoleónica en términos precavidos: “Si es necesario que el dinero tenga un precio, también es necesario que este precio sea poco considerable. El interés moderado del dinero alienta todas las empresas útiles...”⁽⁶⁾; de modo tal que —respecto del anatocismo— el art. 1154 del *Code* permitió la capitalización por demanda judicial, o por convención especial, en la medida en que se trate de intereses adeudados por un año entero.

Vélez Sarsfield, tributario de estas ideas, establece la regla en el art. 623 del Código Civil: “no se deben intereses de intereses sino por obligación

(1) En la actualidad, “usura” significa, según el *Diccionario* de Real Academia Española: “1. f. Interés excesivo en un préstamo. 2. f. Ganancia, fruto, utilidad o aumento que se saca de algo, especialmente cuando es excesivo. 3. f. Interés ilícito que se llevaba por el dinero o el género en el contrato de mutuo o préstamo. 4. f. Deterioro o desgaste. Mostraba las huellas de la usura del tiempo”. Sin embargo, en Roma, “usura” es el nombre del precio por el uso; sin aludir necesariamente al componente excesivo o ilícito. Es más, el nombre de “interés” aparece con posterioridad (s. XIII) cuando la Iglesia Católica aceptó las creces dinerarias a los préstamos bajo la idea de que venían a enjugar el daño por la privación temporal de la cantidad prestada. Ver DÓRS, Álvaro, *Derecho privado romano*, Pamplona, 2004, nro. 391, p. 480.

(2) PETIT, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano*, trad. de Ferrandez González, Albatros, Buenos Aires, 1961, nro. 351, p. 469.

(3) PETIT, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano*, cit.

(4) PETIT, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano*, cit.

(5) POLACCO, Vittorio, *L'Obbligazioni*, Roma, 1915, p. 662.

(6) ALTERINI, Jorge H., “Nota introductoria”, en PORTALIS, Jean-Etienne-Marie, *Discurso preliminar del Código Civil francés*, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 36.

posterior”; es decir, que la prohibición recaía sobre la capitalización de intereses futuros, aún no devengados⁽⁷⁾. No obstante, la prohibición no era absoluta: i) se permitía la capitalización dispuesta por convención posterior al devengamiento de los intereses; ii) la capitalización resultante de la condena judicial y la mora subsiguiente; iii) en materia comercial existían supuestos de autorización legal del anatocismo (en la cuenta corriente bancaria, el art. 795 del Cód. de Com.; en la cuenta corriente mercantil, art. 788 del Cód. Com.), entre otros. La regla era categorizada como de orden público, idónea para sustentar una nulidad absoluta, no obstante, de índole parcial, habida cuenta del carácter accesorio de los intereses⁽⁸⁾. El texto original de la norma recibió, a partir del art. 11 de la ley 23.928, una nueva redacción que flexibilizó la prohibición, así, con tal modificación el texto quedó redactado en estos términos: “No se deben intereses de los intereses, sino por convención expresa, que autorice su acumulación al capital, con la periodicidad que acuerden las partes, o cuando liquidada la deuda judicialmente con los intereses, el juez mandase pagar la suma que resultare, y el deudor fuese moroso en hacerlo. Serán válidos los acuerdos de capitalización de intereses que se basen en la evolución periódica de la tasa de interés de plaza”. Quedando inalterados los supuestos del Código de Comercio.

La reciente reforma al Código Civil francés mantiene básicamente la regla del Código de Napoleón, ahora contenida en el art. 1343-2, según la cual los intereses pueden capitalizarse, pero no automáticamente, ello puede ocurrir por fuente convencional o judicial, en ambos casos a condición de que se trate de intereses devengados por el plazo de un año⁽⁹⁾.

III. El anatocismo en el Código Civil y Comercial

Se encuentra regulado en el art. 770, el cual sienta la regla y seguidamente sus excepciones, en estos términos: “No se deben intereses de los intereses, excepto que

“a) una cláusula expresa autorice la acumulación de los intereses al capital con una periodicidad no inferior a seis meses;

“b) la obligación se demande judicialmente; en este caso, la acumulación opera desde la fecha de la notificación de la demanda;

(7) LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, t. II-A, nro. 931, p. 179.

(8) ALTERINI, Jorge H. - AMEAL, Oscar J. - LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, nro. 1112.

(9) “Les intérêts échus, dus au moins pour une année entière, produisent intérêt si le contrat l'a prévu ou si une décision de justice le précise”.

"c) la obligación se liquide judicialmente; en este caso, la capitalización se produce desde que el juez manda pagar la suma resultante y el deudor es moroso en hacerlo;

"d) otras disposiciones legales prevean la acumulación"

Además, para la cuenta corriente bancaria se registra el art. 1398: "El saldo deudor de la cuenta corriente genera intereses, que se capitalizan trimestralmente, excepto que lo contrario resulte de la reglamentación, de la convención o de los usos. Las partes pueden convenir que el saldo acreedor de la cuenta corriente genere intereses capitalizables en los períodos y a la tasa que libremente pacten". Para la cuenta corriente mercantil, el art. 1433 establece: "Excepto pacto en contrario, se entiende que: [...] b) el saldo se considera capital productivo de intereses, aplicándose la tasa según el inciso a);

"c) las partes pueden convenir la capitalización de intereses en plazos inferiores al de un período [...]"

De las normas relacionadas, surge que el anatocismo puede ser de fuente convencional o voluntaria, y de fuente legal. En efecto, el inc. a) del art. 770 previene la posibilidad del pacto de capitalización de intereses; mientras los demás incisos aluden con fuente legal de tal modo de acumulación del interés al capital.

1. Del pacto de anatocismo

Se permite el pacto de capitalización de intereses, liberándolo de toda restricción respecto de su oportunidad en relación con el nacimiento de la obligación, es decir, puede ocurrir antes o después de nacida la obligación. No obstante, se fija un límite, la periodicidad de acumulación no puede ser de un período menor de seis meses⁽¹⁰⁾. El pacto no requiere formalidad alguna, mientras que su antecesor, el art. 623 del Código Civil, exigía "convención expresa". En este punto, es menester subrayar que en el marco de los contratos de consumo, el acuerdo de capitalización debe estar debidamente informado —art. 4°, ley 24.240— y en los contratos bancarios, en los que se refiere a su mandato de transparencia (arts. 1378-1383, Cód. Civ. y Com.), es exigida la forma escrita: art 1380: "Los contratos deben instrumentarse por escrito, conforme a los medios regulados por este Código. El cliente tiene derecho a que se le entregue un ejemplar".

(10) Repárese que en los supuestos de los saldos deudores de la cuenta corriente bancaria, el plazo de capitalización sugerido por la ley es de tres meses; lo que se explica por el carácter del "servicio de caja" que involucra a tal contrato; es decir, desincentiva el uso del saldo deudor como medio de financiación permanente por parte del cuentacorrentista.

2. El anatocismo de fuente legal

Los incs. b) y c) del art. 770 distinguen dos eventuales momentos que la prolongación de la mora del deudor autoriza a capitalizar los intereses devengados a tales eventos, ellos son: la notificación de la demanda y la orden judicial de pago de la deuda líquida. En el primer caso, supone una deuda, que viene devengando intereses, se demanda judicialmente su pago, en la liquidación posterior se pueden capitalizar esos intereses devengados desde el momento de la mora hasta la fecha de notificación de la demanda. Luego, habiendo sentencia que mande a pagar la deuda, si el deudor sostiene su contumacia respecto del pago, al momento de la liquidación puede capitalizarse el tramo de intereses devengados desde la notificación de la demanda hasta la liquidación de la deuda, para lo cual debe mediar intimación y ésta no ser atendida por parte del deudor⁽¹¹⁾.

Se ha criticado esta doble posibilidad de acumulación por conducir a intereses excesivos⁽¹²⁾; empero, debe meritarse que se trata, no sólo de un deudor moroso, sino de quien notificado de la demanda de pago mantiene su conducta ajena a derecho; por lo cual es una cuestión de política legislativa no permitir financiarse con el trámite judicial que presenta una morosidad, que combinada con la contumacia pertinaz referida, afectan sensiblemente al crédito.

3. Carácter del art. 770 del Código Civil y Comercial

Las precisiones contenidas en la norma están imbuidas del orden público⁽¹³⁾. Ello no sólo atañe al pacto y sus limitaciones ya referidas, sino al modo en que opera el anatocismo en los casos de los incs. b) y c); ello descarta que entre las oportunidades procesales previstas de acumulación intermedien otros acontecimientos con virtualidad acumulativa del interés al capital, o cualquier otra alternativa que subvierta el margen dado por las precisiones de la norma.

La nulidad es, pues, absoluta y parcial, habida cuenta del carácter accesorio de la obligación de intereses. ♦

(11) Ver "Elena Margarita Aranda y otro c. Luis Ángel Ferreyra y/o Batallón de Ingenieros de combate 141 s/sumario", del 20/12/2016, dictamen de la procuradora fiscal que la Corte hace suyo.

(12) OSSOLA, Federico, *Obligaciones*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2016, p. 338.

(13) En igual sentido CALVO COSTA, Carlos, *Derecho de las obligaciones*, 2ª ed., Buenos Aires, 2016, t. 1, p. 280.

LAS SIMPLES ASOCIACIONES Y EL INCUMPLIMIENTO DE LA FORMA IMPUESTA

POR JOSÉ W. TOBIÁS

SUMARIO: 1. Las simples asociaciones y la forma impuesta al acto constitutivo. 2. Naturaleza jurídica. Antecedentes. 3. Las simples asociaciones en los proyectos de reforma del Código. 4. El incumplimiento de la forma impuesta.

1. Las simples asociaciones y la forma impuesta al acto constitutivo

Junto con las asociaciones civiles que requieren autorización del Estado para funcionar (art. 169), coexisten muchas entidades que, debido a sus particulares características (*infra* enseguida), no gestionan la autorización estatal. Son las simples asociaciones a las que se refería el art. 46 del Código Civil derogado y a las que el nuevo Código les reconoce la personería jurídica (art. 148, inc. c)].

Establece el art. 187 del nuevo Código, no obstante, que el acto constitutivo —debe entenderse que también los estatutos— de la simple asociación deben ser otorgados por instrumento público o por instrumento privado con firma certificada notarialmente, sin que sea necesaria autorización estatal posterior o inscripción como en las asociaciones civiles⁽¹⁾.

La Comisión Bicameral eliminó la exigencia de escritura pública incluida en el texto originario para flexibilizar las formas de constitución de estas simples asociaciones.

Establece, además, el señalado artículo, que se debe agregar al nombre de la entidad el aditamento “simple asociación” o “asociación simple”. Es lo que permitirá a propios y terceros conocer la naturaleza jurídica de esta forma asociativa⁽²⁾.

(1) NIEL PUIG, Luis P., “Asociaciones civiles, simples asociaciones y fundaciones”, RDPyC 2012-3-32.

(2) NIEL PUIG, Luis P., “Asociaciones civiles, simples asociaciones y fundaciones”, cit.

El precepto no contempla a las simples asociaciones no constituidas bajo la forma impuesta (a las que se refería el art. 46 —según texto de la ley 17.711— del Código Civil derogado). Esto plantea el problema de la naturaleza que ha de atribuirse a aquellas entidades que no cumplan las formas impuestas por el artículo para su constitución.

Pero siendo ello así, ¿cuál ha de ser el carácter que ha de atribuirse a esa reunión permanente de personas? ¿Y cuál ha de ser el régimen de responsabilidad de quienes contrajeron obligaciones en nombre del grupo? ¿Y la de los miembros del grupo o los fundadores?

Un problema distinto —de similar importancia— es el de las simples asociaciones constituidas bajo la vigencia del Código Civil derogado, incumpliendo las formas que establecía el art. 46, ¿habrá que considerar que siguen siendo sujetos de derecho —como antes lo sostenía un sector de la doctrina— y que continúa rigiendo el régimen de responsabilidad que contemplaba el indicado artículo? (Una suerte de ultraactividad de la ley anterior) ¿O habrá que igualarlas a la naturaleza y consecuencias que se atribuyan a las reuniones de personas que se constituyan luego de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial?

En la consideración de estos temas no puede prescindirse de considerar la importancia que ellas tienen en la vida social cumpliendo finalidades no lucrativas muy variadas (culturales, políticas, deportivas, religiosas, etc.) comprendiendo nucleamientos de vecinos, comedores, entidades de fomento, bibliotecas y otras comunitarias⁽³⁾.

Se retoma el tema en el número 4, luego de reseñar el régimen de las simples asociaciones bajo la vigencia del Código Civil derogado y de mencionar las soluciones de los Proyectos de reforma.

2. Naturaleza jurídica. Antecedentes

El artículo 148 establece que las simples asociaciones a que se refiere esta sección 2ª son personas jurídicas privadas, concluyendo con la anterior discusión sobre la naturaleza jurídica de estas entidades⁽⁴⁾.

(3) Observa RAGAZZI, Guillermo E., "Las asociaciones civiles, simples asociaciones y fundaciones en el Código Civil y Comercial", en ALEGRIA, Héctor (dir.), *Sociedades y asociaciones en el Código Civil y Comercial*, Instituto de Derecho Comercial, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2015, p. 128, que "se estima que funcionan en el país cerca de 110.000 organizaciones sociales de las cuales sólo el veinte por ciento han sido autorizadas..."

(4) CROVI, Luis D., "El nuevo régimen legal de las personas jurídicas en el Código Civil y Comercial de la Nación", LL, Supl. Esp., Buenos Aires, 2014, p. 15.

Bajo el sistema anterior, para algunos autores, el concepto de asociación era independiente de la personería jurídica. En consecuencia podían existir asociaciones reconocidas por el Estado y también asociaciones no reconocidas por el mismo Estado, asociaciones con personería jurídica y asociaciones sin personería jurídica⁽⁵⁾. En esa línea de ideas, constituían una manifestación particular del derecho constitucional de asociarse con fines útiles que debía poder ejercerse sin el cumplimiento de formalidades⁽⁶⁾.

Como es sabido, el artículo 46 del Código de Vélez Sarsfield establecía que "las asociaciones que no tienen existencia legal como personas jurídicas, serán consideradas como simples asociaciones civiles, comerciales o religiosas, según el fin de su instituto".

En ese esquema de pensamiento, sólo eran personas jurídicas las enumeradas en el art. 33, pero la libertad de asociación garantizada por la Constitución Nacional (art. 14), permitía a las personas asociarse con fines útiles sin que, necesariamente, adoptaran la forma de personas jurídicas⁽⁷⁾.

Una tesis tradicional, sin embargo, había negado la calidad de sujetos de derechos de las simples asociaciones⁽⁸⁾, considerando más bien —con matices— que los bienes que se aportaban a ellas constituían un condominio entre los miembros y que no podían estar en juicio como tales⁽⁹⁾.

No se les reconocía ni capacidad ni responsabilidad propia; los actos de la asociación eran los de sus asociados, siendo éstos responsables por la

(5) LLOVERAS DE RESK, María E., en BUERES, Alberto J. (dir.), *Código Civil y normas complementarias*, reimpresión restringida de la 1ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2017, t. 1-A, p. 451.

(6) CROVI, Luis D., "Primeras reflexiones sobre la regulación proyectada para las asociaciones civiles y fundaciones", en RIVERA, Julio C., *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, p. 110.

(7) Decía la nota al artículo: "queda así a los particulares la libertad de hacer las asociaciones que quieran, sean religiosas, de beneficencia, o meramente industriales, sin necesidad de previa licencia de la autoridad pública, como lo exigía el derecho romano y el derecho español; pero esas asociaciones no tendrán el carácter que el código da a las personas jurídicas, creadas por un interés público; y sus miembros, en sus derechos respectivos o en sus relaciones con los derechos, de un tercero, serán regidos por las leyes generales".

(8) PÁEZ, Juan L., *Tratado teórico práctico de las asociaciones*, 3ª ed., Ediar, Buenos Aires, 1964, ps. 551 y ss.; BUSSO, Eduardo, *Código Civil comentado*, Ediar, Buenos Aires, t. I, p. 383; ARÁUZ CASTEX, Manuel, *Derecho civil. Parte general*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, t. I, p. 503; BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Parte general*, 14ª ed., actualizado por Guillermo J. Borda, La Ley, Buenos Aires, 2013, t. I, ps. 652 y ss. (aunque para el autor la solución —de estricta lógica— no se compaginaba con las exigencias de la vida jurídica).

(9) Las citas jurisprudenciales en, LAVALLE COBO, Jorge, en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.), *Código Civil y leyes complementarias*, Astrea, Buenos Aires, 1998, t. 1, p. 247.

acción de la entidad y teniendo que formar litisconsorcio pasivo cada vez que la asociación era demandada⁽¹⁰⁾.

En presencia de situaciones que requerían resolver el problema sobre bases de justicia, sin embargo, la jurisprudencia comenzó a reconocer a estas simples asociaciones capacidad para estar en juicio como actor o demandado, como también capacidad para contratar⁽¹¹⁾. En parecida línea de ideas, una calificada doctrina consideraba inadmisibles la asimilación de la simple asociación a un condominio y le reconocía la calidad de sujeto de derecho⁽¹²⁾.

Afirmaba un autor que se tornaba imperiosa una reforma del artículo, no sólo para consagrar una jurisprudencia que respondía a una verdadera necesidad social, sino también para fijar con claridad el tipo de sujeto de derecho de que se trataba y cómo se distinguía de las asociaciones con personería jurídica otorgada por el Estado⁽¹³⁾.

Así, la ley 17.711 mantuvo el art. 46, aunque suprimiendo toda referencia a las asociaciones comerciales (la ley de sociedades regulaba el tema en particular y además las asociaciones civiles carecen de fines de lucro)⁽¹⁴⁾ y agregó un segundo párrafo: "Son sujetos de derecho, siempre que la constitución y designación de autoridades se acredite por escritura pública o instrumentos privados de autenticidad certificada por escribano público. De lo contrario, todos los miembros fundadores de la asociación y sus administradores asumen responsabilidad solidaria por los actos de ésta. Supletoriamente regirán a las asociaciones a que este artículo se refiere, las normas de la sociedad civil".

Quedaba claro que el texto distinguía dos tipos de simples asociaciones, según la forma que hubieran adoptado: aquellas cuya constitución y designación de autoridades había sido hecha por escritura pública o por instrumento privado de autenticidad certificada por escribano público y

(10) CROVI, Luis D., *Régimen legal de las asociaciones civiles*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. 118.

(11) LLOVERAS DE RESK, María E., en BUERES, Alberto J. (dir.), *Código Civil y normas complementarias*, cit., t. 1-A, p. 452.

(12) LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, 24ª ed., actualizado por Patricio J. Raffo Benegas, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, t. II, p. 127; SPOTA, Alberto G., *Tratado de derecho civil*, Depalma, Buenos Aires, vol. 3.1, ps. 94 y ss. Un autor, incluso, consideraba que ellas eran —directamente— "personas jurídicas" (BOUZAT, Luis, "Régimen de las simples asociaciones", en MORELLO, Augusto M. (dir.), *Examen y crítica de la reforma del Código Civil*, Platense, La Plata, t. 1, ps. 210 y ss.).

(13) BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Parte general*, cit., t. I, p. 654.

(14) SAUX, Edgardo I., *Estudios de derecho civil en su parte general*, Centro de Publicaciones UNL, Santa Fe, 2002, p. 97.

las simples asociaciones que no cumplieran con ese requisito constitutivo formal.

Pero el agregado trajo aparejado nuevas divergencias. Para algunos autores, sólo aquellas que cumplieran los requisitos formales eran sujetos de derecho (por la remisión del párrafo final del artículo); las que no cumplieran los requisitos de forma no eran consideradas sujetos de derecho y la responsabilidad por los actos hechos a nombre de la asociación recaía solidariamente sobre todos sus fundadores y administradores⁽¹⁵⁾.

Otra tesis —de la que participábamos— consideraba que ambos subtipos de simples asociaciones eran sujetos de derecho, diferenciándose por el régimen de responsabilidad de sus fundadores y administradores: ellos respondían solidariamente por los actos de la asociación que incumplía la forma impuesta⁽¹⁶⁾. Si bien la expresión "son sujetos de derecho siempre que" parecía llevar a una solución contraria, la referencia a los "miembros", "fundadores" y "administradores" y a su responsabilidad por "los actos de ésta" conducía a entender que las que no habían cumplido las formas

(15) BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Parte general*, cit., t. I, ps. 654 y ss.; LLOVERAS DE RESK, María E., en BUERES, Alberto J. (dir.), *Código Civil y normas complementarias*, cit., t. I, p. 408 (para esta autora, sin embargo, la postura no significaba que ello impedía que esas colectividades pudieran "existir y gozar de un rol en la vida jurídica"), PERISSE, Pedro, "Análisis de la ley 17.711", ED 25-873.

(16) Algunos autores extendían la responsabilidad —aunque mancomunada— a los miembros de la asociación con fundamento en la aplicación supletoria de las normas de la sociedad civil a que aludía el artículo 46 reformado (BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Parte general*, cit., t. I, p. 655; COBAS, Manuel - ZAGO, Jorge, *Derecho civil. Parte general*, Universidad, Buenos Aires, p. 315. LLOVERAS DE RESK, María E., en BUERES, Alberto J. (dir.), *Código Civil y normas complementarias*, cit., t. I, p. 410. Comparar, sin embargo, CROVI, Luis D., *Régimen legal de las asociaciones civiles*, cit., p. 123, y RIVERA Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, 5ª ed., LexisNexis, Buenos Aires, t. II, p. 171, para quienes, existiendo una regla específica de responsabilidad, no había lugar para la aplicación supletoria de las reglas previstas para la sociedad civil). Se controvertía, también, el alcance de la responsabilidad de los fundadores; sostenían algunos que la responsabilidad subsistía aun tratándose de obligaciones o actos ilícitos posteriores al retiro (BORDA, Guillermo A., *La reforma del Código Civil*, El Derecho, Buenos Aires, p. 69) y consideraban otros que esa solución era demasiado rigurosa, pues el miembro que se retiraba perdía su derecho a reclamar la disolución de la asociación (LAVALLE COBO, Jorge, en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.), *Código Civil y leyes complementarias*, cit., t. I, p. 251; RIVERA Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, cit., t. II, p. 171. Las divergencias se extendían al alcance de la responsabilidad de los administradores; mientras unos autores consideraban que se extendía a todos los que habían integrado los órganos de administración, como una suerte de sanción por el incumplimiento formal (LAVALLE COBO, Jorge, en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.), *Código Civil y leyes complementarias*, cit., t. I, p. 251; RIVERA Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, cit., t. II, p. 171) a otro le resultaba excesiva la solución pues —consideraba— que la ley no había prohibido su funcionamiento y, aún, resultaban útiles (LLOVERAS DE RESK, María E., en BUERES, Alberto J. (dir.), *Código Civil y normas complementarias*, cit., t. 1, p. 411).

impuestas, también eran sujetos de derecho (personas de existencia ideal en sentido estricto)⁽¹⁷⁾.

3. Las simples asociaciones en los proyectos de reforma del Código

El Proyecto de 1936 contemplaba en el capítulo IV del título V "De las personas jurídicas" del Libro Primero, a las asociaciones que no tuvieran fines lucrativo y no hubieran obtenido personería jurídica. Preveía que se regían "por los principios de los contratos en general, y subsidiariamente, por las disposiciones relativas al de sociedad" (art. 101). No obstante, podían gozar de los derechos de una asociación inscripta (art. 103) "sin necesidad de autorización alguna, si constituidas por escritura pública, ésta y sus estatutos se inscribieren en el registro respectivo" (art. 102).

En el Anteproyecto de 1954 se distinguía a las asociaciones inscriptas en un registro especial de las no inscriptas. Las asociaciones inscriptas habían de constituirse por escritura pública (art. 121). Tenían capacidad casi tan amplia como las personas jurídicas (art. 123). Los miembros de ellas no respondían por las obligaciones de la entidad, pero éstas gravitaban sobre el patrimonio de la entidad (art. 122, cláusulas 1ª y 3ª). Los directivos de la asociación inscripta respondían personal y solidariamente por las obligaciones asumidas por la entidad, salvo en el caso de haber excluido su responsabilidad (art. 122, cláusula 2ª). Estas asociaciones se regían por las reglas de las personas jurídicas en general y de las corporaciones en particular, en lo concerniente a representación, gobierno y responsabilidad de las mismas (art. 125). En las asociaciones no inscriptas, los componentes respondían de las deudas comunes, no obstante cualquier cláusula en contrario (arg. art. 121, cláusula final).

El art. 165 del Proyecto de 1998 establecía que las simples asociaciones eran aquellas que "no se encuentran inscriptas en el Registro Público". Preveía que el acto constitutivo debía celebrarse por escritura pública o instrumento privado con fecha cierta y certificación notarial (art. 1759); al nombre debía agregársele el aditamento "simple asociación" o "asociación simple" (art. 178); su existencia comenzaba a partir de la fecha

(17) LAVALLE COBO, Jorge, en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.), *Código Civil y leyes complementarias*, cit., t. I, ps. 250 y ss.; LEZANA, Julio I., "Las simples asociaciones después de la reforma del art. 46 del Código Civil", LL 131-1290; RIVERA Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, cit., t. I, p. 170; CROVI, Luis D., *Régimen legal de las asociaciones civiles*, cit., p. 122; AGLIANO, Humberto, "Las personas jurídicas en la ley 17.711", LL 136-1319. En una posición particular, sosteniendo que no eran sujetos de derecho "para el futuro" aunque esa calidad podía ser comprobada respecto de hechos pasados cumplidos por la entidad, LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, cit., t. II, ps. 126 y ss.

del acto constitutivo (art. 179); en caso de insuficiencia de los bienes de la asociación, el administrador y todo miembro que administrara de hecho los asuntos de la asociación era solidariamente responsable de las obligaciones que resultaran de decisiones que hubiera suscripto durante su administración; los bienes personales de esas personas no podían ser afectados al pago de las deudas de la asociación, sino después de haber satisfecho a los acreedores individuales (art. 180) y si se prescindía del órgano de fiscalización, todo miembro, aun excluido de la gestión, tenía derecho a informarse sobre el estado de los asuntos y de consultar los libros y registros (art. 182).

Como se advierte, no se enunciaba en ellos, con la suficiente claridad, la naturaleza y las consecuencias que resultaban de no haber seguido la forma impuesta.

4. El incumplimiento de la forma impuesta

Reseñado el régimen de las simples asociaciones bajo la vigencia del Código Civil derogado y las soluciones de los Proyectos de reforma, corresponde retomar los interrogantes planteados al final del número 1: a) naturaleza a atribuir a la reunión de personas que, luego de la entrada en vigencia del nuevo Código, no cumple la forma impuesta por el artículo para su constitución; b) situación de aquellas entidades constituidas bajo la vigencia del art. 46 del Código Civil derogado que incumplieron con las formas impuestas y que eran considerados para la doctrina mayoritaria sujetos de derecho (aunque con un sistema de responsabilidad especial de sus fundadores y administradores).

La cuestión planteada en a) sugiere, por momentos, que se está en presencia de una vuelta al pasado (en el caso, antes del agregado de la ley 17.711 al art. 46). El Código de Vélez Sarsfield, como se dijo, no preveía la situación referida en a) y tampoco lo hace el Código Civil y Comercial. No creemos, sin embargo, que se reiteren exactamente las controversias (ya reseñadas) que condujeron a las previsiones que introdujo la ley 17.711.

Pero lo cierto es que el interrogante ha generado respuestas diversas (no exentas de incertidumbres⁽¹⁸⁾). Para algunos autores, el nuevo Código no les reconoce personería jurídica⁽¹⁹⁾ y para otros es ésa la solución que co-

(18) NAVARRO FLORÍA, Juan G., "Las personas jurídicas en el nuevo Código Civil y Comercial", ED 263-583, afirma "...no sabemos ahora cuál será su marco normativo ni la consecuencia de esa irregularidad formal en su constitución..."

(19) RAGAZZI, Guillermo E., "Las asociaciones civiles, simples asociaciones y fundaciones en el Código Civil y Comercial", cit., p. 129; SÁNCHEZ HERRERO, Pedro, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (dir.), *Tratado de derecho civil y comercial*, La Ley, Buenos Aires, 2016, t. I, ps. 596 y ss.

responde adoptar aunque prima facie⁽²⁰⁾. Son variadas las implicancias que se derivan de ello: se afirma que la ausencia de un régimen específico impone que cualquier reclamo deba resolverse con los fundadores, administradores o miembros sobre la base de las reglas generales de la responsabilidad civil⁽²¹⁾ o que, como regla, todos los miembros responden aunque los que no participaron de la administración tendrán una acción de repetición contra los administradores y quienes contrataron con el tercero en nombre de la administración, quedando excluidos los fundadores que no formaron parte de ella como miembros o administradores al tiempo de la asunción de obligaciones⁽²²⁾ o que “los administradores y sus miembros asumen una responsabilidad solidaria por las obligaciones que asumen en nombre de la entidad”⁽²³⁾.

Ahora bien, ¿cómo admitir que hay “miembros”, “fundadores” y “administradores” que son responsables por los actos de la “entidad” y sostener simultáneamente que ella no es sujeto de derecho? El reconocimiento de la existencia de “administradores” supone admitir la aceptación de un órgano de gobierno, la existencia de “fundadores” la de la creación de un nuevo ente que, como se dice enseguida, no puede sino ser un sujeto de derecho, conformado, a su vez, por “miembros”. La circunstancia que las indicadas opiniones les atribuyan responsabilidad por las deudas contraídas por la “entidad”, a su vez, no excluye la separación patrimonial con sus integrantes.

Nosotros consideramos, en suma, que pese al incumplimiento de las formas impuestas por el artículo, se está en presencia de un sujeto de derecho y, más precisamente, de una persona jurídica privada (arg. art. 148, inc. i)⁽²⁴⁾, con las consecuencias que ello comporta (aptitud para estar en juicio como actora o demandada, capacidad para contratar, etc.). Lo impone la norma constitucional que garantiza el derecho a asociarse con fines útiles (art. 14) y, como corolario, es previsible que se reitere la vieja jurisprudencia que, entre otras cosas, reconocía a estos entes la capacidad para estar en juicio y para contratar.

Pero, considerando que es una persona jurídica privada, ¿cuál es el régimen de responsabilidad de sus fundadores, administradores y miembros?

(20) RIVERA, Julio C. - CROVI, Luis D., *Derecho civil. Parte general*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2016, p. 510.

(21) SÁNCHEZ HERRERO, Pedro, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (dir.), *Tratado de derecho civil y comercial*, cit., t. I, p. 599.

(22) RIVERA, Julio C. - CROVI, Luis D., *Derecho civil. Parte general*, cit., p. 511.

(23) RAGAZZI, Guillermo E., “Las asociaciones civiles, simples asociaciones y fundaciones en el Código Civil y Comercial”, cit., p. 129.

(24) DUPRAT, Diego A. J. - MARCOS, Guillermo A., “Sociedades anómalas, informales, atípicas, simples o residuales”, LL del 7 de julio de 2015, p. 4.

El interrogante puede tener respuestas variadas: el mismo de las simples asociaciones (las que han cumplido la forma impuesta) o el de las sociedades que “incumplan las formalidades exigidas por la ley 19.550 (arts. 21 a 24)”⁽²⁵⁾. Se puede pensar, incluso —por lo que se dirá más adelante—, que su régimen es similar al que preveía el art. 46 (según ley 17.711 del Código Civil derogado) para aquellas entidades que no cumplieran las formas impuestas por ese artículo.

La primera alternativa puede recibir el cuestionamiento que resultaría indiferente cumplir la forma impuesta, pues los efectos jurídicos en materia de responsabilidad serían los mismos; la segunda⁽²⁶⁾ —que razona con base en el reenvío del art. 188 a las disposiciones de las asociaciones civiles que, a su vez, prescriben la aplicación supletoria de las normas sobre sociedades (art. 188)— la objeción que se aplicarían disposiciones propias de entidades de naturaleza notoriamente distinta, de lo que resultaría, entre otras consecuencias, que les serían aplicables las disposiciones de los arts. 320 y siguientes sobre contabilidad y estados contables, que —sin embargo— no resultan aplicables a las simples asociaciones que cumplen con las formas del artículo 187⁽²⁷⁾.

Prescindiendo momentáneamente de continuar con el análisis de la cuestión inicialmente planteada en a) y trasladando el análisis a la planteada en b), es posible, por lo pronto, una primera afirmación: no cabe considerar que por ausencia de precisiones legales de la nueva ley, se concluya que han dejado de ser sujetos de derecho. Siguen siéndolo y están amparados por el derecho constitucional de asociarse con fines lícitos (art. 14), quedando comprendidas en la pauta genérica del inciso i) del artículo 148. ¿Y el régimen de responsabilidad? Nosotros pensamos que sigue siendo el mismo del vigente al momento de su constitución, es decir, que “todos los miembros fundadores y sus administradores asumen responsabilidad solidaria por los actos de ésta”. El alcance de la responsabilidad que se atribuía a fundadores y administradores se ha enunciado en la nota 16, a la que se remite. En lo atinente a la responsabilidad de los primeros, consideramos en principio que ella existe —sea por incumplimientos obligacionales o hechos ilícitos— por todas las obligaciones derivadas de acontecimientos que no sean posteriores a su retiro como miembro⁽²⁸⁾. La responsabilidad

(25) Son de esa opinión DUPRAT, Diego A. J. - MARCOS, Guillermo A., “Sociedades anómalas, informales, atípicas, simples o residuales”, cit., ps. 3 y ss.

(26) DUPRAT, Diego A. J. - MARCOS, Guillermo A., “Sociedades anómalas, informales, atípicas, simples o residuales”, cit.

(27) La observación es de RAGAZZI, Guillermo E., “Las asociaciones civiles, simples asociaciones y fundaciones en el Código Civil y Comercial”, cit., p. 129.

(28) LAVALLE COBO, Jorge, en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.), *Código Civil y leyes complementarias*, cit., t. I, p. 251, LLOVERAS DE RESK, María E., en BUERES, Alberto J. (dir.), *Código*

de los administradores, a su vez, alcanza a todos quienes hayan integrado el órgano de administración, incluso a quienes han dejado de cumplir funciones al momento de ocurrir el hecho generador de la responsabilidad o las que se generaron con anterioridad a éste⁽²⁹⁾.

La "situación jurídica" —comprensiva del régimen de responsabilidad— se consolidó bajo la vigencia de la ley anterior (arg. art. 7º) y perdurará durante la vida de la entidad.

Si las precedentes consideraciones, como lo creemos, fueran exactas —y retomando la cuestión planteada en a] (régimen legal de las simples asociaciones que no cumplen la forma del art. 187 luego de la entrada en vigencia del nuevo Código)—, ¿cómo considerar la existencia de soluciones legales distintas según que el acto constitutivo que incumple las formas impuestas en el momento de su constitución se haya realizado antes o después de la entrada en vigencia del nuevo Código?

A nuestro juicio, el mismo régimen ha de aplicarse por analogía a las reuniones de personas constituidas bajo la vigencia del Código Civil y Comercial que no cumplen las formas impuestas por el artículo 187: se trata de situaciones sustancialmente similares y esto es lo que posibilita emplear el recurso de la analogía. Se está en presencia, como se dijo de personas jurídicas privadas y sus fundadores y administradores responden solidariamente con el mismo alcance que se ha enunciado respecto de las constituidas antes de la entrada en vigencia del nuevo Código. ♦

Civil y normas complementarias, cit., t. 1, p. 47. Comparar: BORDA, Guillermo A., *La reforma del Código Civil*, cit., p. 69.

(29) LVALLE COBO, Jorge, en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.), *Código Civil y leyes complementarias*, cit., t. I, p. 251. Comparar, LLOVERAS DE RESK, María E., en BUERES, Alberto J. (dir.), *Código Civil y normas complementarias*, cit., t. 1, p. 411, quien la circunscribe a quienes detentaban esa función al momento del nacimiento de la obligación.

LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

POR ZULEMA WILDE

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Concepto. 3. Referencias a considerar por el juez para establecer el monto, en caso de que las partes no lo hubieren pactado en el convenio regulador. 4. Forma de pago. 5. Caducidad. 6. Uniones convivenciales. 7. Conclusión.

1. Introducción

El divorcio lleva necesariamente a tener que resolver distintos aspectos que se vinculan con la separación personal de los cónyuges, porque el juicio en sí que se entabla presupone la intención de ruptura definitiva de la comunidad de vida de los esposos.

El giro promovido por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en lo que respecta a los recaudos para solicitarlo, ha sido copernicano. La reforma descarta la necesidad de invocar causa alguna para promoverlo, así como todo plazo para intentarlo. Asimismo, ha derogado el instituto de la separación personal, al que se acudía en muy escasos casos.

La única causal es el deseo de concluir la relación matrimonial, expresada por uno o por ambos, a través de la petición⁽¹⁾.

La ley ha concluido con el divorcio-sanción. La evolución social y cultural ya lo había sobrepasado, resultaba una respuesta anacrónica del derecho.

Desaparecieron de las normas actuales las causales, tanto subjetivas como objetivas. Las primeras implicaban una atribución de culpa tanto para uno como ambos esposos, derivados de un obrar antijurídico, en general doloso⁽²⁾, originado en el incumplimiento de algunos de los deberes personales conyugales —cohabitación, asistencia y fidelidad—.

Así como también quedó derogado el régimen por las causales objetivas originado en los dos supuestos requeridos por la ley anterior. Consistente

(1) "Divorcio. Legitimación. El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de un solo de los cónyuges" (art. 437, Cód. Civ. y Com.).

(2) ZANNONI, Eduardo, *Derecho civil. Derecho de familia*, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1998, t. II.

uno, en la presentación conjunta que podían realizar los cónyuges después de un lapso desde la celebración del matrimonio, distinto plazo si era para requerir la separación personal o para el divorcio, invocando "causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común"⁽³⁾; o la otra opción, la de la fractura de la convivencia por el plazo legal, sin voluntad de reconstituirla⁽⁴⁾.

Actualmente, con la nueva legislación, el deber de asistencia entre ambos subsistirá mientras tramita el juicio de divorcio, limitado *stricto sensu* a la prestación alimentaria, más hoy ese proceso tiene una duración muy breve, a diferencia de lo que acontecía en el pasado. Es cuestión de días.

Es menester señalar que en principio la regla es que después de la firmeza o el consentimiento de la sentencia que decreta el divorcio, no habrá prestación de alimentos entre los exesposos. La cesación se produce *ipso jure*⁽⁵⁾.

La ley desgrana dos excepciones a esa regla general que son: el supuesto de enfermedad grave preexistente y los alimentos debidos a aquel que carece de recursos propios y tiene imposibilidad de procurárselos. Sin embargo, no se podrán reclamar esos alimentos excepcionales si se ha recibido compensación económica.

A diferencia de la opción que brindaba la norma contenida en el artículo 236 del Código Civil, en cuanto otorgaba la posibilidad de proponer sobre determinados aspectos de la vida "*a posteriori* del divorcio", aquel que peticione actualmente el divorcio deberá obligatoriamente acompañar un convenio regulador, que se adjuntará con la presentación.

El convenio aludido tendrá como contenido la regulación de los efectos derivados del divorcio, siendo forzoso que sea adjuntado con el escrito inicial, porque de no hacerlo no se dará trámite a la presentación.

Si el divorcio fuere peticionado por uno solo de los esposos, el otro podrá articular una propuesta diferente de la primigenia, mas ambas deberán estar fundadas sobre la base de los elementos que se considere pertinentes y acompañados en la oportunidad de la interposición de la demanda por el actor y, en el caso del demandado, cuando se proceda a responder el traslado respectivo.

El desacuerdo sobre el contenido del convenio no impide el dictado de la sentencia de divorcio, de allí la brevedad de este juicio.

(3) Arts. 205, 215 y 236, Cód. Civ. y Com.

(4) Arts. 204, 2014, inc. 2º, Cód. Civ. y Com.

(5) Arts. 432 y 434, Cód. Civ. y Com.; CNCiv., sala K, 7/9/2016, "S., M. G. v. M., C. A. s/ alimentos", SJA del 29/3/2017, p. 61; JA 2017-I; RDF 2017-II-35.

El contenido del convenio tendrá propuestas sobre la atribución de la vivienda, la distribución de los bienes y las eventuales compensaciones económicas entre ellos.

La proposición no sólo versará sobre la problemática que puedan tener los excónyuges entre ellos sino incluso sobre el ejercicio de la autoridad parental, tomando en especial consideración los alimentos, en la medida en que así correspondiera.

La enumeración realizada en el artículo 439 no es taxativa, y pueden proponerse otras cuestiones que sean de interés para todo el grupo familiar.

El cambio que trae el nuevo Código no sólo suprime el divorcio por culpa sino que promueve y sostiene el principio de igualdad entre los esposos, ello durante la vigencia del matrimonio y también con posterioridad, tratando de evitar que se produzca dependencia económica de uno de ellos con relación al otro.

Esa filosofía apunta a que después de la ruptura cada uno de ellos continúe su vida desarrollando sus propios recursos, con el fin de proporcionarse su propio mantenimiento.

La búsqueda de autosuficiencia, es decir, la capacidad para velar por nosotros mismos y por nuestra familia, no sólo habla de lo económico sino también de lo emocional, que hace que una persona no dependa de otro sino que pueda llevar adelante las diferentes situaciones de vida por sí mismo.

El abandonar el sistema de los alimentos entre esposos después de divorciados no persigue el desamparo, por el contrario, busca promover la independencia de ellos.

Son otras herramientas las que se arbitran, como la compensación económica, la que intenta lograr un equilibrio entre ellos y su posterior desarrollo individual como personas.

Pero lo que evidentemente se pretende en forma concreta es evitar conflictos con posterioridad derivados de ese sistema de alimentos basado en la atribuida "culpa" que nos acompañó durante más de un siglo, que respondía a un esquema de familia patriarcal y una ideología que provocaba una seguidilla de controversias, muy negativas para el relacionamiento de ellos como padres.

La organización de la familia con posterioridad al divorcio es un proceso que lleva su propio tiempo.

El principal motivo de la disfuncionalidad de esas familias es la falta o mala resolución de su divorcio emocional como pareja marital, lo que va a incidir en el funcionamiento de la pareja parental. Es una reorganización de los roles como padres⁽⁶⁾.

Además, desde la recepción del divorcio vincular con la consiguiente nueva aptitud nupcial y la regulación de las uniones convivenciales⁽⁷⁾, se ha abierto el camino para que cada uno de ellos emprenda un nuevo proyecto de vida después de la separación.

Casarse hoy no es el eje central de los jóvenes, como lo fue en el siglo pasado. Hay otros proyectos anteriores a ése, estudiar, trabajar, vivir solos.

Tampoco ya es más "hasta que la muerte nos separe", todos aquellos que contraen matrimonio lo hacen seguramente con ese propósito, mas nadie hoy ignora que ese ideal puede frustrarse. En la ciudad de Buenos Aires, "hace trece años que de los que se casan la mitad se divorcia"⁽⁸⁾.

Lo que no debe asombrar, ya que en el año 1986 se afirmaba que en los países desarrollados prácticamente la mitad de los matrimonios concluían en divorcio⁽⁹⁾.

No hay estadísticas sobre lo que se llamó uniones de hecho, de tal manera que tampoco conocemos acerca de su duración y de su conclusión.

El cese de la unión convivencial también provoca que el juez determine la fijación de esa compensación en cuanto a su procedencia y su monto con base en determinadas pautas que trae la ley⁽¹⁰⁾.

Ello, en la medida en que los convivientes no hayan pactado con anterioridad su procedencia, condicionado al hecho de producirse el necesario desequilibrio económico entre ellos⁽¹¹⁾.

2. Concepto

La norma contenida en el artículo 441 otorga al cónyuge el derecho a reclamar compensación económica cuando el divorcio le provoque un dese-

(6) DÍAZ USANDIVARAS, Carlos M., "El ciclo del divorcio en la vida familiar", *Divorcio y nuevas organizaciones familiares. Terapia familiar*, año IX, nro. 15, agosto de 1986.

(7) Arts. 508 a 528, Cód. Civ. y Com.

(8) "Entre los 25 y los 44, la edad más crítica", en *Divorcios porteños*, diario *La Nación* del 6/5/2017, ps. 1 y 28.

(9) DÍAZ USANDIVARAS, Carlos M., "El ciclo del divorcio en la vida familiar", cit.

(10) Pacto de convivencia, art. 518, Cód. Civ. y Com.

(11) Art. 524, Cód. Civ. y Com.

quilibrio manifiesto que signifique el empeoramiento de su situación económica, teniendo por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura.

Es un instituto nuevo en nuestro derecho, pero ya receptado y desarrollado en algunos países de Europa (Francia, España, Italia, Suiza, Alemania) y en algunos de América (Chile, México).

A diferencia de los autores que sostienen que su naturaleza es indemnizatoria⁽¹²⁾, es oportuno señalar que mal puede asignársele ese carácter cuando no responde como sanción por la realización de ninguna conducta ilícita de quien eventualmente tendría que brindar esa compensación.

Las indemnizaciones surgen como consecuencia de un perjuicio producido por un hecho antijurídico y un factor de atribución, la compensación se genera por el desnivel, esa diferencia no es un hecho antijurídico.

No hay conducta ilícita, más si dos de los deberes del matrimonio son deberes morales y no legales. Los fundamentos del Anteproyecto exponen: "Una modificación importante se vincula a los derechos y deberes que derivan de la celebración del matrimonio. Se establece el compromiso de los cónyuges de llevar adelante un proyecto de vida, elemento tradicional del matrimonio, basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad. Este punto de partida reconoce el alto valor axiológico de los deberes de fidelidad y cohabitación, pero al receptarse un régimen incausado de divorcio, su incumplimiento no genera consecuencias jurídicas".

En este marco legal, sosteniendo una interpretación integradora y sistémica conforme a lo que ordena el artículo 2º de este cuerpo legal, esas conductas vinculadas a los deberes-derechos morales de la convivencia y de la fidelidad "están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados" (art. 19 de la Constitución Nacional).

La Corte Suprema de Justicia ha sostenido que "la sentencia que decretó el divorcio vincular por culpa de uno de los cónyuges debe ser dejada sin efecto, pues las cuestiones atinentes a la disolución del vínculo matrimonial se encuentran hoy reguladas en los arts. 435 y ss. del CCyCN, normativa que en virtud de la regla general establecida en el art. 7 de ese ordenamiento resulta de inmediata aplicación al caso, que no contaba con sentencia firme"⁽¹³⁾.

En cambio, el deber-derecho legal de asistencia subsiste, como ya vimos al comienzo de estas líneas, hasta el momento que la sentencia de divorcio quede firme o ejecutoriada.

(12) BELLUSCIO, Augusto C., "El matrimonio en el proyecto de Reforma", RDPyC 2012-2.

(13) CS, 29/3/2016, "T. M. M. D y otros v. C. E. A. s/divorcio".

A fin de mostrar con más claridad que no se trata de un resarcimiento por la causación de un daño injusto, bastaría pensar el tema desde el ángulo de un esquema tradicional de divorcio-sanción, en el que en el momento de la ruptura, el que debería tener que compensar fuere el llamado cónyuge "inocente", porque el otro, hipotéticamente "culpable", sufriera un desequilibrio notorio en su situación económica, generada en la ruptura del vínculo matrimonial y comparativamente con la situación económica que disfruta el "inocente".

Para algunos autores la compensación económica tiene carácter asistencial⁽¹⁴⁾, mientras que para unos sólo surge como obligación emanada de la ley, otros entienden que tiene fundamento en la solidaridad familiar, en la equidad o en el enriquecimiento injusto.

Esta última justificación ha sido descartada en la legislación catalana con la nueva modificación introducida.

Más se ha llegado a sostener que se está ante una obligación objetiva de reparación, no admitiéndose que sea por "el riesgo creado", "so pena de tener que admitir que el 'matrimonio' o la 'unión convivencial' son 'peligrosos' o 'riesgosos'"⁽¹⁵⁾.

La compensación económica se genera teniendo como causa una desigualdad manifiesta, la que comparativamente se percibe por las situaciones en que quedan ambos exesposos, esa desigualdad económica debe tener cierta magnitud, no es cualquier empeoramiento de la situación económico-financiera la que va a justificar su otorgamiento.

No va a ser la que derive de la consecuencia lógica que implica que ambos deben tener que proveer a dos casas con todos los servicios y cargas, con los mismos ingresos, lo que va a provocar naturalmente un empobrecimiento, ya que antes convergían los esfuerzos para una sola sede, con el ahorro que de ello deviene⁽¹⁶⁾.

La Real Academia Española define lo manifiesto, en su primera acepción, como "descubierto, patente, claro". Es lo perceptible, lo notorio, no es cualquier desigualdad.

(14) BORDA, Guillermo (h), en CURÁ, José María (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado*, 2ª ed. actual. y ampl., La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 182.

(15) MEDINA, Graciela, "Compensación económica en el Proyecto de Código", LL del 20/12/2012.

(16) MACCOBY, Eleanor E. - MNOOKIN, Robert H. - DEPNER, Charlene E. - H. PETERS, Elizabeth, *Dividing the Child. Social and Legal Dilemmas of Custody*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, London, England, 1992, Chapter 6 "The Economic Provisions of the Divorce Decree and chapter 10 "Economic Changes over time".

Ese empeoramiento está vinculado con el matrimonio y su ruptura, no con los patrimonios originales de los cónyuges, ni con los incrementos sufridos por ellos por adquisiciones a título gratuito (herencia, legados o donación) durante la vigencia del régimen patrimonial matrimonial.

Lo que se toma en consideración es el estado patrimonial al tiempo del divorcio, lo que permite inferir que se vincula con el incremento que se pudo haber producido entre ambos hechos por adquisiciones onerosas, no la magnitud que pudieran tener los patrimonios propios de ellos primigeniamente, sin olvidar descontar las cargas y deudas.

De esa comparación entre ellos necesariamente debe surgir un empeoramiento de la situación económica de uno, merituando la que gozaba durante el matrimonio o la convivencia. Esa desigualdad que deja a uno en una posición de inferioridad frente al otro, es lo que habilita el otorgamiento de la compensación, teniendo en cuenta lo acontecido durante el tiempo que estuvo junta esa pareja.

3. Referencias a considerar por el juez para establecer el monto, en caso de que las partes no lo hubieren pactado en el convenio regulador

El inciso 1º del artículo 442 es claro cuando se refiere al inicio y a la finalización de la vida matrimonial, implícitamente lo pone en relación con la duración de ese vínculo.

Elemento importante a considerar, en razón de que como ha sostenido otra parte de la doctrina, las monogamias son sucesivas a lo largo de la vida de las personas.

El artículo 97, inc. 6º, del Código Civil Español, establece la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.

El factor tiempo en ambas circunstancias, en especial en la segunda, es la que muestra la extensión de la comunidad de vida de los esposos.

La dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia, es otro de los elementos a considerar, y éste es el supuesto más común, en el que se resigna total o parcialmente la actividad industrial, comercial o profesional o de otra índole productiva, en razón de dedicar ese tiempo al núcleo familiar.

Esa dedicación al hogar tiene que tener relación causal con el incremento mayor o superior del patrimonio del otro miembro de la pareja, vinculado al tiempo que se ha brindado, lo que ha facilitado esa actividad productiva.

Para calcular el importe de la compensación, se tendrá en cuenta el tipo de dedicación prestada, la duración e intensidad de ella.

Cuando el Código de Cataluña se refiere a la compensación económica por razón de trabajo doméstico, lo hace exclusivamente respecto del régimen de separación de bienes, relacionándolo con el dado en la casa y merituando esa dedicación en comparación con la que ha prestado el otro miembro de la pareja, mas condicionándolo a que ese otro miembro haya obtenido un incremento patrimonial.

Al haberse optado al contraer matrimonio por el régimen legal de separación de bienes, en algunos casos se perjudica el cónyuge de menores medios económicos, que se ha dedicado a la casa, permitiendo que su cónyuge obtenga mayores beneficios o ganancias, que se evidencian en el momento de la ruptura.

Lo que no ocurre en el caso de comunidad restringida, por la forma que se reparten los bienes adquiridos durante la vigencia del matrimonio.

La norma evalúa también la circunstancia de futuro si esa situación va a prolongarse en el tiempo, con posterioridad al divorcio, por las necesidades o circunstancias de esa familia. Debiéndose tener en consideración las mismas pautas anteriores, tipo, duración e intensidad.

El tercer inciso consigna, como presupuesto a evaluar, la edad y estado de salud de los esposos, evidentemente vinculando con la posibilidad de trabajar, a fin de sostenerse en el futuro, sin olvidar que en el siguiente inciso se toma en consideración la capacitación laboral.

Ambos apuntan al mismo objetivo, a su autosuficiencia con posterioridad al divorcio.

También se considera la edad y salud de los hijos, lo que es lógico, ya que a medida que crecen se busca su autonomía, no la dependencia⁽¹⁷⁾.

La salud de ellos es una pauta relevante, ya que difiere mucho la dedicación que se le debe brindar a un niño con alguna aminoración de su capacidad, que a una criatura plenamente sana.

“La colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge” es el supuesto incluido en el inciso e) del artículo 442, similar al inciso 5º del art. 97 del Código Civil español.

(17) DOLTO, Françoise, “Una buena madre es una madre que se deja dejar”, tradición oral repetida por su hija Catherine, Congreso en el centenario de su natalicio.

La norma no hace mención al posible incremento mayor que haya obtenido en su patrimonio el otro esposo, a diferencia de la nueva regulación que trae la ley catalana⁽¹⁸⁾.

Lo que hace dudar es pensar si se compensaría esa colaboración si no hubiere habido incremento del patrimonio del otro, porque no necesariamente se produciría ese desequilibrio manifiesto por dicha causa.

Además, la compensación sin aumento del patrimonio del otro, implicaría un pago de servicios entre ellos, sin relacionarlo con el resultado final.

El último inciso revela la influencia del elemento que es la atribución de la vivienda familiar, distinguiendo si se trata de un bien ganancial o propio, lo que supone dejar de disponer de ese inmueble en forma total o parcial para quien es su propietario, comunero o copropietario.

El siguiente artículo —443— es el que establece que será el juez quien determine la atribución de la vivienda, teniendo en cuenta quién se quedará al cuidado de los hijos, las condiciones económicas para obtener otra por sus propios medios, edad y estado de salud de los cónyuges y la situación de otras personas que integren el grupo familiar.

4. Forma de pago

Pueden pagarse en dinero o constituir un usufructo sobre determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o que decida el juez.

En España, en general, es a través de prestaciones periódicas, tienen un límite en el tiempo, en razón de que si se otorgan de por vida, la carga de pagarla pasa a los descendientes. Por otra parte, sólo excepcionalmente debería concederse de por vida, porque volveríamos a continuar esa relación indefinidamente, y no es ése el propósito de la ley, de allí su modificación.

5. Caducidad

La acción caduca transcurridos los seis meses contados desde que se dictó la sentencia de divorcio⁽¹⁹⁾.

(18) Art. 232-5, Cód. Civ. Catalunya; AEAFA, “Homenaje a Luis Zarraluqui, Ma. Mercè Mira i Cortadellas, La Compensación económica en el derecho civil catalán. Evolución de los aspectos sustantivos y procesales”, 2017, p. 203.

(19) CNCiv, sala J, 16/2/2017, “E, G. M. v. P, F. F. s/ fijación de compensación arts. 524, 525, CCCN”, publicado en LL del 4/4/2017.

6. Uniones convivenciales

La compensación económica también se extiende a los casos de cese de la unión convivencial, cuando uno de los convivientes sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y en la ruptura.

Se asimilan los supuestos del divorcio y del cese de la unión convivencial.

La compensación puede satisfacerse a través de prestaciones periódicas o de una única que el cónyuge o el conviviente debe cumplimentar a favor del otro a fin de equilibrar ese desnivel producido por el divorcio o la conclusión de la unión convivencial, evaluado en comparación con el que se tenía durante la convivencia y respecto de la situación que tiene el otro miembro de la pareja.

Nótese que no es por necesidad que se concede, a diferencia de los alimentos, se trata de nivelar por el hecho de la ruptura o el divorcio, no de satisfacer privaciones o carencias.

Esa desigualdad puede ser transitoria.

Las partes lo pueden haber previsto en su pacto de convivencia, y en ese caso, la duda surge si se cumplirá, aunque no se presente al tiempo de la ruptura el supuesto previsto por la ley, que es el desequilibrio económico.

Resulta coherente pensar, acorde con el régimen implementado, que esa compensación está sujeta a la condición en que se produzca ese desnivel después del cese de la unión convivencial.

Ante la falta de acuerdo será el juez el que evaluará si se dan las circunstancias para concederla, y a ese fin tomará en consideración las referencias que desgrana el artículo 442, ya analizado

Tres son los requisitos que se tendrán en cuenta para la procedencia de la compensación económica, el cese de la convivencia, el que origina un cambio en la situación económica de esa persona que no acaecería de continuar en pareja; los roles que han desempeñado ambos durante la unión, y la situación económica personal que se desmerece comparativamente con respecto al otro.

7. Conclusión

El cambio legal tiene un propósito claro, el de mantener la igualdad al momento de la ruptura de los cónyuges, no la dependencia de uno respecto del otro, y al mismo tiempo, proteger a quien se perjudica por la separación.

La compensación económica busca dar una solución al desnivel, a fin de que cada uno siga con su vida en forma autónoma, es como colocar al otro en una mejor posición para que enfrente su futuro solo.

Deberá evaluarse la capacidad económica de quien deba pagar la prestación compensatoria, teniendo en cuenta los nuevos gastos familiares y fundamentalmente el derecho de alimentos de los hijos.

Los jueces deberán ser, como siempre, prudentes en sus decisiones, para que la institución no sea un castigo para quien es más productivo, manteniendo en la medida de lo posible ese nivel de vida que se gozaba durante el matrimonio o la unión convivencial, no excediéndose y evaluando la capacidad del obligado al pago.

Al mismo tiempo que ha aumentado la proporción de parejas que viven juntas, también existe cada día un incremento mayor de los que viven solos, sin querer asumir ningún compromiso. Si apelamos como fuente de información al Censo Nacional de Población, Hogares y Vivienda, que es del año 2010, veremos que del total de población de ese entonces, las personas unidas en matrimonio ascendía al 33,84%, mientras que las que convivían a 21,45% y las personas solas a 44,71%.

La realidad es dinámica, de modo que la ley debe también estar atenta a los cambios sociológicos, políticos y culturales que se van produciendo, porque en esta materia, no hay otra posibilidad, si no el riesgo del derecho es volverse anacrónico. ♦

La ley 17.332, que modifica el artículo 1.º de la ley 17.331, establece que el Poder Judicial de la Federación, en el ejercicio de sus funciones, tiene a su cargo la administración de los bienes que forman parte del patrimonio de la Nación, en el ámbito de la jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El artículo 1.º de la ley 17.332 establece que el Poder Judicial de la Federación, en el ejercicio de sus funciones, tiene a su cargo la administración de los bienes que forman parte del patrimonio de la Nación, en el ámbito de la jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Las modificaciones que se introducen en el artículo 1.º de la ley 17.331, tienen por objeto ampliar el ámbito de aplicación de la ley 17.331, para que abarque a los bienes que forman parte del patrimonio de la Nación, en el ámbito de la jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El artículo 1.º de la ley 17.332 establece que el Poder Judicial de la Federación, en el ejercicio de sus funciones, tiene a su cargo la administración de los bienes que forman parte del patrimonio de la Nación, en el ámbito de la jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La modificación que se introduce en el artículo 1.º de la ley 17.331, tiene por objeto ampliar el ámbito de aplicación de la ley 17.331, para que abarque a los bienes que forman parte del patrimonio de la Nación, en el ámbito de la jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Las modificaciones que se introducen en el artículo 1.º de la ley 17.331, tienen por objeto ampliar el ámbito de aplicación de la ley 17.331, para que abarque a los bienes que forman parte del patrimonio de la Nación, en el ámbito de la jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El artículo 1.º de la ley 17.332 establece que el Poder Judicial de la Federación, en el ejercicio de sus funciones, tiene a su cargo la administración de los bienes que forman parte del patrimonio de la Nación, en el ámbito de la jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La modificación que se introduce en el artículo 1.º de la ley 17.331, tiene por objeto ampliar el ámbito de aplicación de la ley 17.331, para que abarque a los bienes que forman parte del patrimonio de la Nación, en el ámbito de la jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Las modificaciones que se introducen en el artículo 1.º de la ley 17.331, tienen por objeto ampliar el ámbito de aplicación de la ley 17.331, para que abarque a los bienes que forman parte del patrimonio de la Nación, en el ámbito de la jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El artículo 1.º de la ley 17.332 establece que el Poder Judicial de la Federación, en el ejercicio de sus funciones, tiene a su cargo la administración de los bienes que forman parte del patrimonio de la Nación, en el ámbito de la jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

7. Disposición final

El presente decreto tiene efecto desde el día de su publicación en el Boletín Oficial de la Nación, en el ámbito de la jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA 1ra. QUINCENA DE SEPTIEMBRE DE 2017
EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPÚBLICA ARGENTINA

2017



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

Av. Alvear 1711 1º piso
(1014) / Ciudad Autónoma de Buenos Aires
(011) 4815-6976 / 4812-9327
www.academiaderecho.org
academiadederecho@fibertel.com.ar

INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

Aporte a las XXVI Jornadas Nacionales
de Derecho Civil – Año 2017

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

Director: Académico Jorge Horacio Alterini
Subdirector: Académico José W. Tobías

Aporte a las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil

Año 2017

Bueres ♦ Cobas ♦ Compagnucci de Caso ♦ Cossari ♦ Gagliardo
Hariri ♦ Hernández ♦ Leiva Fernández ♦ Nicolau ♦ Orelle
Pepe ♦ Sánchez Herrero ♦ Santarelli ♦ Tobías ♦ Wilde

THOMSON REUTERS
LA LEY

