

BIBLIOTECA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

Serie: IV - INSTITUTO DE DERECHO CIVIL - NÚMERO 10

LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD



BUENOS AIRES
2005

347

CIF

CIFUENTES, SANTOS Y OTROS

LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD.- 1ª ED. (BIBLIOTECA
ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SO-
CIALES DE BUENOS AIRES: LA LEY, 2005.

XIV, 218 p. 25x17

ISBN: 987-03-0621-7

I. DERECHO CIVIL.

Copyright © 2005 by La Ley S.A.E.eI.
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
Impreso en la Argentina

Printed in Argentina

Todos los derechos reservados
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor

All rights reserved
No part of this work may be reproduced or transmitted
in any form or by any means,
electronic or mechanical, including photocopying and recording
or by any information storage or retrieval system,
without permission in writing from the publisher

Queda hecho el depósito que marca la Ley 11.723
Todos los derechos reservados

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires
Av. Alvear 1711, primer piso.
(1014) Buenos Aires - Argentina

Tirada: 300 ejemplares.

I.S.B.N. 987-03-0621-7

PUBLICACIONES
DE LA
ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

SERIE I - ANUARIOS

Anales - Primera época, N° 1 (1915) - Segunda época, N° 1 a 41.

SERIE II - OBRAS

- 1.- *Significación jurídica y proyección institucional de la Declaración de la Independencia*, por AGUSTIN DE VEDIA y ALBERTO RODRIGUEZ VARELA.
- 2.- *Bibliografía de Juan B. Alberdi*, por ALBERTO OCTAVIO CORDOBA.
- 3.- *La nueva ciencia política y constitucional*, por SEGUNDO V. LINARES QUINTANA.
- 4.- *Política exterior en la edad nuclear*, por FELIPE A. ESPIL.
- 5.- *Académicos de Derecho y hombres de gobierno*, por JUAN SILVA RIESTRA.
- 6.- *La libertad, elección, amor, creación*, por MANUEL RIO.
- 7.- *El Congreso de Panamá*, por MARIANO J. DRAGO.
- 8.- *La esencia del Derecho, la Justicia, la Ley*, por MANUEL RIO.
- 9.- *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, por MIGUEL S. MARIENHOFF.
- 10.- *La Nación Argentina hecha ley*, por SEGUNDO V. LINARES QUINTANA.
- 11.- *Historia del Derecho Político*, por AMBROSIO ROMERO CARRANZA.
- 12.- *La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina*, por JUAN CARLOS MOLINA y JOAQUIN G. MARTINEZ.
- 13.- *Alberdi y su tiempo*, por JORGE M. MAYER (2 tomos).
- 14.- *Estudios sobre Historia Diplomática Argentina*, por ISIDORO RUIZ MORENO.
- 15.- *Historia de la doctrina Drago*, por ALBERTO A. CONIL PAZ.
- 16.- *La alborada. San Martín y Alberdi*, por JORGE M. MAYER.
- 17.- *Primeros Académicos de Derecho - 1925*.
- 18.- *Agüero o el dogmatismo constitucional*, por JORGE M. MAYER.

- 19.- *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial, por ELIAS P. GUASTAVINO (2 tomos).*
- 20.- *Conferencias y Estudios, por HECTOR P. LANFRANCO.*
- 21.- *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial, por ELIAS P. GUASTAVINO (2 tomos). Segunda edición actualizada.*
- 22.- *Derecho y Realidad, VIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.*
- 23.- *Las cinco Argentinas, por JORGE M. MAYER.*
- 24.- *Vida y testimonio de Félix Frías, por AMBROSIO ROMERO CARRANZA y JUAN ISIDRO QUESADA.*
- 25.- *Victorino de la Plaza (1840 – 1919). Un eje institucional, por JORGE M. MAYER.*
- 26.- *Los posibles antídotos 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.*

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.*

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA NAVEGACION

- *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.*

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.*

INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *La impugnación judicial de los actos administrativos en el orden nacional.*

INSTITUTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *Estudios sobre la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario.*

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

Presidente

Académico Dr. Alberto Rodríguez Galán

Vicepresidente

Académico Dr. Julio César Otaegui

Secretarios

Académico Dr. Juan Carlos Cassagne

Académico Dr. Jorge H. Alterini

Tesorero

Académico Dr. Eduardo Aguirre Obarrio

COMISION DE PUBLICACIONES

Director de Publicaciones

Académico Dr. José Domingo Ray

Vocales

Académico Dr. Jorge A. Aja Espil
Académico Dr. Julio César Cueto Rúa

ACADEMICOS DE NUMERO

por orden de antigüedad

	<i>Nombre del sitial</i>	<i>Fecha</i>
Dr. Segundo V. Linares Quintana	Esteban Echeverría	28 mayo 1956
Dr. Julio H. G. Olivera	Juan B. Alberdi	6 mayo 1964
Dr. Federico N. Videla Escalada	José M. Estrada	30 noviembre 1972
Dr. José Domingo Ray	Manuel Obarrio	22 mayo 1975
Dr. Alberto Rodríguez Varela	Luis María Drago	16 julio 1975
Dr. Juan R. Aguirre Lanari	Salvador M. del Carril	19 octubre 1978
Dr. Julio César Cueto Rúa	Roberto Repetto	15 setiembre 1981
Dr. Horacio A. García Belsunce	Félix Gregorio Frías	9 setiembre 1982
Dr. Jorge A. Aja Espil	Carlos Calvo	26 julio 1984
Dr. Alberto Rodríguez Galán	Carlos Pellegrini	9 mayo 1985
Dr. Juan Carlos Cassagne	Antonio Bermejo	23 octubre 1986
Dr. Augusto Mario Morello	Mariano Moreno	23 octubre 1986
Dr. Lino Enrique Palacio	Domingo F. Sarmiento	18 junio 1987
Dr. Félix Alberto Trigo Represas	Nicolás Avellaneda	18 junio 1987
Dr. Carlos Manuel Muñiz	José N. Matienzo	10 agosto 1989
Dr. Jaime Luis Anaya	Rodolfo Rivarola	10 agosto 1989
Dr. Antonio Vázquez Vialard	Juan A. Bibiloni	13 setiembre 1990
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	José Figueroa Alcorta	28 octubre 1993
Dr. Jorge R. Vanossi	José A. Terry	11 agosto 1994
Dr. Hugo Caminos	Eduardo Acevedo	23 noviembre 1995
Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci	Aristóbulo del Valle	24 setiembre 1996
Dr. Carlos María Bidegain	José María Moreno	8 abril 1999
Dr. Julio César Otaegui	Estanislao Zeballos	23 setiembre 1999
Dr. Julio César Rivera	Dalmacio Vélez Sarsfield	25 noviembre 1999
Dr. Santos Cifuentes	Bartolomé Mitre	14 setiembre 2000
Dr. Jorge Horacio Alterini	Alfredo Colmo	14 diciembre 2000
Dr. Víctor Tau Anzoátegui	Lucio V. López	13 diciembre 2001
Dr. Roberto E. Guyer	Lisandro Segovia	10 abril 2003
Dr. Héctor Alegria	Roque Sáenz Peña	9 octubre 2003

ACADEMICO EMERITO

Dr. Manuel Rfo

23 agosto 1984

MIEMBROS CORRESPONDIENTES

por orden de antigüedad

		Fecha
Prof. Ivon Loussovorn	Francia	25 noviembre 1971
Dr. Luis Sánchez Agesta	España	25 noviembre 1976
Dr. Pedro J. Frías	Córdoba	25 setiembre 1986
Dr. Rafael Entrena Cuesta	España	10 agosto 1989
Dr. Néstor Pedro Sagüés	Rosario	10 agosto 1989
Dr. Jesús González Pérez	España	24 mayo 1990
Dr. Carlos Fernández Sessarego	Perú	25 noviembre 1993
Dr. Adolfo A. N. Rouillon	Rosario	25 noviembre 1993
Dr. Eduardo García de Enterría	España	23 marzo 1995
Dr. Juan B. Vallet de Goytisolo	España	13 noviembre 1997
Dr. Ernesto F. Garzón Valdés	Alemania	11 diciembre 1997
Dr. Wolfgang Schöne	Alemania	23 julio 1998
Dr. Saúl Litvinoff	EE. UU. de N. A.	22 agosto 2002
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

ANTIGUOS ACADEMICOS DE NÚMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo	Dr. Guillermo Garbarini Islas
Dr. Carlos A. Adrogué	Dr. Juan Agustín García
Dr. Juan Álvarez	Dr. Juan M. Garro
Dr. Octavio R. Amadeo	Dr. Juan A. González Calderón
Dra. Margarita Argúas	Dr. Dimas González Gowland
Dr. Marco R. Avellaneda	Dr. Aquiles H. Guaglianone
Dr. Antonio Bermejo	Dr. Elías P. S. Guastavino
Dr. Juan A. Bibiloni	Dr. Carlos Güiraldes (h)
Dr. Eduardo L. Bidau	Dr. Alberto Hueyo
Dr. Eduardo Bidau	Dr. Carlos Iburguren
Dr. Germán J. Bidart Campos	Dr. Eduardo Labougle
Dr. Rafael Bielsa	Dr. Héctor Lafaille
Dr. Bernardino Bilbao	Dr. Héctor P. Lanfranco
Dr. Adolfo Bioy	Dr. Hilario Largaña
Dr. Guillermo A. Borda	Dr. Tomás Le Bretón
Dr. Ernesto Bosch	Dr. Ricardo Levene
Dr. Rodolfo Bullrich	Dr. Juan Francisco Linares
Dr. Carlos O. Bunge	Dr. Mario Justo López
Dr. Eduardo B. Busso	Dr. José María López Olaciregui
Dr. Jorge Bustamante Alsina	Dr. Baldomero Llerena
Dr. Pablo Calatayud	Dr. Osvaldo Magnasco
Dr. Francisco Canale	Dr. Carlos C. Malagarriga
Dr. Ramón S. Castillo	Dr. Miguel S. Marienhoff
Dr. Alfredo Colmo	Dr. Félix Martín y Herrera
Dr. Jorge E. Coll	Dr. Roberto Martínez Ruiz
Dr. Tomás R. Cullen	Dr. Agustín N. Matienzo
Dr. Mauricio P. Darack	Dr. José N. Matienzo
Dr. Calixto S. de la Torre	Dr. Jorge M. Mayer
Dr. Antonio Dellepiane	Dr. Carlos L. Melo
Dr. Atilio Dell'Oro Maini	Dr. Leopoldo Melo
Dr. Mariano De Vedia y Mitre	Dr. Manuel A. Montes de Oca
Dr. Juan José Díaz Arana	Dr. Rodolfo Moreno (h)
Dr. Manuel María Diez	Dr. José Luis Murature
Dr. Luis M. Drago	Dr. Rómulo S. Naón
Dr. Mariano J. Drago	Dr. Benito A. Nazar Anchorena
Dr. Wenceslao Escalante	Dr. Luis Esteban Negri Pisano
Dr. Felipe A. Espil	Dr. Manuel Obarrio
Dr. Rómulo Etcheverry Boneo	Dr. Pedro Olaechea y Alcorta
Dr. José Figueroa Alcorta	Dr. Francisco J. Oliver
Dr. Salvador Fornieles	Dr. Manuel V. Ordóñez
Dr. Vicente C. Gallo	Dr. Alfredo Orgaz

Dr. Adolfo Orma
 Dr. Alberto G. Padilla
 Dr. Jesús H. Paz
 Dr. José M. Paz Anchorena
 Dr. Federico Pinedo
 Dr. Norberto Piñeiro
 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 Rfo
 Dr. Marco Aurelio Risolfá
 Dr. Horacio C. Rivarola
 Dr. Rodolfo Rivarola
 Dr. Ambrosio Romero Carranza
 Dr. José M. Rosa
 Dr. José María Ruda
 Dr. Enrique Ruiz Guiñazú
 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. Ernesto J. Ure
 Dr. Enrique Uriburu
 Dr. Benjamín Victorica
 Dr. Ernesto Weigel Muñoz
 Dr. Raymundo Wilmart de Glymes
 Dr. Mauricio Yadarola
 Dr. Carlos J. Zavala Rodríguez
 Dr. Clodomiro Zavallá
 Dr. Estanislao S. Zeballos

INDICE

<i>Teoría General de los Vicios de la Voluntad,</i> SANTOS CIFUENTES	1
<i>Casos de Incoincidencia entre la voluntad y la Declaración,</i> RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO	13
<i>El error de derecho en el Código Civil Argentino y en el Convenio Nº 169 (O.I.T.) sobre "Pueblos indígenas y tribales en países independientes",</i> GABRIELA ALEJANDRA VÁZQUEZ	25
<i>El vicio de error y los requisitos de excusabilidad y reconocibilidad,</i> ALBERTO J. BUERES	61
<i>Divergencias entre la voluntad real y su declaración en el acto jurídico matrimonial,</i> EDUARDO A. SAMBRIZZI	75
<i>La violencia como vicio de la voluntad,</i> MARCELO J. LÓPEZ MESA	93
<i>La intimidación como vicio del consentimiento,</i> FÉLIX A. TRIGO REPRESAS	129
<i>La lesión. Antecedentes históricos - El antiguo Derecho Español,</i> MARÍA LUISA CASAS DE CHAMORRO VANASCO	147
<i>A propósito de la lesión subjetiva,</i> MANUEL O. COBAS	177
<i>Abuso de posición dominante,</i> JOSÉ W. TOBIÁS - ISIDORO H. GOLDENBERG	191

TEORÍA GENERAL DE LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD

SANTOS CIFUENTES

I. Continuidad legislativa del sistema argentino

Para la cabal comprensión del acto voluntario, acerca del cual se habrán de desentrañar los vicios que pueden afectar la voluntad, la inicial premisa será establecer su conformación interna y externa, materia propia de una teoría general de los actos voluntarios e involuntarios.

La actualidad e importancia del tema queda a la vista si se observa que, el sistema savigniano de nuestro Código Civil, desarrollado a partir del art. 897, no fue eliminado en ninguna de las propuestas de su reforma total, y, por cierto, tampoco en las reformas parciales que se le incorporaron, tal como la de la ley 17.711.

En efecto. Las ya antiguas elaboraciones en procura de dicha reforma total de nuestra ley civil, como el Anteproyecto de Bibiloni de 1926 y el Proyecto de la Comisión Reformadora de 1936, mantuvieron no sólo la teoría general del acto voluntario, conformado por los tres clásicos elementos internos y el de la manifestación de la voluntad, sino también la regulación particular del error, el dolo y la fuerza o el temor dentro del esquema general del hecho voluntario. El citado Proyecto del 36, en los arts. 132 a 140 fijó las normas básicas y, en los arts. 141 a 151, reguló dichos vicios en especial y sus consecuencias. El Anteproyecto de 1954, asimismo contiene disposiciones al respecto (arts. 139 y sgts.)⁽¹⁾.

(1) BIBILONI, JUAN ANTONIO, *Anteproyecto de Reformas al Código Civil*, Abeledo, 1929, t. 1; *Proyecto de la Comisión reformadora de 1936*, ver La Ley, t. 4, ps. 15 y ss. de la sec. legislación; *Anteproyecto de Código Civil de 1954*, Universidad Nacional de Tucumán, 1968.

Por su lado, los últimos Proyectos no han eliminado la teoría general y las directivas funcionales de las normas particulares sobre los vicios.

II. Proyecto de 1993

Así el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1993, sancionado por la Cámara de Diputados, si bien modificó los arts. 897, 898, 900, 906, mantuvo los tres elementos internos de la voluntad, la división en actos voluntarios e involuntarios, lícitos e ilícitos, la anulabilidad derivada de esos vicios (art. 954) y las normas del Código de Vélez sobre error, dolo y violencia, dentro del título sobre los "hechos y actos jurídicos".

En efecto, para completar el concepto del art. 897, agregó a los tres elementos internos de la voluntad una referencia al externo, remitiéndose expresamente al art. 913. Y, al establecer en su último párrafo que "No hay autoría cuando el hecho no refleja la personalidad del agente", incorporó la noción de autoría para precisar el hecho humano, con lo que quedan allí descartados como atribuibles al sujeto, los meros movimientos reflejos o instintivos, o los que resultan de una fuerza irresistible (*vis absoluta*), estados hipnóticos, el sonambulismo, el sueño, etc. Esta noción proviene de un indudable influjo de la doctrina, en especial de Mosset Iturraspe y Bueres⁽²⁾. O sea que para aplicar los efectos que programa el art. 907, en la responsabilidad por daños derivados de actos involuntarios (reparación por la equidad), se agrega la necesidad de que se trate de un acto humano y no de un suceso natural aunque del hombre provenga. El acto reflejo, pues, quedaría de esta forma ajeno a la noción de autoría, y también a toda clase de responsabilidad.

Por otra parte, en el art. 898, si bien mantuvo la clasificación en hechos voluntarios lícitos e ilícitos, suprimió la definición que contiene sobre los hechos lícitos y, en el art. 900, haciéndose cargo de críticas sobre su comprensión en la redacción vigente, aclara que los involuntarios solo producen obligación cuando la ley lo establece. De este modo el acto involuntario en los negocios, que es inválido, no produce obligaciones, y en los extracontractuales tampoco hay responsabilidad a menos que la ley la fije, como es el caso del art. 907 que se mantiene. El art. 906 proyectado que sustituye el texto vigente de la ley 17.711, no sólo implica una reiteración de esas reglas, sino que apuntala con mayor precisión la teoría de la

(2) GOLDENBERG, ISIDORO H. y TOBIAS, JOSÉ W., colab. MIGUEL FEDERICO LORENZO, "Reformas al Código Civil", p.120.

causalidad adecuada al entre el hecho y el daño, evitando las confusiones que han surgido con la actual norma.

III. Proyecto de la Comisión Decreto 468/92

De igual modo, aunque con distinta numeración, el Proyecto de Reformas al Código Civil del Poder Ejecutivo de la Comisión creada por decreto 468/92, desarrolló la formación de la voluntad con dichos elementos internos en el art. 572, aunque suprimió el art. 898, por considerarlo irrelevante, inspirándose en el Anteproyecto Llabrás de 1954 (ver su art. 139).

La norma proyectada, modifica el concepto de hecho jurídico en tanto acontecimientos susceptibles de producir efectos jurídicos, por el concepto que asume la actualidad: "que producen....", siguiendo una corriente crítica a la definición del art. 896.

El acto involuntario se desarrolla en los arts. 573 y 574, en donde se declara en términos generales que los actos involuntarios son ineficaces y no generan responsabilidad, sin perjuicio de la de los representantes.

El art. 574 enuncia tales actos involuntarios, colocando en esa categoría a la de los "dementes interdictos" y la de los que al ejecutarlos "estuviesen privados de razón", vale decir lo dementes no interdictos. Con respecto a los menores de 14 años, la involuntariedad por falta de discernimiento queda pendiente de la resolución judicial. Vale decir que manteniendo el criterio llamado "rígido" del actual art. 921 en el caso de dementes, en el de los menores se da una solución flexible permitiendo en cada caso indagar la ausencia o no de discernimiento. Esto último es pasible de censura, por cuanto rodea de una especial complejidad a la situación del discernimiento de los menores, lo que no parece aconsejable en aras de atender a la seguridad y protección frente a los terceros.

Por otra parte el sistema se resiente, si se tiene en cuenta que no se puede estimar que es siempre involuntario e irresponsable el acto de los interdictos, ya que pueden estos pasar por momentos o intervalos lúcidos, a lo que se agrega el de los ya curados o no dementes que están en trámite de rehabilitación, cuestión que en materia no de negocios, pero si de responsabilidad por actos ilícitos, tiene particular trascendencia.

Luego, el art. 575 regla la exteriorización de la voluntad, sea por actos expresos o cualquier otro modo directo, sea por un modo tácito de manifestarse. En este último caso se excluye toda manifestación tácita cuando la ley exige una positiva. Y en cuanto al silencio en general queda vigente la regla del actual art. 919.

En el título IV, como materia general aplicable a todos los actos, trata los "Vicios de la voluntad y del acto jurídico", error, dolo, violencia y lesión, así como la simulación y el fraude (arts. 629 a 651).

IV. Proyecto de 1998

Finalmente, el "Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio" de 1998, en los arts. 247 y 248, mantiene la estructura interna del acto voluntario con sus tres elementos conocidos. Pero a diferencia del anterior si bien declara como involuntario los actos de los dementes interdictos, lo que podría ser pasible de iguales observaciones, mantiene el sistema rígido respecto de los menores y la solución en general del art. 921. Hay un agregado según el cual el tribunal para los actos lícitos, puede considerar con discernimiento aun a quienes tienen menos de 14 años. Vale decir que, excepcionalmente la justicia interviene para indagar acerca del discernimiento en principio presumido si se ha llegado a aquella edad.

Refiriéndose luego a la manifestación de la voluntad, el art. 249 tiene soluciones idénticas a las del anterior Proyecto del decreto 1992.

Finalmente regla en el Título V: "De los vicios de la voluntad y del actos jurídicos", arts. 316 y los que le siguen, cada uno de los vicios en particular, incluida la lesión, simulación y fraude, con generalidad y autonomía respecto de los negocios en particular, como son los actos en materia de familia, contratos y sucesiones por causa de muerte⁽³⁾.

V. Conclusiones generales

Lo hasta aquí expuesto vale por decir que, no obstante las críticas formuladas a una teoría general desarrollada dentro de la materia del acto voluntario y de los actos jurídicos, principalmente la formulada por los doctores Alfredo Orgaz y Guillermo A. Borda, en esos proyectos de los últimos tiempos se han conservado las principales líneas trazadas por el Código Civil, tanto acerca de la configuración de los actos voluntarios, como respecto de los vicios que los pueden afectar, sus efectos invalidatorios y la exteriorización de la voluntad.

(3) Ver para los citados Proyectos: "Unificación de la Legislación Civil y Comercial", ZAVALA, ps. 28 y ss.; para el Proyecto de la Comisión, decreto 468/92, Astrea, p. 76, 98 y ss.; para Proyecto de 1998, Abeledo-Perrot, ps. 200, 215 y ss., ISIDORO H. GOLDENBERG Y JOSÉ W. TOBIAS, con la colaboración de FEDERICO DE LORENZO, Reformas al Código Civil, Parte General, ps. 147 y ss.; JOSÉ W. TOBIAS, "Algunas observaciones a la Parte General del Proyecto de Código Civil de 1998", La Ley, 2000-B, p. 1130.

VI. Legislación latinoamericana

En la legislación latinoamericana, es de observar, sin embargo, que sobre el sistema de principios básicos expuesto no hay uniformidad, ya que la mayoría de los códigos no han establecido la generalización conceptual del acto voluntario y del régimen de los vicios de la voluntad, sino que trataron cada uno de tales vicios dentro de las figuras negociales particulares.

Así, el Código de Chile de 1851, redactado por Andrés Bello (arts. 1451 y sgts.) y los que lo adoptaron en gran medida, como el Código de Ecuador de 1861 y de Colombia de 1873 (arts. 1508 y sgts.), reglamentan directamente los vicios del consentimiento: error, fuerza y dolo, dentro del Libro IV, sobre Obligaciones en general y de los contratos. El Código de Venezuela de 1982, introduce esta cuestión cuando se refiere a "los requisitos de validez de los contratos", en los arts. 1146 a 1154. También el Código Civil del Uruguay, en el Capítulo I: "De los contratos en General", Sección II acerca de los "requisitos esenciales para la validez del contrato", a partir del art. 1270 se ocupa del error, la violencia y el dolo.

El Código Civil del Brasil de 1916, tampoco tiene una teoría general del acto voluntario y sus vicios, sino que en el título I sobre "Dos atos jurídicos"; en el Cap. II sobre "dos defeitos dos atos jurídicos" (arts. 86 y sgts.), regula en particular la anulación por el error, el dolo, la coacción, la simulación y el fraude. Esta orientación se mantiene en el Código que rige desde 2003, en el Capítulo IV, Título I, Libro III de la Parte General, sobre los "Defectos del negocio jurídico", en donde incorpora el "estado de peligro" y la "lesión" que había reaparecido en el Código de Defensa del Consumidor⁽⁴⁾. Mientras que el Código Civil del Perú, de 1984, en el libro III sobre el "Acto jurídico", luego de la simulación y el fraude, en el Título VIII sobre Vicios de la Voluntad, estatuye la anulación en los arts. 201 y sgts., por causa de error, "dolo causante" y violencia.

En cambio otros órdenes jurídicos, como el del Paraguay de 1987, en los arts. 277 y sgts., contienen una proyección general similar en parte a la nuestra. Después de las disposiciones generales sobre la conformación de la voluntad, siguen las causas de los vicios y en particular, a partir del art. 285, las reglas de aplicación al error, el dolo la fuerza y el temor.

En síntesis, puede observarse que la mayoría de estos códigos ha eliminado la teoría general de la voluntad y de sus vicios, para concretarse a

(4) Ver sobre esto, MIGUEL A. CIURO CALDANI, "Directrices iusfilosóficas del nuevo Código Civil brasileño", JA, 2002- IV-1303.

su aplicación dentro de las declaraciones de voluntad por contratos o por actos unilaterales (Chile, Ecuador, Colombia, Venezuela, Uruguay). En otros, sin sentar bases generales, y aunque la materia se abre camino dentro de los actos jurídicos en general (Brasil, Perú), reglan directamente cada uno de los vicios que son causa de la nulidad de los actos, y solo el del Paraguay sistematiza, como portada al tratamiento de los vicios, los principios generales de la voluntad.

VII. Conformación de la voluntad

La división entre actos voluntarios e involuntarios, tiene su centro en la reunión de los elementos que estructurales de la voluntad, enunciados en el art. 897: discernimiento, intención y libertad, a los que se une inevitablemente la exteriorización que prevé el art. 913. No obstante que los elementos internos tienen apariencia de nociones de fácil caracterización, ha habido entre los autores disparidades conceptuales, lo que obliga a detenerse en ellos.

A) Discernimiento. - Una tendencia muy común es agrupar las posibilidades de la aptitud intelectual del sujeto, pero como ellas son inabarcables queda la definición a mitad de camino. Cuando se ha dicho, por ejemplo, que es "la cualidad o facultad del sujeto por la cual conoce y distingue lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto, lo conveniente de lo inconveniente"⁽⁵⁾, uno podría preguntarse si no cabría también, y no es cuestión menor, considerar la facultad de diferenciar lo feo de lo bello, lo mediocre de lo excelente, lo perfecto de lo imperfecto, lo regular de lo irregular, y así sucesivamente.

Por otro lado, los puntos de vista y de apreciación suelen ser distintos en la interpretación de la realidad, dependiendo muchas veces de la perspectiva de cada uno o de la sintonía de su espíritu con la propia manera de ver las cosas. Lo que para uno puede ser bueno y conveniente, para otros puede ser malo e inconveniente, entonces el primero dirá que los segundos carecen de condiciones intelectuales para advertir lo bueno de los actos o acciones juzgados y que, por una falla en el discernimiento, lo estiman malo e inconveniente.

(5) JORGE J. LLAMBIAS, "Parte General", t. II, n° 1368, y su voto en CNCiv, sala A, 13/9/1962, JA, 1963-III-55; MANUEL ARÁUZ CASTEX, "Derecho Civil", t. II, n° 1127; LUIS DE GÁSPERI, AUGUSTO M. MORELLO, "Tratado de Derecho Civil", t. I, p. 21; RUBÉN COMPAGNUCCI DE CASSO, en BUERES-HIGHTON, "Código Civil y normas complementarias", t. 2 B, p. 418.

Si bien la palabra "discernir" esta íntimamente relacionada por su etimología latina con los verbos "separar, dividir, distinguir, reconocer", y hasta con la expresión *cernire* que describía la acción de tamizar el grano para apartarlo de la paja⁽⁶⁾ en la evolución de las ideas se llega a la concepción de "divisar", apreciar con la inteligencia.

Podría quizá volverse a la fuente Freitas⁽⁷⁾, y decir con mayor propiedad que el discernimiento es "la madurez intelectual para razonar, comprender y valorar el acto y sus consecuencias", y por cierto que hablo de las jurídicas.

B) Intención. - Este elemento interno también ha sido explicado con diferentes orientaciones por los autores. Con una simplificación muy extendida, creo que muchas veces se confunde la intención que es elemento del acto voluntario, con el propósito o causa fin que es elemento caracterizante de una de las especies de los actos voluntarios, el acto jurídico (art. 944).

Y es por ello que se ha extendido la idea de que la intención enunciada en el art. 897 es la dirección de la voluntad hacia una determinada concreción, como la flecha que guía al sujeto hacia un objetivo específico o concreto; que es el designio en la obtención de un resultado; el querer el acto de que se trata y sus efectos; el propósito de realizarlo; la voluntad misma o querer lo que se sabe.

En todas esas formulaciones se advierte que uno de los elementos que la conforman termina siendo la voluntad misma. O sea, uno de los componentes viene a ser el todo compuesto. Sería, pues lo mismo que decir: la voluntad es la intención, formula conclusiva a la que llega Borda, al sostener que los tres elementos internos del acto voluntario pueden reducirse a uno solo: la intención⁽⁸⁾.

(6) RICARDO D. RABINOVICH-BERKMAN, "Derecho Civil. Parte General", n° 165.

(7) JOSÉ O. MACHADO, "Exposición y comentario del Código civil Argentino", t. III, p. 116; RAIMUNDO M. SALVAT- JOSÉ MARÍA LÓPEZ OLACIREGUI, "Tratado de Derecho Civil. Parte General", t. 1568, 1575-A; ROBERTO A. BREBBIA, "Hechos y actos jurídicos", t. I, p. 47; JULIO C. RIVERA, "Instituciones de Derecho Civil", t. II, n° 1070; JORGE A. MAYO, en BUERES-HIGHTON, "Código Civil y normas complementarias", t. 2 B, p. 408.

(8) En esa corriente ver SALVAT-LÓPEZ OLACIREGUI, "Parte General", t. II, n° 1576; LLAMBIAS, "Parte General", t. II, n° 1379; ARÁUZ CASTEX, "Parte General", t. II, n° 1135; Brebbia, cuando dice que atañe "al querer, a la voluntad misma", "Hechos y actos jurídicos", t. I, p. 49; LUIS M. BOFFI BOGGERO, "Actos voluntarios", Enciclop. Juríd. Omeba, t. 1, p. 441; GUILLERMO A. BORDA, "Parte General", t. II, n° 816; PATRICIO RAFFO BENEGAS, en LLAMBIAS, "Código civil anotado", t. II-B, p. 17.

(8) RABINOVICH-BERKMAN, "Parte General", p. 574.

Por mi parte, siguiendo otras vertientes, estimo que la intención no es el propósito o designio, la causa fin del acto voluntario, pues este puede ser tanto un simple acto como un acto jurídico en donde aparece el propósito dirigido a la obtención de unos efectos jurídicos. Es uno de los tres elementos internos, bien delineado frente a los otros dos, y que juega un rol o papel propio en la estructuración de la voluntad sana. No se lo debe confundir con la voluntad en si misma, ni con el fin jurídico que caracteriza a una específica especie de actos voluntarios. Es decir, puede verse el caso de la intención equívoca, falsa, mal formada y solo aparente, con un propósito, designio o fin jurídico determinante no cuestionable (donar, comprar, enajenar, gravar). A la inversa ocurre cuando falla la causa fin determinante, pero es entera la intención o discernimiento empleado para entender el acto.

Siguiendo las fuentes de nuestro legislador, la intención es el mismo discernimiento aplicado a un caso concreto. Es el ejercicio de la facultad genérica de conocer, en una hipótesis determinada (Freitas). Se ha dicho: "In tendere" o "apuntar o tender hacia". Moverse hacia un fin buscado. El discernimiento y la intención son por tanto dos estados sucesivos. El primero es de conciencia, de aptitud del sujeto; el segundo es la aplicación de esa sapiencia a un caso concreto. Bien se ha dicho que el discernimiento es un antes, la intención un después⁽⁹⁾. La ausencia de discernimiento excluye la posibilidad de la intención y la presencia de esta, que es discernir en el caso concreto, presupone la aptitud natural, estática y previa del discernimiento.

C) *Libertad*. - Al muy extendido concepto que asienta la idea de la libertad en el aspecto negativo: actuar sin coacción o coerción física o moral, parece preferible dar una orientación positiva, tal la de Savigny: "facultad de elección entre varias determinaciones" posibles. Comprende en si ese concepto la ausencia de coacción exterior, pues quien elige libremente lo hace sin fuerzas regresivas que se le opongan o desvíen su elección.

D) *Exteriorización*. - Al elemento psicológico de la voluntad debe añadirse para que sea jurídico o atendido por el derecho, signos exteriores que puedan darla a conocer. Aparenta ser innecesario decirlo y hasta se ha criticado por obviedad el art. 913 del código. Pero enrolada la ley en una generalización teórica de la formación de la voluntad para los actos vo-

(9) RABINOVICH-BERKMAN, "Parte General", p. 574

luntarios, habría un vacío si ese principio de la manifestación necesaria no apareciera, como el de la reforma de 1936 que lo suprimió.

La afirmación de este elemento en la economía de la ley, no hace otra cosa que redondear los conceptos, guiar al intérprete y evitar dudas acerca de la consideración del fenómeno jurídico en cuanto tal, lo que no es insignificante. De ahí que inclusive, se haya criticado al Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993, que hace referencia sólo al núcleo de la voluntad en el art. 572, cuando la voluntad psicológica no es la voluntad jurídica⁽¹⁰⁾.

VIII. Críticas y réplicas

Una de las argumentaciones en contra de la sanción legal de la teoría del acto voluntario, tal como nuestro código ha desarrollado, asienta en la idea de que da cuenta de un antecedente puramente psicológico, o también que viene a ser un concepto empírico puramente doctrinal (Borda, Orgaz, Compagnucci de Caso).

La respuesta ha dicho que no es inútil, porque da pie a que el intérprete pueda establecer los casos en que hay voluntad sana, no hay voluntad o ella está viciada. La labor jurisprudencial queda mejor orientada, la enseñanza de los autores hace pie firme, cuando la norma perfila soluciones claras, ante la variada gama de sucesos y conductas que aparecen en el fenómeno jurídico. Es que el derecho se vale de los datos que produce la realidad, sea en lo material, humano y psicológico, y da su versión jurídica, de donde no es desaprovechable que esos datos empíricos tengan clara estructuración legal, para conformar el alcance de los actos de que se trata y sus consecuencias en el área de la imputación y de la responsabilidad.

Un acto puede ser psíquicamente involuntario, pero si responde a la imputación normativa de la voluntariedad, será considerado jurídicamente voluntario. Viene a ser relevante la voluntad siempre que sea justo y básico darle a un acto humano tratamiento normativo de acto voluntario, según las pautas jurídicas que correspondan a su formulación. El olvido, por ejemplo, no es una nada en su entronque con la voluntad jurídica. Ante el pago exigible de una deuda, forma parte de la condición natural interna cuando el sujeto sabe que debe pagar y por esa causa no lo hace. Es hecho interno del sujeto mismo, pues no le es ajeno al sujeto e importa desidia o actitud no diligente frente a la conducta debida, y que es debida pues se endeudó libremente con intención. De lo contrario, si así no fuere, no pagar vendría subsumido en la idea de la anulabilidad del acto obligacional.

(10) GOLDENBERG, I. H., TOBIAS, J.W., "Reformas del Código Civil Parte General" cit, p. 124.

La clasificación de acto voluntario y acto involuntario, es por ello, una sistematización jurídica de los datos de la experiencia, por cuanto no es lo mismo un acto puramente material, o meramente externo, que un acto involuntario u otro voluntario. La respuesta del derecho en el área de la responsabilidad, es diversa en cada uno de esos casos. Luego, no puede, sin desmesurar la crítica, sostenerse que la diferenciación normativa es puramente dogmática, psicológica, empírica o doctrinal.

Aunque la ley en el caso de la falta de discernimiento realiza un encasillamiento estático y definido en gran parte del art. 921, cuando lo excluye en los menores y dementes, no hay que olvidar la necesaria labor judicial frente a la falta de ese elemento por causa accidental o ante el juzgamiento de los intervalos lúcidos en el demente, o bien los actos anteriores a la declaración de demencia que deben juzgarse cada uno al tiempo de su celebración. El vicio enraizado en la intención y la libertad (error, dolo, lesión, violencia e intimidación), requiere la prueba y el examen atento del juez según las pautas legales, de donde tampoco parece superfluo haberlos sistematizados con claridad.

Diferenciar el discernimiento de la intención, tiene no discutibles aplicaciones prácticas. Probar por un lado la falta de aptitud genérica valorativa por demencia declarada o no, por ausencia de estado lúcido o por accidental pérdida de la razón, no es lo mismo que probar esa ineptitud concreta al celebrar el acto por error, dolo o lesión, pese a la madurez intelectual del sujeto para discernir. Y esto no debe relacionarse con la posible admisión de la responsabilidad cuando el acto es involuntario (por riesgo, equidad, etc.), que son soluciones de la ley específicas y a las veces excepcionales, en virtud de la conjunción de otros elementos que van más allá de la formación voluntaria del acto. Lo mismo podría decirse de los requisitos de excusabilidad y esencialidad en el error, de falta de reciprocidad en el dolo, del estado de necesidad o del temor reverencial, en los que no juega un papel decisivo la voluntad completa e incuestionada, pero que son atajos legales que desbordan la estructuración general del acto voluntario⁽¹¹⁾.

IX. El acto involuntario y el art. 900 del Código Civil

La gran mayoría de los autores da por cierto que el art. 900 esta mal redactado y que se contradice con otras normas del código. Esta norma pareciera descartar la repercusión de los actos involuntarios

(11) DALMIRO ALSINA ATIENZA, "Las críticas al papel esencial de la voluntad en los hechos jurídicos voluntarios", JA, 1955- IV, sec. doc., p. 67.

al sostener que los obrados "sin discernimiento, intención y libertad no producen por si obligación alguna", con lo cual no sólo pareciera exigir la acumulación de los tres elementos internos para estimar involuntarios los actos, sino que al descartar para estos actos la posibilidad de generar responsabilidad, contradice otras disposiciones que en ciertas circunstancias admiten que esos actos son fuente de obligaciones. Tales como los que un poco más adelante el art. 907, inclusive antes de la reforma de la ley 17.711, o bien el caso del error incidental, del error inexcusable, del dolo recíproco, de la ebriedad imputable. Por lo que para salir del paso se consideró que se refería al acto en si, lo que no impedía que nacieran obligaciones por valoración normativa.

Por mi parte, y a fin de clarificar la verdadera orientación del legislador, hice una pequeña investigación que me llevó a una teoría distinta. No hay que leer esa norma sino textualmente, manteniendo la conjunción copulativa "y", sin sustituirla por la disyuntiva "o" como se propugna, por lo que en realidad el precepto no estaría haciendo referencia al acto involuntario del art. 897, que es aquel al que le falta alguno de los elementos internos o que tiene una falla en alguno de ellos, sino aunando los tres en esa falta, con lo que se advierte la coherencia de su fórmula. Ya que si un acto es realizado por el agente como si fuera una fuerza ciega, faltándole al sujeto no solo la aptitud de comprender, sino también el impulso propio ya que ese impulso obedece a una fuerza irresistible exterior, más que involuntario sería un acto que no podría producir obligaciones de ninguna especie, aun en las circunstancias en que la ley lo admite frente al acto meramente involuntario. El sujeto sería instrumento pasivo absoluto, lo que no acontece en los casos expuestos en los que hay impulso propio, aunque por deficiencias en la composición de la voluntad. Y en pos de semejante idea, llegué a la conclusión de que la disposición estaba inspirada en el Código de Prusia.

Es decir que si como enseñan los autores, para que el acto involuntario genere responsabilidad es necesario que en alguna medida hubiera posibilidad de control por parte de agente, o sea, un mínimo de participación subjetiva, circunstancia que demuestra que el acto ha sido realizado por el agente obrando por si y no como un cuerpo u objeto en manos o por impulsión de otro⁽¹²⁾, en la hipótesis prevista por el art. 900 ello no puede ocurrir al faltar los tres elementos de la voluntad, quedando a la vista la

(12) JORGE MOSSET ITURRASPE, "Responsabilidad por daños", t.1, p. 15; ALBERTO J., BUERES, "El acto ilícito"; MATILDE ZAVALA DE GONZÁLEZ, "Reflexiones sobre la ilicitud", JA, 1981-IV- 736.

total irresponsabilidad del sujeto. Se llame a tales hechos, que en realidad no son actos, meros hechos materiales sin resonancias jurídicas y que en ellos en realidad no existe la "autoría", lo cierto es que está bien aclarado que no producen obligación alguna.

X. La oportunidad de estos estudios

Parece claro que en la Argentina los estudios que abordan la teoría general de la voluntad y los vicios que la afectan, son importantes y permiten conocer, no sólo la legislación que nos rige, sino también las proyecciones futuras de su influencia. La doctrina y la jurisprudencia ha hecho permanentemente y especial aplicación de esos principios, de modo tal que toda clarificación y ahondamiento por parte de los juristas, representa un aporte para la meditación, la enseñanza y la información o comunicación en general a los estudiantes y abogados.

Con tal objetivo, luego del somero análisis que he hecho acerca de la teoría general de la materia, y como una especie de introito a sus diversas expresiones particulares, se deben ponderar cada una de las figuras especiales que de su aplicación surgen y se suceden, lo que los interesantes trabajos que siguen dan a conocer.

Solo es de señalar que en la polémica acerca de si la "lesión subjetiva" pertenece a este grupo de figuras, personalmente comparto la respuesta afirmativa, pues entiendo que queda enmarcada en la debilitación de la voluntad de una de las partes frente a la otra que saca provecho de ella. Por ello se han realizado trabajos al respecto que se incluyen entre los que se relacionan con los vicios clásicos, como una especie de ampliación o apertura de sus nominaciones en la ley civil. Otra sería la realización de negocios bajo "estado de necesidad", lo que muchas veces encuadra dentro de la figura del art. 954 del Código Civil, versión de la ley 17.711, pero otras escapa a ella por su carácter genérico y social.

Con estas reflexiones doy fin a la introducción genérica, no sin señalar que los ya recordados proyectos de finales del siglo XX, mantienen la lesión unida a la consideración de la nulidad por vicios de la voluntad, lo que es un indudable síntoma de la orientación jurídica de los últimos especialistas dedicados a la reforma legislativa (ver: Proyecto de 1993, art. 954; Proyecto decreto 1992, art. 639 en el capítulo de los Vicios de la voluntad; Proyecto de 1998, con la misma ubicación, art. 327).



CASOS DE INCOINCIDENCIA ENTRE LA VOLUNTAD Y LA DECLARACIÓN

RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO

I. Manifestación y exteriorización de la voluntad

La manifestación de la voluntad de las personas se transforma en un acto de exteriorización del querer interno. En esta expresión el vocablo acto no tiene un estricto carácter jurídico sino que debe ser entendido como lo indica el sentido común y conocimiento vulgar. El acto, como tal, integra todo el sentido negocial, y es más, a veces aparece confundido con el mismo negocio jurídico⁽¹⁾.

En principio la voluntad o querer interno no trasciende al derecho, ya que es muy difícil adentrarse en las meras intenciones volitivas que no hay sido manifestadas. Como afirma el profesor Ruiz Serramalera: "el ser humano se mueve entre dos campos de influencia diversa. Por un parte conoce y desea las realidades que existen fuera de él (fuero interno), y por otra parte realiza actos externos que van dirigidos a conseguir lo conocido y deseado (declaración de la voluntad)⁽²⁾".

Lo interno, no declarado, permanece en la esfera de la intimidad y tiene su visión y juzgamiento en la órbita de lo moral, el derecho no puede

(1) ALBALADEJO, Derecho civil. Introducción y parte general, Ed. Bosch, Barcelona 1978, 5ta. ed., t. I, v. II, p. 166. JORDANO FRAGA, Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales, Ed. Studia Albornotiana, Bologna 1988, p. 23. Célice, El error en los contratos, Ed. Trad. Caimago y Marin, Ed. Gongora, Madrid, p. 15 y ss.

(2) RUIZ SERRAMALERA, El negocio jurídico, Ed. Universidad Complutense, Madrid 1978, p. 530.

adentrarse en su análisis, ni cae bajo su égida. Cuando esos deseos se evaden de su cerrada esfera de lo íntimo, es recién cuando pueden comenzar a tener injerencia y efecto sobre el resto de las personas. Aunque no es posible omitir ni dejar de considerar que, la voluntad interna posee una mayúscula importancia para apreciar las manifestaciones exteriores. Al respecto señala Messineo: "el elemento fundamental del negocio jurídico es la declaración de la voluntad, lo que presupone que exista una voluntad como substrato de dicha declaración, teniendo esa manifestación valor instrumental con respecto a la voluntad"⁽³⁾.

La manifestación de los quererres interiores tiene como objeto hacer conocer la voluntad a otras personas; a veces resulta innecesaria la coincidencia de dos o más manifestaciones relacionadas como ocurre en la formación y perfeccionamiento del contrato, o bien es suficiente una sola declaración como en el testamento⁽⁴⁾.

Al afirmar que la manifestación se dirige hacia los demás no nos quedamos en las declaraciones denominadas recepticias donde es necesario que tenga un destinatario determinado y esa sea la finalidad perseguida. La cuestión se plantea en pensar si es posible una declaración de voluntad sin destinatario. Algunos autores, en tesis que me permito compartir, entienden que toda declaración lleva en sí el sujeto hacia quién va dirigida, aunque al momento de su realización no lo indique o el destinatario no se encuentre individualizado⁽⁵⁾.

El tema que es motivo de debate en la doctrina de los autores, lo explica con mayor énfasis y claridad Emilio Betti, dice: "Es cierto que no existen declaraciones sin destinatario, pero entre ellas algunos deben ser emitidas hacia un destinatario determinado, inmutable, al que son comunicadas por razón del interés que para él tiene el contenido de la declaración y son denominadas recepticias; y existen otras, en cambio, que por la razón contraria no necesitan ser dirigidas a un destinatario determinado, ya que en realidad no lo tienen, sino de carácter genérico y son llamadas "no

(3) MESSINEO, Manual de derecho civil y comercial, Ed. Ejea, Bs.As. 1971, Trad. SENTÍS MELENDO, t. II, p. 359. SANTOS BRIZ, Derecho civil. Teoría y práctica, Ed. R.D.P., Madrid, t. I, p. 611. VON TUHR, Derecho civil. Teoría general del derecho alemán, Ed. Depalma, Bs. As. 1948, trad. Tito Rava, T.II, v. II, p. 74, n. 61. JORDANO FRAGA, Falta absoluta de consentimiento., cit., p. 24.

(4) LARENZ, Derecho civil. Parte general, Ed. R.D.P., trad., Madrid 1978, p. 448. BREBBIA, hechos y actos jurídicos, ed. Astrea, Bs. As., t. I, p. 195.

(5) El debate producido en la doctrina alemana puede verse: ENNECCERUS - NIPERDEY, Tratado de derecho civil. Parte general, Ed. Bosch, 3ra. Ed. española, Barcelona 1981, trad. PEREZ GONZALEZ Y J. ALGUER, t. I, v. II, p. 59.

recepticias". Mientras que para éstas basta un acto de emisión que se cumple con el solo hecho del declarante, para las declaraciones con destinatario determinado y fijo es necesaria una transmisión o comunicación dirigida a él"⁽⁶⁾.

II. Discordancia entre la voluntad y la declaración

La declaración y la voluntad deben resultar coincidentes, formando de esa manera, una unidad que logrará producir los efectos jurídicos deseados. La voluntad interior que, configura el proceso interno del querer del individuo, debe corresponderse en plenitud y exactamente con lo manifestado, y en ese caso la ley puede atribuir las consecuencias del acto al sujeto actuante⁽⁷⁾.

Cuando se brinde un supuesto de incoincidencia entre la voluntad (lo querido) y la declaración (lo manifestado), los problemas comienzan y puede dar como resultado disvalioso que el acto no produzca efectos, y por ello mismo sea jurídicamente "ineficaz". En ese sentido y, en la doctrina clásica española, explica Clemente De Diego: "La declaración de voluntad que constituye la sustancia del acto jurídico, de ordinario traduce la fidelidad, la voluntad interna del agente; pero a veces no ocurre esto, porque hay casos de discordancia entre la voluntad real interna y la declarada en el acto jurídico"⁽⁸⁾.

Estos casos de discordancia pueden darse por diferentes razones: a) por formación viciosa de la voluntad; b) por incoincidencia consciente o inconsciente entre la voluntad real y la declarada; c) por no existir una verdadera declaración; y d) por ausencia de autoría en la declaración⁽⁹⁾.

(6) BETTI E., Teoría general del negocio jurídico, Ed. R.D.P., trad. Martín Perez, Madrid 1959, p. 105, n. 12.

(7) SALVAT R. - LÓPEZ OLACIREGUI, Tratado de derecho civil argentino. Parte general, Ed. Tea, Bs. As. 1951, t. II, p. 187, n. 1579. BREBBIA, Hechos y actos jurídicos, cit., t. I, p. 194. LLAMBIAS, Tratado de derecho civil. Parte general, Ed. Perrot, 5ta. ed., Bs. As. 1973, t. II, p. 269, n. 1392. BIBILONI, Anteproyecto de reformas al C.C. Argentino, Ed. Valerio Abeledo, Bs. As. 1929, t. I, p. 99, sugiere la supresión del art. 913, porque los hechos voluntarios son acontecimientos realizados y, por consiguiente, es de esencia que haya acto "exterior por el cual la voluntad se manifieste". FERRARA F., La simulación de los negocios jurídicos, Ed. R.D.P., trad. Atard y J. De la Fuente, Madrid 1960, p. 2.

(8) DE DIEGO C., Instituciones de derecho civil español, Ed. San Martín, con notas de: Gullón Ballesteros y A. de Cossio y Corral, Madrid, t. I, p.305.

(9) LARENZ, Derecho civil. Parte general, cit., p. 495. VON TUHR, Derecho civil, cit., t. II, v. II, p. 233, n. 65. Barbero, Sistema de derecho privado, Ed. Ejea, Bs.As. 1967, trad. S. SENTÍS MELENDO, t. I, p. 542, n. 254. Compagnucci de Caso R.H., Formas de declaración de voluntad imperfecta, en Rev. del Col. De abog. de La Plata, n. 42, p.73. CASTÁN TOBEÑAS J., derecho

III. Vicios que afectan a la voluntad

A veces la voluntad puede aparecer distorsionada por vicios que afectan a su formación, como el error, el dolo y la violencia.

El error es uno de los vicios de la voluntad, es el falso o mal conocimiento de las cosas. El sujeto cree en supuestos falsos, declara con absoluta libertad pero la base del conocimiento no es certera. Este error consiste, tal como afirma Coviello, "en un falso juicio que se forma de una cosa o de un hecho, basado en la ignorancia o incompleto conocimiento de la realidad de la cosa, del hecho o del principio del derecho que se presupone"⁽¹⁰⁾. A este error se le equipara la ignorancia, es tal así que el Código Civil los legisla en forma conjunta (arts. 923 a 930), y al Capítulo I, del Título 1.º de la Sección 2.ª del Libro Segundo, lo denomina "De los hechos producidos por ignorancia o error". Claro está que si bien son conceptos que se asemejan, no se igualan, ya que la ignorancia se distingue por el nulo conocimiento de la realidad⁽¹¹⁾.

En este sector del derecho privado, el dolo consiste en inducir a error a la otra parte. El Código civil en el art. 931 hace referencia a la "acción dolosa" que define como "...toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio astucia o maquinación que se emplee con ese fin". Por su parte el Código civil español lo describe en el art. 1269: "Hay dolo cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que sin ellas no lo hubiera hecho". En definitiva legislativamente se aclara cuando se brinda y aparece la vieja "tricherie" de las costumbres francesas, que ordenaban la anulabilidad de los contratos cuando se actuaba con malicia engañando a una de las partes a fin de conseguir la aceptación y concretar el consentimiento⁽¹²⁾. El engaño tiene siempre la misma dirección, tratar de llevar a otro a errar en la realización del acto.

civil español, común y foral, Ed. Reus, 12ava. Edic., Madrid 1978, puesta al día por J.L. DE LOS MOZOS, t. I, v. II, p. 741.

(10) COVIELLO N., *Doctrina general del derecho civil*, Ed. Uthea, Mexico 1938, trad. de F. de J. Tena, p.91, N. 30. BORDA, *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, ed. Perrot, 6ta. ed., Bs.As. 1976, t. II, p. 300, n. 1127. CÉLICE, *El error en los contratos*, cit., p. 38. LLAMBIAS, *trat. Pte. General*, cit., t. II, p. 470, n. 1718. SANTOS BRIZ, *La contratación privada*, Ed. Montecorvo, Madrid 1966, p. 177 y ss.

(11) CÉLICE, *el error en los contratos*, cit., p. 38 y ss. DE CASTRO F., *El negocio jurídico*, ed. Civitas, Madrid 1985, p. 101, n. 125. TORRENTE A.-SCHLESINGER P.: *Manuale di diritto privato*, ed. Giuffrè, Milano 1999, 16ma. ed., p. 183, n. 113.

(12) DE COSSIO Y CORRAL A., *El dolo en el derecho civil*, Ed. R.D.P., Madrid 1955, p. 307. LLAMBIAS, *Trat. Parte general*, cit., t. II, p. 494, n. 1753. DIEZ PICAZO L., *Fundamentos del*

La violencia y la intimidación se suman a los otros vicios de la voluntad, y afectan a la libertad del sujeto ya bien por el uso de la violencia física (vis absoluta), o bien por la violencia moral (vis compulsiva). El Código civil se ocupa de ello en los arts. 936 y 937, indicando el primero: "Habrá falta de libertad en los agentes cuando se emplease contra ellos una fuerza irresistible", y el art. 937: "Habrá intimidación, cuando se inspire a uno de los agentes por injustas amenazas, un temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona, libertad, honra o bienes, o de su cónyuge, descendientes o ascendientes, legítimos o ilegítimos".

Cuando se trata de violencia física se emplea la fuerza contra la persona, el constreñimiento corporal, por ejemplo se le lleva la mano para que firme un contrato, el sujeto actúa sin voluntad ni conciencia de sus actos. Como bien afirma Brebbia: "la víctima no actúa por sí, ni obra como un ser dotado de conciencia y voluntad, sino que desempeña un rol puramente pasivo ya que su persona es utilizada por quién ejerce la violencia, como un medio material para obtener su propósito"⁽¹³⁾. Es la denominada "vis corpore illata" a que hacía referencia el Derecho romano.

La violencia moral consiste en inspirar el miedo (metus), las injustas amenazas de sufrir un mal inminente y grave para el supuesto en que no se actúe como lo quiere el autor de las amenazas. Claro está que para que el acto sea ineficaz es necesario: a) la amenaza injusta; b) el temor fundado de sufrir un mal inminente y grave; c) que lo sea a bienes o valores espirituales que puedan afectar a la víctima; y d) que evitar el mal sea un elemento determinante para formular la declaración⁽¹⁴⁾.

derecho civil patrimonial, Ed. Civitas, 5ta. ed., Madrid 1996, t. I, p. 170. DE RUGGIERO, *Instituciones de derecho civil*, Ed. Reus, Madrid 1931, trad. SERRANO SUÑER Y SANTA CRUZ TEJEIRO, t. I, p. 272. SPOTA A.G., *Tratado de derecho civil. Parte general*, Ed. Depalma, Bs.As., t. I, v. 3-6, p. 575, n. 1925.

(13) BREBBIA, *Hechos y actos jurídicos*, cit., t. I, p.438. MESSINEO F., *Manual...*, cit., t. II, p. 367. CIFUENTES S., *Negocio jurídico*, Ed. Astrea, Bs. As. 1986, p. 440, n. 222. TRABUCCHI A.: *Voz "Errore"*, en *Nuovo Digesto Italiano*, t. II, p. 170. SANTOS BRIZ, *La contratación...*, cit., p. 193. ARIAS RAMOS - ARIAS BONET, *Derecho romano*, Ed. R.D.P., 10ma. ed., Madrid 1966, t. I, p. 124.

(14) ARAUX CASTEZ, *Derecho civil. Parte general*, Ed. Cooperadora de Derecho, Bs. As. 1974, t. II, p. 375, n. 1817. CIFUENTES, *Neg. Jurídico*, cit., p. 450, n. 230. SALVAT-LOPEZ OLACIREGUI, *Trat. Pte. Gral.*, cit., t. II, p. 498, n. 2400. MACHADO J. O., *Exposición y comentario del Cód. Civil argentino*, Ed. Lajouanne, Bs. As. 1898, t. III, p. 158. WEILL A. - TERRÉ F., *Droit civil. Les obligations*, Ed. Dalloz, 3eme. ed., Paris 1980, p. 220, n. 191. ORGAZ A., *A propósito de la intimidación, de la analogía y de la interpretación de las leyes*, en *La Ley*, 68-361. BREBBIA, *Hechos y actos jur.*, cit., t. I, p. 449. CNCiv. S: D, en *La Ley*, 68-361. CNCCom. S.A., en *ED*, 19-310.

IV. Incoincidencia consciente e inconsciente entre la voluntad real y la declarada

Existen dos posibilidades, ya bien que la incoincidencia sea consciente como en los supuestos de: negocio simulado, declaración sin seriedad, y reserva mental; o el de la incoincidencia inconsciente como en el clásico ejemplo del "error obstativo" ⁽¹⁵⁾.

V. Negocio simulado

Los actos que no son reales, y donde reina la ficción son aquellos negocios simulados. Ferrara que ha dedicado un clásico estudio sobre el tema, sostiene: "En el acto simulado lo más característico es la divergencia intencional entre voluntad y declaración. Lo interno, lo querido y lo externo, lo declarado se encuentran en oposición consciente. Las partes no quieren el negocio, lo quieren hacer parecer, y la declaración que emiten resulta disconforme con lo que quieren, provocando una ilusión falaz de su existencia" ⁽¹⁶⁾.

En estos casos el negocio tiene una finalidad distinta de la que aparenta ser, un contenido de voluntad ficticio que se emite conscientemente por voluntad de las partes, y lleva como sustancia principal: inducir a engaño a los demás (conf. art. 956 del C.C.). Como afirma el eximio jurista francés Jean Carbonnier, lamentablemente fallecido hace muy poco tiempo, "con la simulación se conforma una especie de mentira que convienen los contratantes", cuestión que reafirman Malaurie y Aynés: "La simulation est un mensonge concerté" ⁽¹⁷⁾.

Para otra corriente de opinión el acto simulado debe vincularse con la teoría de la causa, ya que se produce una divergencia consciente entre la causa típica del negocio y la determinación causal, es decir, la intención práctica perseguida ⁽¹⁸⁾.

La doctrina francesa siempre ha vinculado a los negocios simulados al acuerdo simulatorio, entendiéndolos como dos actos separados, autóno-

(15) COMPAGNUCCI DE CASO R.H.: El negocio jurídico, Ed. Astrea, Bs.As. 1992, p. 132, n. 40.

(16) FERRARA F., La simulación, cit., p. 42. COMPAGNUCCI DE CASO R.H., Formas de declaración de voluntad imperfecta, cit., p. 73. MOSSET ITURRASPE, Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios, Ed. Ediar, Bs. As. 1974, t. I, p. 157, n. 45.

(17) CARBONNIER J., Derecho civil, Ed. Bosch, Barcelona 1961, trad. ZORRILLA RUIZ, t. II, v. II, p. 202. MALAURIE P.- AYNÉS L., Les obligations, 10eme. Ed., ed. Cuyas, Paris 2000, p. 361, n. 623.

(18) BETTI, Teoría general..., cit., p. 50 y p. 294.

mos e independientes; en ese sentido los hermanos Mazeaud afirman: "La contraescritura es un contrato mantenido en secreto y que las partes conciertan antes o al mismo tiempo que el acto aparente, que no corresponde a su voluntad, y con la finalidad exclusiva de disimular la realidad", agregando: "Entre las partes el único acto que produce efectos es la contraescritura" ⁽¹⁹⁾. Mas reciente, pero en similar sentido, es la opinión de Ghestin, Jamin y Billiau, quienes enseñan: "Il faut qu'il ait une convention apparente dont les effets soient modifiés ou supprimés par une autre contention, destinée a rester secrète que l'on appelle contre- lettre" ⁽²⁰⁾.

VI. Declaración sin seriedad

La declaración sin seriedad (iocandi causa), se realiza sin intención de producir engaño ni para ocultar ningún acto, solo tiene como fin realizar una broma, chanza, o juego, y se asimila a todos aquellos casos que se producen con finalidad pedagógica o didáctica (docendi causa), y en la representación teatral (ludendo causa) ⁽²¹⁾.

El declarante no pretende simular una voluntad negocial, sino solamente causar en el destinatario la impresión de una manifestación seria. Refiriéndose a ello sostiene Larenz que, quién declara cuenta a su favor con que el destinatario conoce la carencia de seriedad o el sentido humorístico de dicha manifestación ⁽²²⁾. Afirma bien Garcia Amigo cuando observa que, con esta declaración alguien procura divertir y divertirse, pues cuando dirige su dicho aparente para intentar engañar, o para ver si engaña momentáneamente a otro que se presta (o no) a ser materia prima de la broma ⁽²³⁾.

(19) MAZEAUD H., L., y J.: Lecciones de derecho civil, Ed. Ejea, Trad. Alcalá Zamora, Bs. As. 1959-1965, Pte. II, v. III, lección XLII, p. 98/103, lugar donde expresan con énfasis que la contraescritura designa al verdadero contrato que disimula al acto ostensible, y lo definen como "un contrato mantenido en secreto y que las partes celebran antes o al mismo tiempo que el acto aparente, el cual no corresponde a su voluntad y que tiene por única finalidad disimular la realidad".

(20) GHESTIN J.- JAMIN C.- BILLIAU M., Les effets du contrat, Ed. L.G.D.J., 3eme. ed., Paris 2001, dans le "Traité de droit civil" Dir. Par J. Ghestin, p. 928, n. 365.

(21) CASTAN TOBEÑAS, derecho civil., cit., t. I, v. II, p. 745. LARENZ, pte. Gral., cit, p. 498. STOLFI, Teoría del negocio jurídico, Ed. R.D.P., p. 140. DE COSSIO Y CORRAL, Instituciones de derecho civil, Ed. Alianza Universidad, Madrid 1977, t. I, p. 150. SANTORO PASARELLI, Doctrinas generales del derecho civil, Ed. R.D.P., trad. Luna Serrano, Madrid 1964, p. 172.

(22) LARENZ, derecho civil. Pte. Gral., cit., p. 498.

(23) GARCÍA AMIGO, Instituciones de derecho civil, Parte general, Ed. R.D.P., Madrid 1979, p. 679.

En todos estos supuestos la voluntad no produce ningún efecto, ya que la invalidez del consentir o estipular resulta total. En el ejemplo del romanista Sohm se anota ese carácter: "Si en una representación teatral entre dos artistas se celebra un matrimonio, o en la clase del profesor universitario que enseña la manera de instituir heredero, con un ejemplo práctico, no hay ni matrimonio ni institución sucesoria"⁽²⁴⁾. Ambas no constituyen declaraciones con efectos jurídicos, ya que en un examen superficial es perceptible la ausencia de verdadera voluntad.

Puede darse un hecho relevante: si el destinatario de la declaración puede válidamente pensar que, conforme al comportamiento corriente y ordinario de las personas en determinado tiempo y lugar, válidamente pueda creer en la seriedad de la declaración, tendrá derecho a una indemnización de los daños al "interés negativo". De esa manera lo dispone el parágrafo 122 del B.G.B., y no veo impedimento para juzgarlo de la misma forma en nuestro derecho, aun sin una norma específica en la ley civil⁽²⁵⁾.

VII. Reserva mental

Otra de las formas en que aparece la divergencia entre la voluntad y la declaración, es la "reserva mental" (mental reservation). Consiste en los casos en que el declarante secretamente y para sí piensa no querer lo manifestado⁽²⁶⁾.

Sostiene Ferrara que la reserva mental se desenvuelve en el retiro secreto de la mente de uno de los contratantes y que el engañado es el otro a quien se dirige la declaración⁽²⁷⁾. El declarante no tiene intención de negociar, no quiere el contenido declarado, su discordancia es consciente.

(24) SOHM R., Instituciones de derecho privado romano. Historia y sistema, ed. Nacional, Mexico 1975, p. 117, n. 38. Coviello, Doctrina general, cit., p. 117, n. 401.

(25) Ver par. 122 del B.G.B. LARENZ, Derecho civil. Pte. Gral., cit., p. 499. TRABUCCHI A.: Instituciones de derecho civil, Ed. R.D.P., trad. MARTÍNEZ CALCERRADA, Madrid 1967, t. I, p. 160, n. 69. DE COSSIO Y CORRAL, El dolo.. cit., p. 23 y sigtes. LLAMBIAS J.J., Trat.. Obligaciones, Ed. Perrot, 2da. edic., Bs.As. 1973, t. I, p. 296, N. 242. FISCHER H., Los daños civiles y su reparación, Ed. R.D.P., trad. Rocés, p. 63. LAFAILLE H., Tratado de derecho civil. Trat. de las obligaciones, Ed. Ediar, Bs.As. 1947, t. I, p. 198.

(26) ALBALADEJO M., Derecho civil. Introducción y parte general, Ed. Bosch, 5ta. ed., Barcelona 1978, t. I, v. II, p. 235, N. 88. Larenz K., Der. Civ. Pte. Gral, cit., p. 496.

(27) FERRATA F., La simulación.. cit., p. 56. SANTOS BRIZ: D. civ. Cit., t. I, p. 616. BARBERO F., Sistema..., cit., t. I, p. 545, n. 366.

La reserva mental puede producir los siguientes efectos: a) si la reserva es conocida por aquel que se vincula con el emitente, vale la voluntad real, y el negocio resulta ineficaz; b) si no es conocida, ni se puede inferir que la reserva es tal, la declaración debe considerarse válida y producir los efectos consiguientes. Como bien dice García Amigo, prevalece el principio de protección de la apariencia que provoca confianza y el favor de la seguridad en el tráfico⁽²⁸⁾.

Algunos autores han diferenciado la reserva mental en los actos "inter vivos", o en los "mortis causa"; en los primeros aparece como válida pues cada uno tiene derecho a creer y confiar en los dichos de otro, y porque el derecho no puede aceptar ni consentir que se invoque a favor las palabras donde apoya sus mentiras. En cambio en los "mortis causa" no puede tener ningún efecto ni consecuencia, porque la oposición surge entre los posibles sucesores legales o testamentarios que son totalmente ajenos a la formación del acto y nada les es imputable⁽²⁹⁾.

Sobre esta figura legislan en B.G.B. (par. 116), y el Código civil portugués vigente (art. 244 inc. 2do.), disponiendo este último: "La declaración de voluntad no es nula cuando el emitente reserva secretamente no querer lo declarado; la declaración es nula cuando se emite frente a otra parte que conoce la reserva".

VIII. Error obstativo

Es posible afirmar que, el "error obstativo" en la declaración o en su transmisión se produce cuando se manifiesta algo que no tiene correspondencia con la voluntad del declarante⁽³⁰⁾. En ese sentido afirma Betti que se trata de una falsa representación por la cual la parte atribuye a la declaración o comportamiento propios un objeto distinto del que tiene objetivamente⁽³¹⁾.

(28) GARCÍA AMIGO, Instituciones.. cit., p. 679. PUIG PEÑA F., Tratado de derecho civil español, Ed. R.D.P., Madrid 1957, t. I, v. II, p. 521.

(29) STOLFI N., Teoría del negocio jurídico, cit., p. 141. Coviello, Doctrina general, cit., p. 402. Espin Canovas D., Manual de derecho civil español, Ed. R.D.P., 6ta. ed., Madrid 1977, v. I, p. 448. MESSINEO F., Manual. cit., t. II, p. 366.

(30) PIETROBON V., El error en la doctrina del negocio jurídico, Ed. R.D.P., Madrid 1971, trad. Alonso Perez, p. 439. Santoro Passarelli, Doctrinas generales, cit., p. 172, n. 32. GARCÍA AMIGO, Instituciones..cit., p. 680. STOLFI, Teoría del neg. Jur., cit., p. 142, n. 38.

(31) BETTI E., Teoría general, cit., p. 311. VON TUHR, Der. Civil. Teoría general., cit, t. I, v. II, p. 254, n. 67. PIETROBON V., El error.. cit., p. 13, y p. 425. MESSINEO F., Manual, cit., t. II, p. 34. SALEILLES R., De la declaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Copde Civil Allemand, Ed. Cotillon, Paris 1901, p. 12. ESPIN CANOVAS D., Manual, cit., t. II, p. 448.

El error en la declaración es producto de una discordancia no querida por el emitente; se da por un error propio o alteraciones, que como dice Coviello, en la declaración, transmisión mediante anuncios o el telégrafo⁽³²⁾.

Es importante diferenciar el error en la declaración u obstativo del error vicio. Mientras el error obstativo, tal como indiqué, se basa en la discordancia entre la voluntad y la declaración, el error vicio influye en la formación de la voluntad que se formó anormalmente por haber creído el sujeto algo que no se corresponde con la realidad. El profesor Albaladejo da el siguiente ejemplo que aclara debidamente el tema: "Si queriendo vender por cien se declara vender por diez, hay error obstativo o impropio; si se quiere vender por diez y se declara así pero se quiso ese precio pensando que lo vendido era de metal dorando cuando realmente era de oro, hay error vicio o error propio"⁽³³⁾.

Como bien enseña Pietrobon, en el error vicio se crea una falsa representación de la realidad que induce a que un sujeto quiera, mientras que el error obstativo se encuentra en la base en la sustancia psicológica del evento. El error obstativo es de la propia esencia ya que la intención sobre lo deseado aparece frustrada⁽³⁴⁾.

Algunos autores han considerado que es posible establecer dos tipos de error obstativo: a) cuando el error impide la formación del acto; y b) cuando recae sobre la transmisión de la voluntad⁽³⁵⁾.

Se impide la formación de la voluntad en los supuestos de un "lapsus linguae" o "calami", donde el declarante incurre en error, pues se emite la declaración que no se quiere. Por ejemplo: se entrega una cosa en lugar de otra, se firma un documento confundiendo con otro, se firma en blanco siendo después completado o llenado en forma distinta lo que el declarante quiso, o se suscribe un instrumento que se cree contiene algo distinto de lo que verdaderamente dice⁽³⁶⁾.

(32) COVIELLO N., Doctrina general, cit., p. 411, n. 118.

(33) ALBALADEJO M., D. civ. Introduc., cit., t. I, v. II, p. 207, n. 86. CARBONNIER J., Derecho civil, cit., t. I, v. II, p. 199, autor que brinda tres características del error: "error vicio", "error obstativo", y "error indiferente", el que por tal carece de influencia en la validez del contrato.

(34) PIETROBAN V., El error..cit., p. 426. El art. 1433 del "Codice" preceptúa: "Errore nella dichiarazione o nella suma trasmissione. Le disposizioni degli articolo precedente si applicano anche al caso in cui l'errore cada sulla dichiarazione, o in cui la dichiarazione e stata inesattamente trasmessa dalla persona o dall'ufficio che ne era stato incaricato".

(35) STOLFI N., Teoría del neg. Jur., cit., p. 142/ 143, No.38. Von Tuhr, D. civil, cit., t. II, v. I, p. 254. Albaladejo, D. Civil. Introducción., cit., t. I, v. II, p. 207. ESPIN CANOVAS, Manual., cit., t. I, p. 448. COVIELLO N., Doctrina general, cit., p. 411, n. 118.

(36) TRABUCCHI A., Instituciones, cit., t. I, p. 160. STOLFI N., Teoría del negocio jurídico, cit., p. 143. Von Tuhr, D. civ., cit., t. II, v. I, p. 256. PIETROBAN V., El error, cit., p. 431, nota 8, da un

Puede también recaer el error en la transmisión de la voluntad en virtud de la equivocación del sujeto en virtud de su negligencia o bien en el error de quién se ha servido para hacer conocer su voluntad al otro interesado, por ejemplo: nuncio, cartero, mensajero, etc. O lo que se agregan los casos en que se quiere la declaración pero no se manifiesta la voluntad real, por ejemplo se desea vender el campo A, y se enajena la parcela B, pues al declarar B, se quiso decir A. Distinta es la situación en la que si bien la voluntad difiere de la declaración, pero luego de entendida debidamente se puede inferir que el sentido era otro, que resulta coincidente con la voluntad propia; allí no hay error obstativo sino error común o error vicio⁽³⁷⁾.

De conformidad a lo dicho y con sentido de estrictez jurídica es posible pensar que ante el "error obstativo" el acto es nulo o inexistente, en atención a la discordancia entre lo querido y lo manifestado.

Si bien la figura no se encuentra legislada en las normas del Código civil, es posible adecuar los preceptos que regulan el error vicio, pues el resultado para el que yerra es el mismo, aunque difiere la sanción legal.



ejemplo de elección equivocada: el caso del ciudadano francés que, residiendo en Italia, quiere adquirir 80 unidades de un objeto, y dice "quatre vingt", y de esa manera le entregan 24 unidades por el error en el entendimiento del vocablo. Es válido el consejo de Bahr quien afirma que aquel que usa una lengua extranjera corre siempre el riesgo que ello lleva implícito.

(37) BETTI E., Teoría general, cit., p. 312, agrega que hay irrelevancia en la falta de conciencia sobre el significado del acto. ALBALADEJO M., D. civ. Introducción.. cit., t. I, v. II, p. 209, n. 86. TRABUCCHI A., Voz "Errore", en Novss. D.I., t. I, p. 665. SANTORO PASSARELLI, Doctrinas generales, cit., p. 84, n. 35.

EL ERROR DE DERECHO EN EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO Y EN EL CONVENIO N° 169 (O.I.T.) SOBRE "PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES"

GABRIELA ALEJANDRA VÁZQUEZ

I. Las implicancias del error en el derecho

El estudio de la ignorancia y el error en nuestra disciplina tiene especial significación ya que su presencia puede llegar a determinar un sinnúmero de efectos jurídicos.

"Errare humanum est" y el derecho, como ciencia humana, no habría podido omitir la regulación de una realidad tan característica de los protagonistas de las relaciones que disciplina o de sus conductas.

Como dato aproximativo, que nos acerca indiscutiblemente a la verdadera dimensión de la problemática, basta consultar las múltiples oportunidades en las que el Código Civil Argentino se refiere a una o a otra especie de estado cognoscitivo o, como decían los clásicos, de los estados del alma o del espíritu.

En los Títulos Preliminares, concretamente en el Título 1: "De las leyes", el art. 20 sienta como regla que la ignorancia de la ley "no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley".

El error, al operar sobre la intención (art. 922), puede llegar a desplazar la voluntariedad del hecho humano y así se establece que los hechos que fueron ejecutados sin intención "no producen por sí obligación alguna" (art. 900 Cód. Civil), determinándose para los actos ilícitos, que sólo podrá excluir la responsabilidad del agente cuando sea de hecho y recaiga "sobre el hecho principal" (art. 930).

También el error, revestido de ciertas notas, puede impedir la gestación del acto jurídico y ser fundamento de su anulabilidad; se trata del error conceptualizado como vicio de la voluntad (arts. 923 y sigs. 954, 1045 y 1049).

Puede ser estudiado desde sus efectos en la clasificación de la posesión de las cosas (arts. 2351, 2356, 2360, 4007) y, de acuerdo a los rasgos que ostente, podrá predicarse la buena o mala fe del poseedor; e idénticas implicancias se presentan en el análisis de la buena o mala fe del poseedor de la herencia (arts. 3410 y sigs. del Cód. Civil). Es además relevante en lo atinente a la nulidad del matrimonio y a los efectos de su declaración (arts. 175, 220, 224, 225 y conc. del Cód. Civil).

El error es mencionado por el Código al abordar las obligaciones naturales (art. 515 inc. 4°) y al tratar la cuestión "De lo dado en pago de lo que no se debe" (art. 784 y sigs.); se alude a él en materia de transacción (arts. 857, 858 y 861); se lo erige como justificativo de restitución en el depósito (art. 2184 Cód. Civil) y se lo recuerda al regularse la prueba de los contratos (art. 1191 Cód. Civil).

Su aparición habilita, en determinadas hipótesis, a que se descarte la invalidez de los actos defectuosos, por aplicación de la máxima "Error communis facit ius" (arts. 981, competencia territorial del funcionario público y error común sobre los límites de un determinado distrito, y 991 Cód. Civil —error común sobre la capacidad de los testigos—); puede enervar la existencia de gestión de negocios (art. 2289 Cód. Civil) o tornar ineficaz el legado, cuando se refiere a la designación de la cosa legada y no puede venirse en conocimiento de cuál ha sido la intención del testador (art. 3764 Cód. Civil).

Son éstas sólo algunas de las múltiples ocasiones en las que el Código Civil alude expresamente al error o a la ignorancia aunque, por cierto, no pueden soslayarse otras muy nutridas en las que la legislación civil otorga relevancia jurídica al conocimiento o desconocimiento de diferentes circunstancias⁽¹⁾, numerosas de las cuales apuntan a la protección de quien ignora o yerra. Es que, en definitiva, el saber o no saber de la persona, su ignorancia o su conocimiento defectuoso, se conecta visceralmente con una de las directrices del derecho, cual es la salvaguarda de la buena fe en su faz subjetiva, es decir, el amparo "de quien tiene la convicción de que

(1) Ver, así, los arts. arts. 504, 969, 983, 1047, 1329, 1460, 1575, 1604 inc. 5°, 1742, 1747, 1856, 1891, 1933, 1964, 1967, 2034, 2101, 2106, 2123, 2138, 2162, 2167, 2170, 2176, 2235, 2569, 2433, 2493, 2532, 2593, 3458, 3883, 3905 y 3908.

procede con derecho legítimo"⁽²⁾. De allí que también el error esté recibiendo una mirada especial desde el Derecho del Consumidor⁽³⁾.

Saliendo de la esfera del derecho privado, el error tiene significación en el derecho público, verbigracia, en el penal⁽⁴⁾, en el administrativo o en el tributario⁽⁵⁾.

En fin, ingresar en el análisis jurídico del error implica discernir que puede ser estudiado desde ángulos muy diversos y esas abundantes aristas de observación suelen dificultar la comprensión integral del fenómeno⁽⁶⁾.

En ese sentido, el abordaje del error de derecho como vicio de la voluntad, en el ámbito de la ley civil, es un ejemplo inequívoco de esa difícil tarea de lograr diafanidad conceptual. Efectivamente, este tema ha despertado profundas controversias en la doctrina, debate que el Codificador ha facilitado, de alguna manera, en función del antagonismo que reflejan algunas de las citas legales y doctrinarias —especialmente estas últimas— que efectuara en la Nota al art. 923 del Código Civil. Su contenido ha lanzado a los autores nacionales a una virtual labor criptográfica no desprovista, por cierto, de las subjetividades que aportan los diferentes expositores, todos ellos guiados, sin duda, por el sano propósito de hacer una lectura de los textos legales que se adecue a lo que cada uno comprende como justo o valioso (volveremos sobre esta cuestión en el apartado V).

(2) ALTERINI, JORGE HORACIO "La buena fe y los prejuicios ante las adquisiciones a título gratuito", publicación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Ed. La Ley, Anticipo de Anales - Año XLVI, Segunda Epoca - Número 39, Bs. As., abril de 2002, ps. 9/32, la cita es de p. 16.

(3) Ver: LORENZETTI, RICARDO L., "El error en el Derecho del Consumidor", Rev. Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley, Bs. As., t. 2002, ps. 394 a 401.

(4) Ver: FONTÁN BALESTRA, CARLOS, "Derecho Penal. Introducción y Parte General", actualizado por Guillermo A. Ledesma, 16ª ed., Bs. As., 1986, ps. 349 a 359; BAIGÚN, DAVID, ZAFFARONI, EUGENIO R. Y TERRAGNI, MARCO ANTONIO, "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", Bs. As., 1997, t. I, ps. 530 a 575.

(5) Ver: GARCÍA BELSUNCE, HORACIO A., "Derecho tributario penal", Bs. As., 1985, ps. 251 a 277. Ver, también, los fallos de la Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires publicados en www.eldial.com.ar AQB48 y AQB53.

(6) El tema del error como vicio de la voluntad fue abordado en las Primeras Jornadas de Derecho Civil, celebradas en Santa Fe, en Noviembre de 1963 y fue el que mayores debates generó, como lo recordara VIDELA ESCALADA, FEDERICO N., en "Relevancia de la excusabilidad del error para la anulación del contrato", Revista Jurídica de Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Bs. As., 1964, I - IV, enero/diciembre de 1964, ps. 105 a 148.

II. El error. Clasificación. Error de derecho: conceptualización

La ignorancia entraña la ausencia total de conocimiento; el error, en cambio, un conocimiento falso o distorsionado. Y si bien, en el plano terminológico, la ley distingue entre ambos grados psíquicos del saber humano, al mismo tiempo parifica sus efectos jurídicos⁽⁷⁾. De allí proviene la ausencia de interés práctico en profundizar sobre las diferencias que presentan sendos estados cognoscitivos y que se englobe generalizadamente el estudio de ambas categorías bajo la designación única de "error". Es que, como afirmara el Codificador en la Nota al art. 923 del Cód. Civil, con palabras de Savigny: "...respecto a las relaciones de derecho, el error se presenta más de continuo que la simple ignorancia". Incluso se puntualiza que: "Si bien la ignorancia era empleada preferentemente por los juriconsultos romanos para calificar el vicio que consistía en el desconocimiento o en el falso concepto de la realidad, y además era preferentemente empleada en los textos romanos ('De iuris et facti ignorantia'), el Derecho Moderno sólo ha modificado la nomenclatura referente a este vicio, dando preferencia al vocablo error..."⁽⁸⁾. En definitiva, como se ha apuntado "...ordinariamente se encuentran reunidos, pues el error no tiene, casi, otra fuente que la ignorancia"⁽⁹⁾.

El error puede referirse a la comprensión de un contexto fáctico, se trata del error de hecho; o bien concernir a la normativa aplicable a determinada situación, en cuyo caso se asiste al error de derecho.

En el error de derecho el sujeto ignora por completo la preceptiva legal aplicable a una realidad particular o bien tiene una falsa noción de aquélla, ya sea respecto de su existencia, vigencia, interpretación o adecuación al supuesto de hecho, es decir "...consiste en la ignorancia de una norma jurídica o bien en la equivocada interpretación o inexacta aplicación de la misma al caso concreto"⁽¹⁰⁾; distorsión psicológica que puede apuntar tanto a lo que el derecho objetivo "ordena, permite o prohíbe"⁽¹¹⁾.

(7) Se afirma: "...este distingo esencial en cuanto a la distinta naturaleza del error y la ignorancia...no adquiere suficiente entidad en materia jurídica donde se parifican los efectos..." (CARRANZA, JORGE A., "El error de derecho (Notas de un curso)", Jus, Revista Jurídica de la Provincia de Buenos Aires, n° 15, La Plata, 1970, ps. 20 a 34, en p. 23).

(8) VIDAL FERNÁNDEZ, FERNANDO, "Tratado de Derecho civil", t. III, Volumen II, Acto Jurídico, Publicaciones de la Universidad de Lima, s/f, p. 620.

(9) AGUIAR, HENOCH D., "Hechos y Actos Jurídicos. I. La voluntad jurídica en la doctrina y en el Código Civil", con prólogo de RAÚL A. ORGAZ, Bs. As., 1924, en p. 138.

(10) STOLFI, GIUSEPPE, "Teoría del negocio jurídico", traducción de Jaime Santos Briz, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 175, en § 45.

(11) AGUIAR HENOCH D., op. cit., en p. 145.

Hablar de "error de derecho" exige desbrozar ambos términos del compuesto, es decir, conceptualizar qué se entiende por error y qué se entiende por derecho.

Aunque nuestro Código Civil, como en general los del derecho comparado, no particulariza en qué casos se configura el error de derecho⁽¹²⁾, en la doctrina se suelen distinguir las modalidades en que éste se suele presentar.

Así lo hace Cariotta Ferrara, quien diferencia supuestos de error obstructivo y de error vicio, pese a observar que en general los primeros son muy raros⁽¹³⁾. En cuanto al error vicio, relaciona así sus distintos matices: "... a) error en la naturaleza jurídica del negocio realizado: Ticio realiza un negocio que cree sea un negocio de venta y, por el contrario, es, p. ej., una *datio in solutum*;... b) error en los requisitos legales del negocio:... p. ej., testa oralmente creyendo que el Código Civil admite el testamento oral; c) error en la situación jurídica concreta; d) error en los efectos jurídicos del negocio: éste puede recaer en el resultado jurídico considerado en su conjunto o en los efectos singulares: Sempronio acepta un depósito creyendo convertirse, a base del depósito, en propietario de la cosa depositada... e) error en los motivos:... un legatario concluye, con uno de los herederos testamentarios que tienen derecho a legítima, un acuerdo transaccional en el erróneo presupuesto de que el legitimario no está obligado al pago de los legados"⁽¹⁴⁾.

Betti predica que el error de derecho puede consistir en: "ignorar la existencia o contenido de una norma jurídica, o interpretar su significado de manera distinta a la real, o en hacer una aplicación inexacta a una situación que no regula, y por tanto, también, en atribuir a un hecho o a una relación una calificación jurídica distinta de la que le es propia, o, finalmente, en suponer en vigor una norma inexistente"⁽¹⁵⁾.

(12) Si aparecía delineado en el Esboço de Freitas para el Brasil. En el art. 453 se lee: "Habrá ignorancia de derecho, cuando los agentes no hubieren tenido absolutamente conocimiento de la prohibición o determinación de la ley sobre el hecho o caso de que se tratare. Habrá error de derecho, cuando no hubieren conocido la prohibición o determinación de la ley por un falso juicio de lo que en ella se dispone". Recordemos que en Freitas se explicita, en el art. 452, que "no habrá diferencia para los efectos legales entre la ignorancia y el error".

(13) CARIOTTA FERRARA, LUIGI, "El negocio jurídico", traducción de Manuel Albaladejo, Ed. Agiolar, Madrid, 1956, p. 429.

(14) CARIOTTA FERRARA, op. cit. ps. 466 a 476, la cita es de ps. 467 a 470.

(15) BETTI, EMILIO, "Teoría general del negocio jurídico", traducción y concordancias con el Derecho español por A. Martín Pérez, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, s/f.

En Messineo se lee: "...es el error (o ignorancia) sobre el alcance, sobre la existencia, o sobre la permanencia en vigor de normas jurídicas... y el error consiste en la aplicación de la norma a una situación que la misma no disciplina, y similares"⁽¹⁶⁾.

También se enfatiza, que no debe confundirse el error en la naturaleza jurídica del negocio con el error de derecho, al que se le atribuye un campo más amplio, ya que aquél puede ser tanto de hecho como de derecho. Se ejemplifica así, que el error en la naturaleza jurídica del negocio: "Será de hecho cuando, sabiendo la diferencia entre comprar y arrendar, digo una en vez de otra; será de Derecho cuando, queriendo solamente afianzar (sin carácter solidario) las obligaciones de un amigo, digo avalar porque creo que la fianza y el aval son jurídicamente sinónimos y por tanto estampo la firma en títulos valores aceptados por el amigo"⁽¹⁷⁾.

En cuanto a la inteligencia que se atribuye al vocablo derecho, se afirma que esta especie de error es el que "se relaciona con el conocimiento o interpretación de una norma jurídica, vale decir al derecho objetivo"⁽¹⁸⁾. Y en este universo conceptual se incluyen no sólo las leyes emanadas del Congreso Nacional, dentro de las cuales se ubican los códigos de fondo, sino también las leyes de los congresos o legislaturas provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los decretos del Poder Ejecutivo Nacional o de los ejecutivos provinciales, las resoluciones de los ministerios nacionales o provinciales, las ordenanzas municipales, los fallos plenarios, los convenios colectivos de trabajo, en fin, "todas las disposiciones de carácter obligatorio emanadas de autoridad competente obrando dentro de sus atribuciones"⁽¹⁹⁾. Como propugnara Spota, a propósito del art. 923

p. 334. Ofrece el siguiente ejemplo: "...piénsese en un acuerdo de transacción que el legatario celebre con uno de los herederos testamentarios con derecho a legítima, en la errónea creencia de que el legitimario no está obligado al pago de los legados".

(16) MESSINEO, FRANCESCO, "Manual de derecho civil y comercial", Traducción de Santiago Sentís Melendo, Bs. As., 1954, p. 436. Y añade: "Del error de derecho distingue alguno el error en la aplicación de la norma a la hipótesis ('fattispecie'); también éste, sin embargo, es error de derecho...en cuanto importa ignorancia sobre el efectivo alcance de la norma a aplicar" (en p. 437).

(17) LOHMANN, JUAN GUILLERMO y DE TENA, LUCA, "El negocio jurídico", Ed. Librería Studio, 1ª ed., Lima, 1986, p. 363.

(18) MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, "El error de derecho en el derecho civil contemporáneo y en el Código Civil Argentino", Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Año XXV, Nº 1, Enero - Junio 1961, Córdoba, 1961, ps. 141 a 201, la cita es de p. 185.

(19) TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., "Error de hecho y error de derecho", en "Derecho Privado", Libro homenaje al Dr. Alberto J. Bueres, dirigido por Oscar J. Ameal y coordinado por Dora M. Gesualdi, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2001, ps. 609 a 628, la cita es de p. 621.

del Cód. Civil: "...la expresión 'ley' debe entenderse en sentido formal y material, es decir, comprendiendo todas esas disposiciones una vez que hayan sido publicadas (art. 2º); lo contrario importaría una solución de continuidad en el ordenamiento jurídico que nada autoriza a establecer (art. 1066, 1º parte)"⁽²⁰⁾. En definitiva, el error o la ignorancia conciernen a "la ley, la jurisprudencia o la fuente que corresponda"⁽²¹⁾, según el caso, y puede ser "tanto de una norma imperativa como de una norma dispositiva o supletoria"⁽²²⁾.

Esta incontable cantidad de normas jurídicas, obligatorias para todas las personas (art. 20 Cód. Civil), esta "selva selvaggia" de intrincado ramaje"⁽²³⁾, confirma que la máxima de que el derecho se presume conocido por todos no es más que una ficción legal y hace comprensibles las preocupaciones⁽²⁴⁾ o críticas más hondas que se le formulan, aunque no se perturbe la convicción de su necesaria existencia para una adecuada convivencia social.

Se plantea si la ignorancia o falsa noción sobre la costumbre puede implicar un error de derecho, en la medida que sea obligatoria (art. 17 del Cód. Civil), también podrá generar un error de derecho. Esa fue la opinión que predicó Pochannet, a propósito del tema en el Código de Napoleón⁽²⁵⁾. Como apunta Rivera: "El problema tiene importancia en la costumbre

(20) SPOTA, ALBERTO G., "Tratado de Derecho Civil", t. I, Parte General, "Hechos y actos jurídicos", Bs. As., 1967, p. 386.

(21) ARAUZ CASTEX, MANUEL, "Derecho Civil. Parte General", Tomo II, "Bienes, Hechos y Actos Jurídicos", Bs. As., 1965, p. 320.

(22) GALGANO, FRANCESCO, "El negocio jurídico", traducción de Blasco Gascó, Francisco de P. y Prats Albentosa, Lorenzo, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 1992, ps. 299 a 301, la cita es de p. 300.

(23) ALVAREZ, JUAN, "El problema de la ignorancia del derecho", Disertación pronunciada por el autor el 1º de septiembre de 1939 al incorporarse a la Academia de la Facultad de Derecho, publicada en JA, 67, Sección Doctrina, ps. 3 a 7, la cita es de p. 3.

(24) ALVAREZ, JUAN, op. cit. en nota anterior. Allí se recuerda la célebre frase del jurista aragonés Joaquín Costa: "la presunción conforme a la verdad de los hechos, conforme por tanto a la razón, la justicia y la lógica, sería que nadie conoce las leyes mientras no se pruebe lo contrario" (en p. 4). Ver también: PARRY, ADOLFO E., "Vicios del consentimiento", JA, t. 24, ps. 382 y ss.

(25) Dice: "El Código de Napoleón, en numerosas disposiciones, se refiere a los usos observados en las diferentes localidades. La ignorancia de estos usos es un error de derecho? La afirmativa es cierta: la intención del legislador, en ordenar que se observen, ha hecho que se incorporen esos usos a la ley, de hacerlos formar parte integrante de la obra" (POCHANNET, ERNEST, "De l'erreur de droit", en Revue Critique de Législation et de Jurisprudence, Tomo 8º, Año 6, Paris, 1856, ps. 165 a 179, la cita es de p. 168). Sobre las costumbres en el derecho francés antiguo, ver: ALTERINI, JORGE HORACIO, "Estudio introductorio", en "Dis-

praeter legem, no así en la secundum legem ni en la contra legem ... consideramos al error sobre la costumbre praeter legem como error de derecho"⁽²⁶⁾.

En lo atinente al derecho extranjero, la regla que emana del art. 13 del Cód. Civil es que su aplicación nunca tiene lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo está la prueba de su existencia. El derecho extranjero, como principio, carece de obligatoriedad en el territorio argentino y no se presume su conocimiento. Como asevera Vélez en la Nota al mentado precepto: "La ley extranjera es un hecho que debe probarse". De allí que su ignorancia o falsa noción haya sido catalogada por la doctrina como error de hecho y no de derecho⁽²⁷⁾.

III. El error de derecho como vicio de la voluntad y fundamento de anulación del acto jurídico

En el apartado Iº expresamos que el error puede ser estudiado desde distintas áreas de relevancia jurídica y entre ellas hicimos alusión a que puede ser conceptuado como vicio de la voluntad. Así, el error, al operar sobre la intención del agente, desplaza la voluntariedad del acto y lo convierte en anulable (art. 924 y sigs., 954 primer párrafo y 1045 del Cód. Civil).

Convengamos que cuando se habla de error como vicio de la voluntad se comprende no sólo al error "stricto sensu" o error vicio, es decir, el que opera en el plano interno del sujeto y le impide gestar una voluntad sana, sino también al denominado error en la declaración. Este último entraña una disconformidad entre lo querido y lo que se declara, es decir, el error que actúa en el plazo de la exteriorización, en el que "el declarante manifiesta, sin advertirlo o sin tenerlo presente, algo distinto de lo que ha querido expresar"⁽²⁸⁾, incluyéndose dentro de esta categoría al error en la transmisión⁽²⁹⁾.

curso preliminar Código Civil Francés Jean - Étienne - Marie Portalis", LL, Suplemento especial, Bs. As., 2004, ps. VII a XXXVIII, especialmente las ps. VII a IX.

(26) RIVERA, JULIO CÉSAR, "Instituciones de Derecho Civil. Parte General", Tomo II, Bs. As., 1997, p. 779.

(27) GOLDSCHMIDT, WERNER, "Derecho Internacional Privado", 5º ed., Bs. As., ps. 136 y 137.

(28) LARENZ, KARL, "Derecho Civil. Parte General", traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías - Picabea, Ed. Revista de Derecho Privado - Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978, p. 507.

(29) Como se ha dicho: "Interviene este error cuando la persona o la oficina encargada de transmitir la declaración la transmite inexactamente o faltando a la fidelidad"

El tema que nos convoca concierne al estudio del error de derecho como vicio de la voluntad y la pregunta que se impone es entonces:

¿Puede el error de derecho ser fundamento de la anulación de un acto jurídico? ¿Cuál es la respuesta en el derecho privado argentino? De responderse positivamente: ¿es el error de derecho alegable, sea cual fuere la naturaleza del acto o sólo puede excusar en alguno o algunos de ellos? También deberíamos interrogarnos si existen excepciones subjetivas, es decir, si determinados sujetos están habilitados para invocarlo.

IV. Las respuestas en el Derecho Romano y en la legislación hispánica pretérita

Su conocido culto por el derecho⁽³⁰⁾ y por las leyes, no podía sino generar en los romanos un marcado desprecio por la alegación del error de derecho. Sin embargo, ha existido un debate sobre este tópico.

En efecto, la discusión acerca de si entre los romanos el error de derecho era invocable, habría partido, como lo afirma Galli, del contraste de dos reglas en principio antagónicas: "Una ley del Digesto atribuida a Paulo, establecía el principio de que no hay excusa cuando se yerra en cuanto a derecho. Otra regla sindicada como de Papiniano agregaba que si bien la ignorancia del derecho no aprovecha a los que quieren adquirir, tampoco perjudica a los que pierden lo suyo o están en riesgo de perder la cosa que fue la verdadera legislación romana"⁽³¹⁾.

La generalización de la consigna de Papiniano fue fundamento para que se sostuviera que el error de derecho era invocable tanto como el de hecho para "evitar una pérdida". Esta tesis fue sólidamente criticada por Savigny quien la tildó de arbitraria y de "tentativa desgraciada de generali-

(SANTORO PASSARELLI, F., "Doctrinas Generales del Derecho Civil", traducción y notas de AGUSTÍN LUNA Serrano, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, ps. 184 a 193, la cita es de p. 186).

(30) Como se dijera: "...la ley se presumía conocida por todos. Quizás en Roma esto fuera más real que en las épocas presentes, dado el ambiente y que el derecho civil sólo se aplicaba a los que eran ciudadanos; dado también que las nociones fundamentales del derecho se impartían, aún en la infancia, en los establecimientos educacionales; dado asimismo el inmenso amor que los romanos tenían por cuanto era derecho" (DÍAZ DE GUJARRO, ENRIQUE, "Acotaciones sobre el error de derecho", JA, 63, ps. 39 a 43, la cita es de ps. 39 y 40).

(31) GALLI, ENRIQUE V., "Excusabilidad o inexcusabilidad del error de derecho", Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata, La Plata, 1928, ps. 59 a 83, la cita es de ps. 65 y 66.

zación". Afirmó que se hallaba "...en contradicción con las decisiones especiales más formales, y además inaplicable por falta de fijeza" al tiempo que aclaraba que no dirigía su reproche contra Papiniano sino contra sus compiladores, a quienes endilgó una interpretación fragmentada de la proposición que no podía admitirse como verdadera. Expresó también que se había soslayado que Papiniano no hablaba del error en general sino solamente del error de las mujeres, con lo cual los textos daban "resultados completamente falsos o equívocos"⁽³²⁾.

Por encima de este desacuerdo, no se duda que pesaba sobre el error de derecho una presunción de grave negligencia, con lo cual, por regla, se impedía en los hechos su calificación como error "iustus" y así la excusabilidad. Por ello es que, si se parte de esta realidad fáctica, se explica la prédica de quienes afirman que los romanos rechazaron categóricamente la admisibilidad general del error de derecho⁽³³⁾, poniendo el acento en las directrices del Digesto o del Código. Así, en la ya referida regla de Paulo: "Regula est, iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere" (D. XXII, 6, 2), es decir, que a cada cual le perjudica ciertamente la ignorancia de derecho pero no la ignorancia de hecho.

Sin embargo, no se pone en tela de juicio que existían en el derecho romano ciertas personas a las que, en mayor o menor medida⁽³⁴⁾, les era permitida la alegación del error de derecho en las mismas condiciones que el error de hecho. En esa situación se encontraban los menores de veinticinco años, las mujeres, los militares y los "rustici" o personas sin ninguna educación o cultura. Es evidente que el tratamiento especial tenía en mira la protección de esas personas, en razón de sus particulares condi-

(32) SAVIGNY, M. F. C. DE, "Sistema del Derecho Romano Actual", traducido del alemán por M. Ch. Guenoux, vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, 1879, t. II, ps. 398 a 402.

(33) MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, op. cit. p. 144 a 147. Dice este autor: "En resumen, el derecho romano no acepta la excusabilidad del error de derecho. Principios superiores de estabilidad social así lo imponen" (la cita es de p. 147); BORDA, GUILLERMO A., "Error de hecho y de derecho. Su influencia en la anulación de los actos jurídicos", 2º ed., Bs. As., 1950, ps. 16 a 20. Dice Borda: "Los textos romanos condenan reiterada y firmemente el error de derecho; y el fundamento de tal severidad no debe buscarse tan solo en la negligencia que supone esta ignorancia, sino también en razones de orden público..." (la cita es de ps. 19 y 20).

(34) Como afirmara SAVIGNY, no existía una regla general común para los cuatro tipos de personas sino que la ventaja era concedida en diferentes grados (op. cit., p. 447).

ciones de hecho que hacían justificable el desconocimiento del derecho en determinadas circunstancias⁽³⁵⁾.

La severidad romana respecto de la ignorancia del derecho se observa trasladada al pretérito derecho español. Tanto el Fuero Juzgo como el Fuero Real no admitían el error de derecho⁽³⁶⁾. La misma política de repulsa contienen las Partidas de Alfonso X el Sabio y el Espéculo⁽³⁷⁾ aunque haciendo excepciones subjetivas. En efecto, podían alegarlo, de manera paralela a lo que acontecía en el derecho romano, sujetos tales como los caballeros que iban en defensa de la tierra, los aldeanos o pastores, los menores de veinticinco años y las mujeres.

V. El error de derecho como vicio de la voluntad en el Código Civil Argentino

a) *Disputa doctrinal de "lege data". Los textos legales involucrados. La Nota al art. 923 del Cód. Civil.*

La doctrina argentina discrepa, de "lege data", acerca de la admisibilidad del error de derecho como vicio de la voluntad y fundamento de la anulabilidad de los actos. También existen divergencias de "lege ferenda".

En el derecho positivo vigente, los textos legales implicados son, fundamentalmente, los arts. 20 y 923 del Cód. Civil.

El art. 20, inserto en el Título 1: "De las leyes", de los Títulos Preliminares, reza: "La ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley".

El art. 923 inaugura el Capítulo 1 "De los hechos producidos por ignorancia o error" (del Título 1; de la Sección Segunda, del Libro Segundo) y allí se lee: "La ignorancia de las leyes, o el error de derecho en ningún caso impedirá los efectos legales de los actos lícitos, ni excusará la responsabilidad por los actos ilícitos".

También se refieren explícitamente al error de derecho los arts. 224, 784, 858, 3428 y 4007 del Código Civil. El art. 224 excluye la buena fe del

(35) Ver: SAVIGNY, op. cit., ps. 442 a 448; BORDA, GUILLERMO A., "Error...", cit., ps. 16 a 19; MOISSET DE ESPANÉS, op. cit., ps. 145 y 146; GALLI, op. cit., p. 67.

(36) BORDA, GUILLERMO A., "Error...", cit., p. 22.

(37) Ver: MOISSET DE ESPANÉS, op. cit., ps. 148 a 150; BORDA, "El error...", cit., ps. 22 a 24.; CIFUENTES, SANTOS, "Negocio Jurídico", 2º ed., Bs. As., 2004, p. 484.

cónyuge que abreva en un error de derecho⁽³⁸⁾. El art. 784 autoriza la repetición de lo pagado cuando quien pagó lo ha hecho creyéndose deudor por un error de hecho o de derecho⁽³⁹⁾. El art. 858 autoriza la anulación de la transacción que ha tenido por objeto la ejecución de un título nulo aunque se haya tenido por válido por un error de hecho o de derecho⁽⁴⁰⁾. El art. 3428 se pronuncia admitiendo la buena fe del poseedor de una herencia incluso en el caso de error de derecho⁽⁴¹⁾. Finalmente el art. 4007, en la prescripción adquisitiva, descarta la buena fe del poseedor que se ha fundado en un error de derecho⁽⁴²⁾.

El art. 923 es una reproducción prácticamente textual del art. 456 del Esboço de Freitas⁽⁴³⁾, a quien Vélez Sársfield no cita. Por el contrario, en la Nota respectiva el Codificador destaca:

En cuanto a los textos legales: A) De las Partidas, la Ley 20, título 1, de la Partida 1ª; La Ley 31, del título 14, de la Partida 5ª y la Ley 24, del título 22, de la Part. 3ª; B) Del Derecho Romano: las Leyes 1, título 6, libro 22 del Digesto y la Ley 12, título 18, del libro 1 del Código; C) De los códigos extranjeros: el Código Francés (art. 1110); el Código Sardo, (arts. 1196 y 1197); el Código Holandés (art. 1357) y el Código de Luisiana (art. 1813 y sus veintidós artículos sobre el error).

(38) Art. 224. "La mala fe de los cónyuges consiste en el conocimiento que hubieren tenido, o debido tener, al día de la celebración del matrimonio, del impedimento o circunstancia que causare la nulidad. No habrá buena fe por ignorancia o error de derecho. Tampoco lo habrá por ignorancia o error de hecho que no sea excusable, a menos que el error fuere ocasionado por dolo".

(39) Art. 784: "El que por un error de hecho o de derecho, se creyere deudor, y entregase alguna cosa o cantidad en pago, tiene derecho a repetirla del que la recibió".

(40) Art. 858. "La transacción es rescindible cuando ha tenido por objeto la ejecución de un título nulo, o de reglar los efectos de derechos que no tenían otro principio que el título nulo que los había constituido, hayan o no las partes conocido la nulidad del título, o lo hayan supuesto válido por error de hecho o por error de derecho. En tal caso la transacción podrá sólo ser mantenida, cuando expresamente se hubiese tratado de la nulidad del título".

(41) Art. 3428. "El poseedor de la herencia es de buena fe cuando por error de hecho o de derecho se cree legítimo propietario de la sucesión cuya posesión tiene..."

(42) Art. 4007: "La ignorancia del poseedor, fundada sobre un error de hecho, es excusable; pero no lo es la fundada en un error de derecho".

(43) Art. 456: "La ignorancia ó error de derecho, en ningún caso impedirá los efectos legales de cualquier acto lícito, ni excusará la responsabilidad por los actos ilícitos" (Ver su traducción castellana editada por Santos y Roldán, Bs. As., 1909, t. I, p. 253).

En cuanto a la doctrina se refiere a: A) El apéndice 8º del Derecho Romano de Savigny; B) La obra de Ernest Pochannet, publicada en "Revista crítica de legislación y jurisprudencia, t. 8, p. 177, y t. 9, p. 178; C) La obra de Gustave Bresolles, publicada en la Revista de Legislación, editada por Wolowski, t. 2, del año 1843, p. 158 y D) La nota de Rogron al art. 1110 del Código Francés.

b) Tesis restrictiva o tradicional

Del juego armónico de los arts. 20 y 923 del Cód. Civil se sirve la doctrina restrictiva o tradicional para concluir que, en el vigente Código Civil Argentino, existe un principio general según el cual el error de derecho no puede ser invocado salvo que la ley expresamente lo autorice, excepciones cuya interpretación debe ser estricta ("Exceptio est strictissimae interpretationis"). Los autores enuncian como excepciones, verbigracia, las de los art. 784, 858 o 3428 del Cód. Civil⁽⁴⁴⁾, aunque no existe consenso en el sentido de que todas éstas entrañen auténticas salvedades a la directriz genérica. Desde esta mirada se excluye entonces al error de derecho como vicio de la voluntad.

En esta postura se ubican Segovia⁽⁴⁵⁾, Machado⁽⁴⁶⁾, Salvat⁽⁴⁷⁾, Aguiar⁽⁴⁸⁾, Orgaz⁽⁴⁹⁾, Borda⁽⁵⁰⁾, Lafaille⁽⁵¹⁾, Cordeiro Álvarez⁽⁵²⁾, Díaz de Guijarro⁽⁵³⁾,

(44) Se alude también al art. 3430, ver: LLORENS, LUIS R., "El artículo 3430 del Código Civil: otro caso de error de derecho justificable", Doctrina Judicial, t. 1988-II, de La Ley, 1989, ps. 659 a 661.

(45) SEGOVIA, LISANDRO, "El Código Civil de la República Argentina", Bs. As., 1881, t. I, ps. 241 a 243 en la nota n° 18 al art. 924: "Este artículo y el 20 citado se explican y complementan entre sí. Las doctrinas de Bresolles y Rogron, vertidas en la nota, deben sujetarse a las prescripciones del Código y no aceptarse sin reservas" (de ps. 242/243).

(46) MACHADO, JOSÉ OLEGARIO, "Exposición y Comentarios del Código Civil Argentino", Bs. As., 1898, t. I, p. 58.

(47) SALVAT, RAYMUNDO M., "Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General", 5ª ed., Bs. As., 1931, ps. 958 a 960, en números 2344 y 2345.

(48) AGUIAR, HENOCH D., op. cit., en n° 53, D, ps. 152 a 154. Con fundamento en el principio "exceptio est strictissimae interpretationis" critica la postura de Llerena en tanto, acudiendo a la analogía, extiende a otros casos los supuestos de excepción autorizados por el Código Civil (en p. 154).

(49) ORGAZ, ALFREDO, "El error de derecho en el Proyecto de Reforma", en "Estudios de Derecho Civil", Bs. As., 1948, ps. 173 a 186. Aunque el jurista cordobés propugna, de "lege ferenda", la admisibilidad del "error iuris", afirma que las aclaraciones y reservas de la nota al art. 923 del Código Civil "no han pasado orgánicamente al texto de la ley" (en p. 175).

(50) BORDA, GUILLERMO A., "Error...", cit., p. 106 y 107, en Parágrafo 120. Sin embargo, este autor considera que el error nunca puede ser causa de anulabilidad del acto, ni el de he-

Cifuentes⁽⁵⁴⁾; Llambías⁽⁵⁵⁾; Arauz Castex⁽⁵⁶⁾, Moiset de Espanés⁽⁵⁷⁾, Carranza⁽⁵⁸⁾, Mosset Iturraspe⁽⁵⁹⁾ y López de Zavalía⁽⁶⁰⁾.

Es esta la tesitura que tradicionalmente recoge, de modo mayoritario, la jurisprudencia de los tribunales nacionales y provinciales en la Argentina⁽⁶¹⁾.

cho ni el de derecho. Propugna que el acto se nulifica por falta de causa y no por el error (Ver p. 93, apartado 104).

(51) LAFAILLE, HÉCTOR, "Derecho Civil", Bs. As., 1950, t. VII, "Tratado de las obligaciones", Vol. II, p. 272 a 274.

(52) CORDEIRO ALVAREZ, ERNESTO, "Tratado de Derecho Civil", t. I, "Parte General y Obligaciones", Bs. As., 1959, ps. 164 a 166, quien afirma que el error esencial puede hacerse valer, aunque sea de derecho, en los casos en que expresamente la ley lo permite.

(53) DÍAZ DE GUJARRO, ENRIQUE, "Anotaciones sobre el error de derecho", JA, t. 63, ps. 39 a 43. Expresa: "...sólo en presencia de ley expresa puede invocarse el error de derecho como medio para anular un acto" (la cita es de p. 41).

(54) Quien dice: "...lo cierto es que las reglas de los arts. 20 y 923, en una interpretación sistemática están claramente volcadas al criterio tradicional, que descarta en principio el error de derecho. Deja eso sí, a salvo, los supuestos de admisibilidad siempre que expresamente las normas consagren la excepción. Ello en lo que se refiere a la nulidad de los actos lícitos, y aun cuando se piense con Orgaz que de "lege ferenda" resulta superior el criterio moderno amplio que equipara en principio los efectos del error de hecho y del de derecho" (CIFUENTES, SANTOS, op. cit., en p. 490).

(55) LLAMBIÁS, JORGE JOAQUÍN, "Código Civil Anotado", t. II-B, Bs. As., 1979, ps. 49 a 51. Allí dice: "Todo ello significa que el principio de la inexcusabilidad del error de derecho es una regla general precisa de la que sólo escapan los supuestos exceptuados por la ley (conf. art. 20)" (La cita es de p. 50). También en: "Tratado de Derecho Civil. Parte General", t. II, Bs. As., 1961, ps. 495 y sigs., dice: "En suma, el régimen del Código elimina de la teoría de los vicios de la voluntad el error de derecho..." (en p. 497, n° 1742).

(56) ARAUZ CASTEX, MANUEL, op. cit., p. 322, en n° 1552, quien parece concluir en el sentido de que una interpretación contraria sería "contra legem".

(57) MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, op. cit. El maestro cordobés, enrolándose en la tesis moderna, propugna de "lege ferenda" la admisibilidad del error de derecho como vicio de la voluntad. Sin embargo, de "lege data", es categórico en la tesis restrictiva: "Entendemos que el art. 20 es terminante; las excepciones deben ser expresas... si queremos dar cabida al error de derecho en nuestra legislación positiva vigente, sería necesario modificarla" (p. 181). "El Código Civil Argentino debe ser modificado en este punto para adecuarlo a las conclusiones de la doctrina moderna" (p. 208).

(58) CARRANZA, JORGE A., op. cit., ps. 20 a 34, quien de "lege ferenda" propicia su alegabilidad.

(59) MOSSET ITURRASPE, JORGE, "Contratos", edición actualizada, Bs. As., 1998, p. 170.

(60) LÓPEZ DE ZAVALÍA, FERNANDO J., "Teoría de los contratos. Parte General", Bs. As., 1971, p. 158, en § 17, II, n° 5.

(61) CNCivil, sala D, 30/12/1968, ED, t. 27, ps. 450 a 451; CNComercial, sala B, junio 21 de 1976, LA LEY, 1977-A, 319; sala CNCivil, sala H, 18/11/1999, autos: "Díaz de Abad, María Consolación c. Abad, Eduardo H. y otros s/ nulidad de acto jurídico", en www.eldial.com.ar;

c) Tesis amplia o moderna. Admisibilidad de la invocación del error de derecho como vicio.

En contraste con la posición enunciada en el apartado anterior, la tesis amplia, aunque con particularidades y distintos matices de acuerdo a su expositor, considera, en resumidas cuentas, que en el derecho vigente el error de derecho puede ser invocado, tanto como el error de hecho, para provocar la anulación de un acto jurídico.

Esta postura, a la que se califica de moderna⁽⁶²⁾, se acerca a la idea que otrora expusiera Jean Domat en sus "Leyes Civiles" y que se fue abriendo paso desde el Siglo XVIII: "Si la ignorancia o el error de derecho es tal que sea la única causa de una convención en la que alguien se obliga a una cosa que no debía, y que no existía ninguna causa en que pudiera fundarse la obligación, resultando falsa esa causa, aquélla será nula"⁽⁶³⁾.

Se dejan a salvo, no obstante, los casos particulares en los que la legislación civil rechaza expresamente al error de derecho; así, vgr., arts. 2356 y 4007, los que no se juzgan como decisivos para contrarrestar las conclusiones de la comprensión amplia del art. 923⁽⁶⁴⁾.

CNCom, sala B, 21/6/1976, LA LEY, 1977-A, 319; CNTrabajo, sala IX, 13/2/1997, "Puente, Roberto c. Encotel s/ diferencias salariales", elDial - ALF8, entre otros.

(62) La modernidad deriva de su contraste con los tradicionales rechazos al "error iuris" que anidan en el derecho romano y que se trasladaron a las legislaciones que, en este aspecto, le rindieron particular culto. Además, la aparición de esta corriente en el mundo de las ideas jurídicas se ubica más cercana en el tiempo. No se olvide que el desarrollo de la doctrina del error fue estimulada por el surgimiento, en la filosofía del derecho del Siglo XVII, de la idea del derecho natural (Ver: DE GROOTH, G., "L'Influence de l'erreur sur la validité du consentement vu historiquement", Boletim da Faculdade de Direito, Vol. XXXIV (1958), Coimbra, 1959, ps. 124 a 145).

(63) El texto reproducido se tomó de CÉLICE, RAYMOND, "El error en los contratos", traducción de César Camargo y Marin, Nueva Biblioteca Universal, Sección Jurídica, Madrid, s/ f, p. 166.

(64) SPOTA, op. cit., p. 391, califica a estos preceptos como de grave desviación y meras normas aisladas. Téngase presente también que la solución legal de los arts. 2356 y 4007 del Código, normas en las que se califica de mala fe a la posesión si media un "error iuris", ha sido severamente criticada en la doctrina autoral, aludiéndose a la profunda diferencia que existe entre "el error como causa de nulidad y el que da fundamento a la buena fe del adquirente de un derecho... se trata de una cosa distinta... Si el error de derecho es razonable, no grosero, verosímil ¿por qué considerar de mala fe al poseedor?. ¿No es acaso una sanción excesivamente injusta?" (BORDA, GUILLERMO A., "Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales", t. II, Bs. As., 1975, ps. 64 a 65). La inexcusabilidad del error de derecho, para delimitar la buena o mala fe del poseedor, fue descartada en el Anteproyecto de Bibiloni (art. 2302), en el Proyecto de 1936 (art. 1409) y en el Anteproyecto de 1954 (art. 1446).

Se ubican dentro de esta corriente: Llerena⁽⁶⁵⁾, Bibiloni⁽⁶⁶⁾, Busso⁽⁶⁷⁾, Galli⁽⁶⁸⁾, Acuña Anzorena⁽⁶⁹⁾, De Gáspéri⁽⁷⁰⁾, Etcheverry Boneo, Brebbia⁽⁷¹⁾, López Olaciregui⁽⁷²⁾, Spota⁽⁷³⁾, Sandler⁽⁷⁴⁾, Kemelmajer de Carlucci⁽⁷⁵⁾, Compagnucci de Caso⁽⁷⁶⁾, Rivera⁽⁷⁷⁾ y Trigo Represas⁽⁷⁸⁾.

En la jurisprudencia se ha seguido esta postura en casos aislados⁽⁷⁹⁾.

Haremos a continuación un sintético repaso de algunos de los distintos argumentos sobre los que se sustenta esta postura doctrinaria:

1. La doctrina de las fuentes citadas por Vélez en la Nota al art. 923 del Código Civil: Bresolles, Pochannet y Rogron.

Como ya hemos expresado, Vélez cita en la Nota al art. 923 un estudio sobre el error de derecho realizado por el Profesor francés Gustavo Bresolles en "Revista de Legislación", tomo 2º de 1843. En efecto, expresa

(65) LLERENA, BALDOMERO, "Concordancias y Comentarios del Código Civil Argentino", 2ª ed., Bs. As., 1900, Tomo Tercero, p. 436, en n° 3, último párrafo.

(66) BIBILONI, JUAN ANTONIO, "Reforma del Código Civil. Anteproyecto de Juan Antonio Bibiloni", Bs. As., 1939, t. I, ps. 70 y sigs., en la nota al art. 277 del Anteproyecto.

(67) BUSSO, EDUARDO B., "Código Civil Anotado", Bs. As., 1958, t. I, ps. 183 a 185.

(68) GALLI, ENRIQUE V., op. cit., ps. 59/83.

(69) ACUÑA ANZORENA, ARTURO, "El error de derecho en materia de transacción", JA, t. 52, diciembre de 1935, ps. 730 a 739.

(70) DE GÁSPERI, LUIS, "Tratado de las obligaciones en el derecho civil paraguayo y argentino", Vol. I, Parte General, Bs. As., 1945, ps. 508 a 512, en § 536.

(71) BREBBIA, ROBERTO H., "Hechos y actos jurídicos. Comentario de los artículos 896 a 943 del Código Civil. Doctrina y jurisprudencia", Bs. As., 1979, Tomo I, ps. 304 a 316.

(72) LÓPEZ OLACIREGUI, JOSÉ MARÍA, en: SALVAT, RAYMUNDO M., "Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General", actualizado por JOSÉ MARÍA LÓPEZ OLACIREGUI, Bs. As., 1964, t. II, ps. 564/565.

(73) SPOTA, ALBERTO G., op. cit., ps. 389 a 394.

(74) SANDLER, HÉCTOR RAÚL, "El error de derecho", Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Año XXVI, enero-abril de 1962, n° 1, Córdoba, 1962, ps. 209 a 254 y n° 2-3, mayo - septiembre de 1962, ps. 91 a 175, en especial en las ps. 124 a 126.

(75) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, "El error de derecho en la impugnación de particiones hereditarias aprobadas judicialmente", Jurisprudencia Argentina, 1979, I, ps. 588 a 597, en p. 593.

(76) COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H., "Error de Derecho", Jus, Revista Jurídica, n° 38, la Plata, 1986, ps. 39 a 52 y "El negocio jurídico", Bs. As., 1992, ps. 256 y sigs.

(77) RIVERA, JULIO CÉSAR, op. cit., p. 780.

(78) TRIGO REPRESAS, FÉLIX, op. cit., ps. 626 a 627.

(79) LA LEY, t. 6, p. 457. No hacemos mérito de los que admiten el error de derecho en materias ajenas a las de este aporte, vgr. el de LA LEY, 1978-D, 504, referido a las multas de estirpe tributaria, o al de LA LEY, 1976-A, 85, referido al art. 3428 del Código Civil, que admite el error de derecho expresamente.

Vélez en esa Nota que el "...sabio jurisconsulto francés, ha tratado últimamente todas las cuestiones sobre el error de derecho, combatiendo muchas de las opiniones de Cujacio y Savigny, y concluye estableciendo dos reglas que también *confirman la disposición de nuestro artículo*. Regla 1ª La ignorancia de la ley no puede servir de excusa siempre que es invocada para sustraerse a obligaciones que impone, o a las penas que pronuncia contra sus infracciones. Regla 2ª "Cuando al contrario, esta ignorancia es invocada con objeto de aprovecharse de los derechos que la ley concede o protege, puede servir de base a una demanda de restitución".

En ese aporte puede verse cómo Bresolles admite el error de derecho como vicio cuando ha sido el motivo determinante del contrato o base "de una obligación cuya trascendencia conocía pero que no habría contraído sin ese error"⁽⁸⁰⁾; es decir, lo equipara al error de hecho en su tratamiento.

Como Vélez Sársfield puntualiza que las reglas del autor galo confirman la doctrina del artículo, se predica que esa es la inteligencia de nuestro Código.

Otro tanto se expresa respecto de las ideas de Pochannet, cuyo trabajo, dice el Codificador, está "lleno de ciencia y de buen juicio". En el estudio de este autor francés se coincide sustancialmente con la postura de Bresolles y se admite el error de derecho como vicio de la voluntad⁽⁸¹⁾.

Finalmente se cita la obra de Rogron, quien al explicar el art. 1110 del Código Francés, luego de interrogarse si el error de derecho tiene el mismo efecto que el de hecho, contesta afirmativamente y lo admite cuando ha sido la causa del contrato⁽⁸²⁾.

(80) El aporte de Bresolles puede verse en: VARELA, LUIS V., "Concordancias y Fundamentos del Código Civil Argentino", H. y M. Editores, Bs. As., 1875, t. XIV, ps. 123 a 139, la cita es de p. 136.

(81) POCHANNET, ERNEST, "De l'erreur de droit", Revue Critique de Législation et de Jurisprudence", París, 1856, Año n° 6, t. VIII, ps. 165 a 179 y t. IX, ps. 178 a 207. En este sentido expresa: "He aquí la regla que determina la influencia del error de derecho en las convenciones: Para que el error de derecho haga ineficaz una convención, no basta que haya sido el motivo determinante de ella, es preciso en general que recaiga sobre la misma causa del compromiso" (La cita es del Tomo IX, p. 184).

(82) ROGRON, J. A., "Codes Français Expliqués", Ed. G. Thorel y Videcoq, 2ª ed., París, 1841, ps. 212 a 213, en comentario al art. 1110.

Acuden al argumento de las fuentes, entre otros, Llerena⁽⁸³⁾, Bibiloni⁽⁸⁴⁾, Galli⁽⁸⁵⁾, Acuña Anzorena⁽⁸⁶⁾, Spota⁽⁸⁷⁾ y Kemelmajer de Carlucci⁽⁸⁸⁾.

En la doctrina tradicional se resta relevancia a las opiniones de los autores franceses citados en la Nota. Orgaz afirma que las aclaraciones y reservas vertidas en la erudita nota "no han pasado orgánicamente al texto de la ley"⁽⁸⁹⁾. Por su parte Cifuentes expresa, en relación con el estudio de Pochannet, que sólo tienen relevancia los párrafos que eligió⁽⁹⁰⁾ y no los otros diferentes a los que trajo⁽⁹¹⁾. Y Moiset de Espanés, quien encuentra que el verdadero espíritu del Codificador se encuentra expresado en las reglas de Bresolles, indica que el supuesto del art. 784 del Código Civil expresaría la excepción de la 2ª Regla⁽⁹²⁾.

2. La solución de los códigos extranjeros citados en la Nota al art. 923.

Vélez alude a los Códigos Francés (art. 1110), Sardo (arts. 1196 y 1197), Holandés (art. 1357) y al de Luisiana. Se suele ver en estas citas una ratificación de la tesis amplia.

En efecto, el Código Francés (1804), al reglar el error como vicio del consentimiento, en los arts. 1109 y 1110, no hace distinción entre el error

(83) Op. cit., p. 436, quien invoca como sustento la 2ª Regla de Bresolles.

(84) Op. cit., donde dice: "...Pochannet, Bresolles, Rogron... Cuando, por consiguiente, la nota citaba las opiniones de estos escritores, que, según ella, confirmaban la conclusión del artículo adoptado, ya nos explicaba que de él no resulta la exclusión del error de derecho como causa de invalidez de los actos celebrados, desde que, según lo decían, esa regla coexiste con la general de los efectos del error sobre la subsistencia de los hechos jurídicos" (ps. 70 y 71).

(85) Op. cit., p. 78, en n° 31 y 81, en n° 36, 37 y 38.

(86) Op. cit., en p. 731 y 734.

(87) Op. cit., en ps. 391 a 394, adhiriendo a la postura de Bibiloni.

(88) Op. cit., p. 592. Allí dice: "No debe rechazarse una interpretación razonada basada en la nota al artículo en el cual se informa expresamente que los trabajos de Pochannet, Bresolles y Rogron 'enseñan y explican la doctrina del artículo'. Es decir, no se trata que la nota simplemente mencione como fuente a estos trabajos, sino que el codificador enseña que ellos lo explican... La erudita nota... evidentemente cumple una función docente".

(89) Op. cit., p. 175.

(90) Op. cit., ps. 489 a 490.

(91) Recordemos lo que dice Vélez respecto de la obra de Pochannet: "Tomamos de él el párrafo siguiente que enseña y explica la doctrina del artículo. Dice así: El error de derecho no excusa jamás, no puede tener el efecto de hacer declarar como no sucedida una obligación perfecta, según las leyes, ni hacer renacer un término legalmente vencido...".

(92) Op. cit., ps. 169 y 170. No obstante, el autor considera que el supuesto del art. 784 no entraña un supuesto de error conceptualizado como vicio de la voluntad, sino que el fun-

de hecho y el de derecho. Y si bien en un principio no hubo consenso, terminó consolidándose la tesis amplia. La doctrina autoral y jurisprudencial, desde muy temprano, consideró alegable al error de derecho⁽⁹³⁾, haciéndose eco del parecer que, aún antes de la sanción del Código, habían predicado primero Domat y casi al mismo tiempo d'Aguesseau⁽⁹⁴⁾, en el sentido de que era invocable el error de derecho si había sido la única causa de la convención.

El Código Sardo reproducía, en sus art. 1196 y 1197, a los arts. 1109 y 1110 del Código Francés.

El Código de Holanda, que siguió la inspiración del francés, tampoco distinguió estas especies de error.

Finalmente, el Código Civil del Estado de Luisiana de 1825 lo admitía expresamente en el art. 1840, con algunas excepciones. La excusabilidad del error de derecho subsiste en el Código Civil actualmente vigente (art. 1950).

3. Distinción entre el acto "regularmente constituido" y el acto involuntario

Se predica que la inadmisibilidad del error de derecho que surge del art. 923 del Código Civil, no alcanza a los actos en los que la ignorancia o error de derecho ha incidido en la formación del acto.

Afirma Bibiloni, que el art. 923 del Código Civil impide la invocación del error de derecho para sustraerse a los efectos de los "acto lícitos regularmente constituidos, esto es, de manifestaciones de voluntad efectivas,

damento de la repetición radicaría en la ausencia de causa, se trataría de un variedad del género "pago verificado sin causa" (ps. 170 a 175).

(93) Ver: DEREUX, M. Georges, "Étude critique de l'adage nul n'est censé ignorer la loi", Revue Trimestrielle de Droit Civil, Tomo 6, Año 1907, ps. 513 a 554, en especial ps. 545 y sigs. Este autor, que en su aporte pone apasionadamente en tela de juicio el principio de que "la ignorancia de la ley no excusa su cumplimiento" sostiene que es falso el dualismo entre el error de hecho y el de derecho. Y dice: "El error de derecho debe ser sometido a los principios generales del error de hecho... No es verdad... que deba considerarse que todo el mundo conoce las leyes del mismo modo que no es verdad que todo el mundo deba considerarse conocedor de todos los hechos... La salud de la sociedad no puede tener que fundarse sobre una imaginación vana, sobre una ilusión voluntaria" (la cita es de ps. 526 y 527). Ver, también: JOSSERAND, LOUIS, "Tours de Droit Civil Positif Français", 2ª ed., Recueil Sirey, Paris, 1933, ps. 41 a 42 y FUZIER - HERMAN, "Código Civil Annoté", dirigido por René Demogue, Paris, 1936, t. III, ps. 74 a 75.

(94) Ver: CÉLICE, RAYMOND, op. cit., ps. 12 a 13 y 165 a 177. Este autor francés vincula la teoría del error con la de la causa y afirma que aquélla no es más que un aspecto de ésta;

y respecto de las cuales no se levanta objeción sobre su existencia". Pero luego añade: "cuando se trata de *errores que han conducido a la formación de actos que sin ellos no se hubieran efectuado*, cuando se ha consentido en cosa diversa de la aparente, no existe interés social comprometido en mantener su existencia. Toda la teoría del error descansa sobre esa circunstancia. Y si se admite que el error puede ser causa de invalidez de las relaciones jurídicas, es indiferente saber si es de hecho o de derecho"⁽⁹⁵⁾. Esta distinción es rescatada por Orgaz quien afirma que el Código Civil es "defectuoso y oscuro: la regla del art. 923 es lúcida y clara...pero falta la regla correlativa que exprese con precisión la admisibilidad de este error en relación al contenido o a la formación del acto"⁽⁹⁶⁾.

4. Apartamiento del apego romanista de Freitas

Hemos subrayado que el art. 923 del Código Civil es una reproducción prácticamente textual del art. 465 del Esboço de Freitas para el Brasil. Sin embargo, se aduce que Vélez se distanció de la inexcusabilidad absoluta propiciada por aquél, que "no perduró en el sistema romanista que había adoptado, en esta materia, el jurista brasileño"⁽⁹⁷⁾, siguiendo a Savigny.

Por de pronto, se recuerda que el error fue legislado en el Código Argentino agrupado bajo un solo capítulo, mientras que Freitas destinó al error de hecho y al de derecho capítulos especiales⁽⁹⁸⁾. Y en esa línea argumental, resaltaba Bibiloni, como muestra del distanciamiento de la fuente, que la solución del art. 784 del Código Civil argentino, en tanto autoriza la repetición de lo pagado con causa en un error de derecho, contrasta con la regla contraria del art. 3463 del Esboço⁽⁹⁹⁾.

5. La regla de la obligatoriedad de la ley no se quebranta con la admisibilidad del error de derecho como vicio de la voluntad. Campos de acción independientes

Desde la doctrina tradicional se suele expresar que la inadmisibilidad del error de derecho como vicio de la voluntad "reposa en el carácter obligatorio de la ley, que se presume conocida por todos" y que "si se admitie-

ideas que posteriormente fueron desarrolladas exhaustivamente por el Maestro Borda en la obra ya citada "El error...".

(95) BIBILONI, op. cit., en la Nota al art. 277, p. 102.

(96) ORGAZ, op. cit., p. 175.

(97) SPOTA, op. cit., p. 390.

(98) GALLI, op. cit., p. 78.

(99) Op. cit., p. 71. Allí también destaca Bibiloni que la regla del art. 784 del Cód. Civil no habría sido aceptada por Savigny, ya que contradice al Derecho Romano.

se la invocación de la ignorancia de la ley para hacer una excepción a la aplicabilidad de ella se quebraría su obligatoriedad y con ello se desnaturaría el carácter normativo que le corresponde... significaría la instauración del caos y de la inseguridad más completa..."⁽¹⁰⁰⁾.

Desde la doctrina amplia se enfatiza que la obligatoriedad de la ley, establecida en el art. 20 del Cód. Civil, tiene un campo de acción distinto al del art. 923 del mismo código; es decir, que no corresponde confundir sus radios de injerencia y que el hecho de que impere la directriz "la ignorancia de la ley no excusa", no significa que un acto no pueda invalidarse si la voluntad está viciada por un inexacto conocimiento de las leyes. Es decir, se "desliga al error de derecho con la obligatoriedad de cumplir una disposición legal"⁽¹⁰¹⁾ y se afirma: "La ley no necesita el soporte del dogma de la inexcusabilidad para mantener su imperio, ni se resiente en sus efectos por la admisión del error calificado"⁽¹⁰²⁾.

En esta línea de pensamiento, se puntualiza: "De aquí, pues, que la regla del art. 20 del Cód. Civil, que establece la inexcusabilidad de la ignorancia de la ley para evitar que las personas se sustraigan a su imperio no puede constituirse en óbice para estructurar una teoría del error de derecho que, respetando ese principio, establezca en qué casos el error de derecho que vicia la voluntad puede ser relevante"⁽¹⁰³⁾; ya que: "Cuando el error de derecho excluye esa voluntad... puede ser invocado porque con él no se quiere desconocer el ordenamiento legal"⁽¹⁰⁴⁾.

De allí, que para Brebbia los supuestos de los arts. 784, 858 y 3428 del Código Civil no constituyen excepciones al principio del art. 20 del Código Civil, como lo predica en general la doctrina clásica, sino que serían "supuestos especiales de error de derecho en la formación de la voluntad"⁽¹⁰⁵⁾.

6. Contrarregla derivada de la multiplicidad de excepciones

Un argumento peculiar ha propugnado López Olaciregui, para quien las excepciones al art. 20 del Código Civil son tan numerosas que ello

(100) LLAMBÍAS, "Tratado...", cit., p. 496.

(101) COMPAGNUCCI DE CASO, "Error de derecho", cit., p. 46, apartado VI.

(102) GALLI, op. cit., p. 83.

(103) BREBBIA, op. cit., p. 311, en § 6.

(104) SPOTA, op. cit., p. 393. En el mismo sentido se expresaba BUSSO, op. cit., p. 185, en n°24.

(105) Op. cit., p. 312.

“conduce a crear no ya una excepción sino una contrarregla”⁽¹⁰⁶⁾, tesis que refrenda Trigo Represas⁽¹⁰⁷⁾.

Esta postura es también virtualmente aceptada por Spota, quien extiende la regla de la admisibilidad del error de derecho, por la combinación de los arts. 784 y 858 del Código Civil, al reconocimiento de obligaciones, a la compensación, a la dación en pago y a la novación⁽¹⁰⁸⁾.

Por otra parte, aunque se haya ubicado a Aguiar como un exponente de la tesis tradicional, no puede dejar de resaltarse que traduce una postura muy particular que ha permitido situarlo en un punto intermedio⁽¹⁰⁹⁾. En efecto, por aplicación de la máxima “Donde la ley no distingue, no debemos distinguir”, afirma que “cuando el Código se refiere al error, como vicio de la voluntad, sin calificarlo, comprende en la generalidad de sus términos, tanto al de hecho, como al de derecho, salvo que la excepción no estuviese expresamente autorizada”⁽¹¹⁰⁾.

7. Interpretación que aporta relevancia al derecho comparado y al predominio, en éste, de la tesis amplia

La tesis amplia ha predominado indiscutiblemente en el derecho comparado y numerosos de los autores que predicán de “lege data” la alegabilidad del error de derecho como vicio de la voluntad, intentan hacer una lectura del Código Civil Argentino que lo coloque en el marco de esta moderna tendencia legislativa. Así lo hizo Llerena, quien interpretó el art. 923 del Cód. Civil a la luz del art. 1109 del Código Civil Italiano de 1865 y dijo, con él, que: “el error de derecho anula el acto cuando aquél ha sido la causa única de éste”⁽¹¹¹⁾.

Es que como pregonara Spota, para quien deducir del art. 923 la inadmisibilidad del error de derecho es una solución manifiestamente disvaliosa: “Ésa es la solución prevaleciente en el derecho comparado que,

(106) Op. cit., ps. 564 y 565. Allí enumera dentro de las excepciones a los arts. 784, 796, 797, 858 y 3428 y dice: “...comprende actos jurídicos constitutivos de obligaciones, actos extintivos de obligaciones, actos de pago y actos de posesión (con relación a herencias)”.

(107) Op. cit., p. 627.

(108) Op. cit., ps. 390 y 391.

(109) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Cód. Civil I, op. cit., p. 592.

(110) AGUIAR, op. cit., p. 157.

(111) Op. cit., p. 436, en n° 3.

como directiva para la correcta interpretación de la ley, nunca está de más poner de resalto (art. 16)”⁽¹¹²⁾.

Entre los Códigos extranjeros vigentes, que admiten explícitamente el error de derecho como vicio de la voluntad, se encuentran: el Italiano de 1942 (art. 1429)⁽¹¹³⁾, el del Estado norteamericano de Luisiana (art. 1950)⁽¹¹⁴⁾, el de Perú de 1984 (art. 202)⁽¹¹⁵⁾, el de Brasil de 2002 (art. 139)⁽¹¹⁶⁾, el de Venezuela (art. 1147)⁽¹¹⁷⁾ y el de México (art. 1813)⁽¹¹⁸⁾, entre otros.

Otros Códigos no distinguen entre el error de hecho y el de derecho; así, los de Francia (art. 1110), Alemania (§ 119), España (art. 1266), Mongolia (art. 44), Québec (art. 1400), Japón (art. 95), Portugal (arts. 247 a 252), Bolivia (art. 473) y Panamá (art. 1117), entre otros. Hemos referido “supra” que en Francia la tendencia amplia se ha consolidado y lo mismo ha ocu-

(112) Op. cit., p. 394.

(113) Art. 1429: “Error esencial. El error es esencial:...4) cuando tratándose de error de derecho, ha sido la razón única o principal del contrato”. También, para las disposiciones testamentarias, el art. 624 admite expresamente el error de derecho.

(114) art. 1950: “Error that concerns cause: “Error may concern a cause when it bears on the nature of the contract, or the thing that is the contractual object or a substantial quality of that thing, or the person or the qualities of the other party, or the law, or any other circumstance that the parties regarded, or should in good faith have regarded, as a cause of the obligation”

(115) Art. 202: “El error es esencial: ...inc. 3°: Cuando el error de derecho haya sido la razón única o determinante del acto”. El Código Civil de Perú innova en relación con el anterior Código Civil de 1936 y opta por la solución del Código Italiano. Ver: LOHMAN, JUAN GUILLERMO Y DE TENA, LUCA, “El negocio jurídico”, Ed. Librería Studium, Lima, 1986, ps. 337 y siguientes.

(116) “El error es sustancial:...III Siendo de derecho y no implicando sustracción a la aplicación de la ley, si fuere causa única o principal del negocio jurídico”. Se innova respecto del Código Civil de 1916 (arts. 86 a 91) que no distinguía entre el error de hecho y el de derecho, aunque la doctrina generalizadamente admitía al error de derecho como vicio. Ver: DE SALVO VENOSA, SILVIO, “Direito Civil”, Ed. Atlas, 4ª ed., San Pablo, 2004, Vol. 1°, ps. 447/448. Ver también: GONÇALVES, CARLOS ROBERTO, “Principios innovadores no Código Civil de 2002”, Ed. Saraiva, San Pablo, 2002, p. 25 y SMITH ÁNGELO, CÉLIO, “Erro de direito”, Revista Justitia, Año XXXII, 2° trimestre de 1970, San Pablo, ps. 113 a 115.

(117) Art. 1147: “El error de derecho produce la nulidad del contrato sólo cuando ha sido la causa única o principal”.

(118) Art. 1813: “El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa”.

rrido en España⁽¹¹⁹⁾ y en Alemania⁽¹²⁰⁾, como en los países que han abrevado en el ordenamiento de este último país⁽¹²¹⁾.

Algunos códigos lo censuran expresamente: Chile (art. 1452), Colombia (art. 1509), Uruguay (art. 1270) y Ecuador (art. 1495).

8. Vinculación con la ausencia de causa

Se trata de la doctrina que iniciara Domat y que recogiera la jurisprudencia francesa. En ese sentido y con cita de la doctrina autoral francesa e italiana, afirma Busso: "Pero cuando una persona ha sido determinada a celebrar un acto jurídico por un error de derecho, su voluntad está viciada. Éste, al igual que el error de hecho, siempre que sea excusable, debiera admitirse para impugnar la eficacia del acto"⁽¹²²⁾.

En esta línea podría también colocarse el parecer de Borda, pese a que niega que el error pueda ser factor de anulabilidad. Según este jurista: "...el error de hecho o de derecho no produce efecto jurídico alguno, sino cuando la obligación no tiene causa. Y en tal caso, es éste y no otro, el fundamento de la nulidad"⁽¹²³⁾, opinión a la que se acercarían Kemelmajer de Carlucci⁽¹²⁴⁾ y Rivera⁽¹²⁵⁾.

d) La tesis amplia y los requisitos de alegabilidad del error de derecho

Quienes propugnan como factible la invocación del error de derecho, predicán que éste, para que sea fundamento de anulabilidad del

(119) Ver: DIEZ-PICAZO, LUIS, "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial", Ed. Tecnos, Madrid, 1979, ps. 122 y 123, en n° 112; de CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, "El negocio jurídico", Ed. Civitas, Madrid, 1991, ps. 116 a 118, quien dice: "El texto vigente del Código no menciona para nada el error de Derecho; mas al referirse al error en general (en arts. 1266 y 1895) parece que comprende al de Derecho como apto para invalidar el consentimiento, si reúne los requisitos que señala el artículo 1266; lo que resulta por demás corroborado por la referencia expresa al error de hecho (para excluir al de Derecho) en los arts. 1234 y 1817, párr. 2. Esta es también la opinión que predomina en la doctrina" (la cita es de p. 117); y DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, "La conversión del negocio jurídico", Ed. Bosch, Barcelona, 1959, en ps. 96 y 97.

(120) Ver: ENNECCERUS, LUDWIG, "Derecho Civil. Parte General", 13ª revisión por Hans Carl Nipperdey, traducción de la 39ª ed. Alemana por Blas Pérez González y José Alguer, Ed. Bosch, Barcelona, 1935, Vol. II, p. 192.

(121) Así Japón, Corea y Taiwan. Ver: "Código Civil Japonés", Estudio preliminar, traducción y notas por: Domingo, Rafael y Hayashi, Nobuo, prólogo De Antonio Gutiérrez Walker, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid- Barcelona, 2000, p. 85.

(122) BUSO, op. cit., p. 184, en el n° 7.

(123) BORDA, "Error...", cit., p. 65.

(124) Op. cit., p. 594.

(125) Op. cit., p. 780. Dice allí: "...enrolados en el causalismo sincrético... debemos llegar a una armonización entre los textos legales... si realmente se acredita que el negocio care-

acto, ha de ser esencial y excusable, al igual que el de hecho. Algunos añaden, siguiendo la tónica de la legislación italiana, que la manifestación de voluntad ha de haber tenido a esa ignorancia como causa única⁽¹²⁶⁾ o principal⁽¹²⁷⁾.

e) Nuestra opinión

1° - Pensamos que el principio de inexcusabilidad de la ignorancia de la ley, consagrado como regla general de derecho en el art. 20 del Código Civil, recibe una aplicación particular en el art. 923, y de ese modo se concluye que el sistema argentino desecha al error de derecho como vicio de la voluntad.

2° - Un ordenamiento jurídico puede ser más o menos amplio o, lo que es lo mismo, más o menos ceñido en la admisibilidad de los tipos de error con significación para la ineficacia. Así, en el nuestro, no cualquier error es relevante para provocar la anulación de los actos. El campo de la relevancia es ceñido y esa limitación encuentra fundamento en el factor de la seguridad en las negociaciones.

Uno de los parámetros valorativos sobre los que reposa la medida de la relevancia del error, es el atinente al principio de responsabilidad negocial⁽¹²⁸⁾ y es entonces que se ingresa en la valoración de la conducta del sujeto que yerra y se aprecia si es o no digna de protección tal o cual ignorancia. Desde ese prisma, el sistema argentino no considera digno de protección al que yerra sobre el derecho objetivo y presume, sin admitir prueba en contrario, que ese desconocimiento constituye culpa o negligencia. Es decir, la inexcusabilidad del error de derecho se estructura sobre una presunción "iure et de iure" de negligencia o, lo que es lo mismo, para la ley argentina, salvo excepciones, no hay buena fe en la conducta de quien se confunde en el derecho aplicable pues, si no lo conoce, debe informarse. Ello dentro de un marco valorativo de buena fe que impone una conducta activa y diligente.

Podrá considerarse injustificada la no inclusión del error de derecho y propiciarse una equiparación de "lege ferenda", asumiéndose una política que viene imponiéndose en el derecho comparado⁽¹²⁹⁾, pero ello no

ce de causa o ella es falsa, el negocio se invalida -no por la invocación del error de derecho sino por la falencia del elemento causal".

(126) LLERENA, op. cit., p. 436, en n° 3 y KEMELMAJER DE CARLUCCI, op. cit., en p. 593. De "lege ferenda", MOISSET DE ESPANÉS propugna que sea alegable si ha sido "causa única o principal" del acto (op. cit., p. 208).

(127) De "lege ferenda", así lo propicia ORGAZ en op. cit., p. 178.

(128) Ver: DE CASTRO Y BRAVO, Federico, op. cit., p. 111.

(129) Entre los más recientes, el Código de Brasil (2002).

permite forzar la interpretación de los textos, pues ello conlleva el riesgo de construir estructuras que se aparten de su letra.

3° - Pensamos que Vélez Sársfield efectivamente vaciló entre las dos aguas, entre las dos tendencias que bien conoció; pero también pensamos que, a la hora de la redacción, veladamente transcribió el art. 456 de Augusto Teixeira de Freitas, quien, como bien recreaba el Maestro Guillermo Allende, fue para nuestro Codificador el Virgilio del Dante, su guía inexorable. La reproducción del texto del jurista brasileño, importa para nosotros la categórica recepción de la política de rechazo, plasmada en esa fuente y el reforzamiento particular del principio general instituido en el art. 20 C. C. Repárese que también se tomó del brasileño la clasificación del error en esencial y accidental, agrupaciones conceptuales presentes en Savigny y en el Derecho Romano⁽¹³⁰⁾. Si hubiese optado por la recepción de la tesis amplia, en toda su dimensión, nada le impedía a Vélez recogerla en el texto, a la manera de cómo lo leyó en el Código de Luisiana.

Una vez más el autor del Código Civil nos desconcierta en los temas relevantes, al contraponer el contenido de los textos con el de las notas. Como supuesto emblemático recordamos el de la posesión. Al reglar su naturaleza, la caracteriza como un hecho en el art. 2470 y no la enumera como derecho real en el art. 2503 pero, sin embargo, en las notas a los arts. 2351 y 2470, predica, junto a cierta doctrina, que ésta es un derecho⁽¹³¹⁾.

La distinción que realizara Bibiloni, en la textualidad del art. 923 C. C. (Ver V°, apartado c. 3°), no nos parece que haya estado en la "mens legis" y si de alguna manera se hesitó, la reproducción literal del Esboço nos parece implacable, como también que haya escogido de Pochannet el fragmento que refleja la mayor severidad de la máxima romana "error iuris nocet", como bien lo resalta Cifuentes⁽¹³²⁾.

(130) La influencia de Freitas en la materia del error es destacada también por: LAJE EDUARDO JORGE, "Los motivos determinantes del acto jurídico y la nulidad por error y dolo", revista de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Año VII, Tercera Epoca, N° 30, Bs. As., 1952 (julio-octubre), ps. 793 a 834, en especial en las ps. 812 y 816 y VIDE LA ESCALADA, FEDERICO, op. cit., en ps. 109 a 110.

(131) Ver: LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN Y ALTERINI, JORGE HORACIO, "Código Civil Anotado", Bs. As., 1988, t. IV - A, ps. 75 a 79 y ALLENDE, GUILLERMO L., "Panorama de Derechos Reales", Bs. As., 1967, ps. 201 a 203.

(132) CIFUENTES, op. cit., p. 490.

Finalmente, en torno de las fórmulas de Bresolles, básicamente su 2ª Regla, que es la que más ha hecho titubear a la doctrina, el Codificador efectivamente la aplicó, pues se concreta en las soluciones particulares; así, como se lo ha resaltado, en la del art. 784⁽¹³³⁾.

Lo que se quiere significar es que la recepción de la relevancia del error de derecho como vicio de la voluntad no fue plasmada ni expresa ni implícitamente por el Código Civil Argentino.

f) El error de derecho en los Proyectos de reforma del Código Civil

El Anteproyecto Bibiloni declara expresamente la admisibilidad del error de derecho en el art. 277: "El error, sea de hecho o de derecho, anula el acto jurídico en los siguientes casos...".

También el Proyecto de la Comisión Reformadora de 1936, que sigue las aguas de aquél. Su art. 142 reza: "No será válida la declaración de voluntad cuando el error, de hecho o de derecho, versare sobre alguno de los puntos siguientes:..."⁽¹³⁴⁾.

El Anteproyecto de 1954, en su art. 143, suprimió la regla del art. 923 y equiparó al error de hecho con el de derecho de modo semejante al art. 142 del Proyecto de 1936.

El Proyecto de Unificación de la legislación Civil y Comercial de la Nación de 1987, que fue Ley 24.032 en 1991, vetada por el Poder Ejecutivo en el mismo año, no innovó en relación con el código vigente. Tampoco el Proyecto de la Comisión Federal que tuvo media sanción de la Honorable Cámara de Diputados en 1993.

Finalmente, el Proyecto de Código Civil de 1998, se mantiene en la tesis tradicional y en su art. 316 propugna: "Error esencial. El error de hecho excusable provoca la invalidez del acto jurídico, si recae sobre:...". Por otro lado, en el art. 7°, titulado "Vigencia de la Ley. Ignorancia o error de Derecho", dice: "Las leyes son vinculantes desde su entrada en vigencia, y la ignorancia o el error acerca de ellas no sirven de excusa salvo, con relación a las leyes civiles, en los siguientes casos: a) Si la ley autoriza la excusa. b) Si la ley establece que se debe dar un aviso o comunicación previo, a persona determinada o al público, haciendo saber sus disposiciones, y ese aviso o comunicación no ha sido dado".

(133) MOISSET DE ESPANÉS, op. cit., p. 170, quien, no obstante, encuentra que el fundamento de la repetición que autoriza esa preceptiva no es el error de derecho sino el enriquecimiento sin causa el que inspira esta disposición.

(134) Ver la crítica de ORGAZ, op. cit., en ps. 178 a 186.

VI. El error de derecho y su posible invocación por los pueblos indígenas argentinos

a) La cuestión indígena en la legislación argentina. Nociones preliminares. La cuestión de las tierras.

Hemos dejado para el final el tratamiento del tema del epígrafe, porque entendemos que, más allá de la postura que se adopte respecto de la cuestión del error de derecho como vicio de la voluntad (restrictiva o amplia), la ignorancia de la ley por parte de las comunidades indígenas argentinas recibe, en el derecho positivo vigente, un tratamiento especial. En efecto, creemos que las comunidades indígenas argentinas están habilitadas expresamente para invocar el inexacto conocimiento de las normas, cuando estén involucrados sus derechos de propiedad sobre las tierras, que distintas normativas les reconocen en razón de su preexistencia étnica y cultural.

La cuestión presenta ribetes de mucha actualidad, pues la Constitución Nacional, desde su reforma de 1994, ha dado ingreso en su texto a las garantías fundamentales de los pueblos aborígenes argentinos: reconoce su preexistencia étnica y cultural; garantiza el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconoce la personería jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan, al tiempo que ordena regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano, todas ellas con carácter de no enajenables, no transmisibles ni susceptibles de gravámenes o embargos. También se asegura la participación de estos pueblos en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten (art. 75 inciso 17).

Se trata de una cláusula de definida operatividad⁽¹³⁵⁾, no meramente programática, y que aspira, en sustancia, a canalizar la demorada reparación histórica que dignifica a los antiguos habitantes del territorio argentino.

(135) Ver, en la doctrina: BIDART CAMPOS, GERMÁN, en dictamen sobre los derechos históricos de la Comunidad Mapuche Vera de la provincia del Neuquén, del 6 de noviembre de 1997, producido en su condición de Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas Dr. Ambrosio I. Gioja, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, publicado en www.pueblosindigenas.net, Sección Centro de Documentación; ALTABE, RICARDO, BRAUNSTEIN, JOSÉ Y GONZÁLEZ, JORGE A., "Derechos indígenas en la Argentina. Reflexiones sobre conceptos y lineamientos generales contenidos en el art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional", ED, 164-1194; BÉCERRA, NICOLÁS, "Derecho penal y diversidad cultural. La cuestión indígena", Bs. As., 1997, p. 33, en su nota 15 y SEGOVIA GONZALO Y SEGOVIA, JUAN FERNANDO, "La protección de los indígenas", en: PÉREZ GUILHOU y otros, "Derecho constitucional de la reforma de 1994", Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y

La Ley Fundamental se alinea en la moderna concepción internacional de la cuestión indígena. En efecto, se alienta la aceptación de la pluralidad cultural, sobre la idea de la permanencia de los pueblos aborígenes; política que ya estaba consagrada en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, de 1989, ratificado por el Congreso Nacional mediante la Ley 24.071 de 1992, y vigente para la Argentina desde el 3 de julio de 2001.

La mentada filosofía contrasta con la que otrora guiara el abordaje de la materia, es decir, la política legislativa de absorción de los mentados pueblos, su paulatina integración y asimilación a las pautas de la modernidad, sobre la base de suponer que la cultura indígena estaba condenada a desaparecer. La directriz integracionista estaba presente en el Convenio N° 107 de la OIT, de 1957, también ratificado por la Argentina mediante la ley 14.932 de 1959, y todavía subsiste en algunas de las preceptivas de la Ley Nacional 23.302 sobre "Política Indígena y apoyo a las comunidades aborígenes" de 1985.

En el marco expuesto, nos interesa particularmente hacer mérito de uno de los temas esenciales de la cuestión indígena, acaso el más trascendente, cual es el que concierne al de sus derechos de propiedad sobre las tierras, verbigracia, sobre las tradicionalmente ocupadas, pues es en la regulación legal de este tópico en el que aparece una regla particular, que habilita la invocación del error de derecho.

El tema del reconocimiento de la propiedad de las tierras es medular. De la efectiva concreción de las respectivas titulaciones dependerá el cumplimiento de la orden constitucional vertida en el art. 75 inc. 17. Es que ello se vincula con la especial relación que une al indígena con la tierra, la que se basa en una concepción muy distinta a la que ha servido de fundamento al derecho de propiedad legislado en los códigos civiles decimonónicos, entre los que se ubica el argentino, vigente desde 1871. Esa diferencia

Políticos, Mendoza, 1995, ps. 317/343, entre otros. La jurisprudencia también se ha expedido en este sentido; ver: Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Pico Truncado, Santa Cruz, Secretaría N° 1, en su fallo del 24 de marzo de 2000, en los autos "Paisman, Rubén Alejandro c / Consejo Agrario Provincial s/ acción de amparo", publicada en Revista Tiempos Patagónicos, editada por la Escuela de Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Año II, N° 4, octubre 2000, ps. 21 a 23. Implícitamente, lo reconoció la sala I de la CCiv. y Com. de Jujuy, el 14 de septiembre de 2001 en la causa "Comunidad Aborigen de Quera y Agua Caliente - Pueblo Cochino c. Estado Provincial s/ prescripción adquisitiva", publicada en JA, del 3 de julio de 2002 - JA, 2002-III, fascículo n° 1, p. 78.

sustantiva fundamenta la inconveniencia de su regulación dentro del Código Civil, como lo hemos enfatizado en un aporte anterior ⁽¹³⁶⁾.

Efectivamente, la ligazón del aborigen con la tierra en la que vive y en la que han vivido y muerto sus antepasados tiene connotaciones espirituales o, si se quiere, de contenido religioso; la tierra es una suerte de templo, acaso una madre, y no una mera demarcación territorial; la relación se presenta virtualmente invertida pues, en cierto modo, es la tierra la propietaria del hombre y no éste su dueño. Muy distante está la noción de la propiedad privada ceñida estrictamente a los aspectos puramente patrimoniales e individuales. Esta circunstancia explica también el por qué del reconocimiento en propiedad comunitaria y no individual, que traza la Constitución Nacional, en coherencia con el Convenio N° 169 de la OIT, su más cercano antecedente. En ambas normas se desecha la titulación individual de las tierras en la persona del aborigen, que perpetraban tanto el Convenio N° 107 de la OIT como la Ley Nacional 23.302. Es que, en definitiva, se ha comprendido que ello conspira contra la subsistencia del pueblo indígena y su cultura, fin último a resguardar en una sociedad pluricultural que respeta la diversidad y las diferencias.

La particular relación del indio con el terruño, que hemos tratado de describir aquí sintéticamente, ya que el tema trasciende a este aporte y ha sido objeto de una investigación exhaustiva ⁽¹³⁷⁾, justifica que se hayan dictado una serie de normas, tanto de fuente internacional como interna, que tienden a tutelar ese derecho, para que no se menoscabe el acceso de los pueblos indígenas argentinos a la posesión y propiedad de las tierras que ocuparon tradicionalmente o de las que se les hayan adjudicado. Es que de la posibilidad de ejercicio efectivo de esa propiedad comunitaria, depende la supervivencia de su cultura ya que el contacto con esa tierra está asido a su identidad, a su conformación más genuina y consustancial.

Como se ha puntualizado desde los foros internacionales más conspicuos: "Para la cultura indígena la tierra ancestral es fuente de vida y es

(136) ALTERINI, JORGE HORACIO, CORNA, PABLO M. y VÁZQUEZ, GABRIELA A., "Propiedad comunitaria indígena", Ponencia presentada ante la Comisión n° 4 de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bs. As., 20 a 22 de septiembre de 2001). La tesis que sustentamos en esa oportunidad fue aprobada por el Plenario en estos términos: "La protección consagrada para la propiedad de las comunidades indígenas argentinas, por el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional, hace innecesario e inconveniente su inclusión en el Código Civil, ya que ello implicaría una desjerarquización no querida por el poder constituyente". Ver: http://jornadas-civil-unf.ucaderecho.org.ar/xviii_jornadas.htm

(137) ALTERINI, JORGE H., CORNA, PABLO M. y VÁZQUEZ, GABRIELA A., "Propiedad indígena", libro en prensa.

parte esencial de su identidad; por eso mismo la tierra es de propiedad comunitaria, pertenece al grupo y no a un individuo, y no puede ser considerada como una mercancía ni mucho menos como un bien susceptible de apropiación privada o enajenación a terceros en las condiciones que prevén los sistemas de derecho napoleónicos. Sin duda la mayor oposición que puede existir entre la cultura jurídica europea y la indígena es la manera como una u otra aborda el tema de la tenencia de la tierra. Si en la primera la tierra pertenece a la persona en la segunda es la persona o con mayor propiedad el grupo étnico que en cierto sentido pertenecen a la tierra. De ahí que, si para la primera un conflicto en torno de la tierra se limita a la disputa por un terreno, grande o pequeño y más o menos explotable, para la segunda puede significar toda la razón de su identidad e inclusive su supervivencia" ⁽¹³⁸⁾.

b) El error de derecho. Su legítima invocación por los pueblos indígenas en resguardo de sus derechos de propiedad y posesión sobre las tierras.

Como lo hemos adelantado en el apartado anterior, la República Argentina ha ratificado el Convenio N° 169, sobre "Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes", celebrado en Ginebra, el 27 de julio de 1989, en el marco de la Conferencia N° 76 de la OIT y vincula a nuestro país desde el 3 de julio de 2001. También ha sido ratificado por otras naciones: Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Dominica, Ecuador, Fiji, Guatemala, Honduras, México, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Perú y Venezuela.

Los Convenios celebrados por la Argentina en el marco de la OIT, tienen naturaleza de tratados internacionales ⁽¹³⁹⁾, de manera que la Convención N° 169 tiene jerarquía superior a las leyes (art. 75 inciso 22 C. N).

Uno de los temas que regula este tratado internacional es el que concierne al régimen de la propiedad y lo hace en su Parte II, titulada "Tierras" (arts. 13 a 19).

(138) BRONSTEIN, ARTURO S., "Hacia el reconocimiento de la identidad y de los derechos de los pueblos indígenas en América Latina: Síntesis de una evolución y temas para reflexión", publicado en la página web de la Organización Internacional del Trabajo, Sección Equipo Técnico Multidisciplinario.

(139) Ver: VON POTOBOSKY, GERALDO, "Los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo: ¿una nueva dimensión en el orden jurídico interno?", DT, 1997-A, 457 a 473; ETALA, CARLOS ALBERTO, "Los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo y su interpretación", DT, 2002-A, 677 a 681 y RAMÍREZ BOSCO, "Para una introducción al derecho del trabajo", Bs. As., 2000, ps. 150 a 152.

La preceptiva es muy categórica en cuanto al reconocimiento de propiedad comunitaria en la persona de los pueblos, desplazando la mecánica de la titulación individual en cabeza sus integrantes aislados.

Como hemos expresado en otra oportunidad, la Convención 169 "se ocupa de los derechos de los pueblos sobre las tierras, distinguiendo al efecto cuatro categorías jurídicas diferentes: 1) "Tierras que tradicionalmente ocupan" (art. 14 inc. 1º, primer párrafo); 2) "Tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia" (art. 14 inc. 1º, segundo y tercer párrafos), 3) "Tierras adicionales...cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico" (art. 19 inc. a) y 4) Tierras sustitutas por traslado (art. 16 inc. 4º)" (140).

Pues bien, el reconocimiento de los derechos territoriales fue instituido junto a una serie de preceptivas de finalidad protectoria, que aspiran a reforzar el eficaz acceso a la propiedad y a la posesión. Se inscriben en esta categoría, vgr.: a) la manda de que se respeten los valores espirituales y culturales en la relación con la tierra (art. 13 inc. 1); b) que se tomen medidas conducentes a la efectiva demarcación (art. 13 inc. 2); c) que se instituyan procedimientos adecuados para la reivindicación; d) que se proteja su participación en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus tierras (art. 15 inc. 1); e) la prohibición del traslado, salvo supuestos excepcionales y con consentimiento libre e informado; f) la imposición del respeto de las modalidades de transmisión de las tierras entre los miembros, etc.

Dentro de esas normas, de estirpe tuitiva, se encuentra la del art. 17 inc. 3 que expresa: "Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos *o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros* para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos".

El párrafo transcrito reproduce la noción idéntica del Convenio de la OIT N° 107, cuyo art. 13 inc. 2) rezaba: "Se deberán adoptar medidas para impedir que personas extrañas a dichas poblaciones puedan aprovecharse de esas costumbres *o de la ignorancia de las leyes por parte de sus miembros* para obtener la propiedad o el uso de las tierras que les pertenezcan".

(140) ALTERINI, JORGE H., CORNA, PABLO M. Y VÁZQUEZ, GABRIELA A. op. cit., en prensa. En esa obra se aborda integralmente la cuestión del régimen de propiedad comunitaria indígena.

No dudamos en cuanto a que la orden que emana de los términos del tratado, dirigida a los países que lo han ratificado, entraña una verdadera manda para que se sustraiga a los pueblos indígenas de una eventual inexcusabilidad que los respectivos regímenes pudiesen contemplar, como regla, para el error o ignorancia de las leyes. Y ello, puntualmente, en aquellos casos en los que las comunidades aborígenes pudieran verse privadas de los derechos de posesión y propiedad sobre las tierras que les pertenecen.

La fórmula del art. 17 inc. 3 del Convenio N° 169, como hemos expresado, tiene prelación normativa sobre las leyes de la Nación, como lo es el Código Civil (ley 340), de modo que cualquier pretensión de aplicar su régimen general, en disonancia con la directriz que la Convención impone, no sería ajustada a lo instituido por el art. 75 inc. 22 de la Ley Fundamental.

Si se acepta que el rechazo del error de derecho, como vicio de la voluntad, reposa en la inexcusabilidad de este tipo de confusión, pues la ley se presume conocida por todos "iure et de iure", habría aquí un apartamiento del principio general, el que se justificaría doblemente.

Por de pronto, las leyes que se dictan en una sociedad democrática, no nacen por generación espontánea, no son, normalmente, el fruto de una arbitraria o antojadiza decisión del legislador, desprovista de la conciencia colectiva de la sociedad a la que van dirigidas. En su gran mayoría, las normas estructurales, como lo son las que reglan el régimen de la propiedad, tienen una íntima conexión con las pautas sociales y culturales que imperan en un momento dado, a tal punto que es la misma presión que ejerce la sociedad, en su dinamismo natural, la que impone muchas veces las modificaciones legislativas para ajustarlas a los nuevos modelos o paradigmas.

Sobre esta base, no aparece injustificada la ficción del conocimiento de las leyes sustantivas que rigen la comunidad organizada porque, en rigor, normalmente sus directrices habrán de coincidir con el sentir popular y, por ende, habrán de comulgar con los modelos culturalmente enraizados.

Por ello, es que tampoco se presenta como desacertado que la legislación se aparte aquí de la severidad del "error iuris nocet" para abordar el tema de la propiedad de las tierras de los pueblos indígenas pues, como hemos referido "supra", el modelo mental y axiológico que subyace en esta temática se encuentra en las antípodas de la concepción clásica y privatística, propia del régimen de la propiedad inmobiliaria en el sistema argentino.

En otro orden de ideas, si el fin superior de la inexcusabilidad de la ignorancia de la ley, es la seguridad y el orden sociales, se presenta aquí otro fin de igual o superior jerarquía, que tiene que ver con la necesidad

de consolidar definitivamente una sociedad que se asiente en el modelo pluricultural, y que respete las diferencias de sus distintos integrantes, haciendo culto de sus ancestros, a través de la reparación histórica concretada en sus descendientes más genuinos.

Y si para alcanzar ese propósito, es menester imponer un régimen diferenciado, bien vale éste como discriminación inversa ⁽¹⁴¹⁾, que aporte la dosis necesaria para nivelar el peso de la balanza y ubicarla en el punto de equilibrio.

La excepción subjetiva que predicamos de "lege data", en favor de las comunidades indígenas argentinas, para los supuestos en que se discute la validez de los actos que involucren a la posesión o a la propiedad de sus fundos, nos evoca la sapiencia jurídica romana que, aún asida a la rígida máxima del "error iuris nocet", supo excluir de sus implicancias a las personas cuyas circunstancias particulares así lo imponían. Alguna vez se dijo, de las excepciones del Derecho Romano, que en esos casos éste "...admite el eclipse y transige con la amnistía u otorga su propia dispensa, y en remordimiento de su crueldad coordina salvedades inocentes, o saludables, o egófstas, que lo hacen de hecho blando, equitativo y prudente" ⁽¹⁴²⁾.

Y si como enseñaba Aristóteles, para alcanzar la justicia se exige distinguir entre los que no son iguales ⁽¹⁴³⁾, esta normativa especial es definitivamente virtuosa por la ecuanimidad que refleja el tratamiento disímil en hipótesis de auténtica asimetría.

VII. Conclusiones

I.- Los diversos ángulos desde los cuales puede abordarse el tema del error en la ciencia jurídica suelen dificultar la comprensión integral del fenómeno.

II.- En el "error iuris", el sujeto ignora por completo la preceptiva del derecho objetivo aplicable a una realidad particular, o bien tiene una falsa noción de aquélla, ya sea respecto de su existencia, vigencia, interpretación o adecuación al supuesto de hecho.

(141) Ver: BIDART CAMPOS, GERMÁN J., "Los derechos de los pueblos indígenas argentinos", LA LEY, 1996-B, 1205 y sigs.

(142) SÁNCHEZ PEGUERO, C., "Los orígenes del art. 2° de nuestro Código Civil", Revista de Derecho Privado, t. XVI (enero - diciembre de 1929), Madrid, Mayo de 1929, ps. 145 a 148, la cita es de p. 147.

(143) ARISTÓTELES, "Ética Nicomaquea", versión española e introducción de Antonio Gómez Robledo, Ed. Porrúa, México, 1997, en el Libro V, "De la justicia", Apartado III, en p. 61.

III.- Analizado el error como vicio de la voluntad, la doctrina argentina debate, de "lege data", acerca de su relevancia para provocar la anulación del acto jurídico. La tesis tradicional o restrictiva, propugna que existe un principio general según el cual el error de derecho no puede ser invocado, salvo que la ley expresamente lo autorice, excepciones cuya interpretación debe ser estricta. En las antípodas, la tesis amplia admite su alegación si se puede calificar a aquél como esencial y excusable y, para algunos, sólo si ha sido la causa única o principal del acto.

IV.- Adherimos a la tesis restrictiva que se fundamenta en los arts. 20 y 923 del Código Civil, atribuyéndole especial fortaleza a la influencia, muchas veces soslayada, que Freitas determinó en la obra codificadora de Vélez Sársfield, en particular en la regulación del error.

V.- Con sustento en el art. 17 inc. 3° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por la República Argentina mediante la ley 24.071, consideramos que los pueblos indígenas argentinos están exceptuados de la regla general de la inexcusabilidad del error de derecho. Ello, en los casos en que se pretenda la anulación de un acto que involucre los derechos posesorios o de propiedad sobre las tierras que se les hayan adjudicado de acuerdo a la Constitución Nacional (art. 75 inc. 17) o a normas de inferior jerarquía que le hayan precedido (vgr., en la ley 23.302).

VI.- Los tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes (art. 75 inc. 22 C. N.), razón por la que la preceptiva de la Convención N° 169 tiene prioridad sobre las reglas generales del Código Civil.

VII.- Creemos que se justifica la excepción subjetiva, que favorece a las comunidades aborígenes argentinas, como discriminación indirecta, en razón de la distinta concepción que subyace en torno de la cuestión de la propiedad de la tierra; y también frente a la necesidad de promover y consolidar definitivamente una sociedad que se asiente en el modelo pluricultural y que respete las diferencias de sus distintos integrantes.



EL VICIO DE ERROR Y LOS REQUISITOS DE EXCUSABILIDAD Y RECONOSCIBILIDAD

POR ALBERTO J. BUERES

- I -

Desde antiguo, el estudio de la teoría del negocio jurídico llevó a la doctrina a proponer un criterio antitético entre el hecho síquico y el hecho exterior (vale decir, entre **voluntas** y **verba**). Está claro que si se siguen concepciones dogmáticas, las tesis voluntaristas y declaracionistas captadas singularmente no son de recibo. Las primeras posibilitarían invalidar el negocio ante la falta de sustancia sin otras exigencias, mientras que las segundas –por caso– no dejarían resquicio para aducir la existencia de vicios de la voluntad.

La teoría de la voluntad real aparece en el derecho romano cuando progresivamente se va superando el formalismo, tiene aceptación en las obras de Savigny y Windscheid (**willenstheorie**) –matizaciones al margen– y cobra fuerza con la sanción del Código Civil francés a través de sus comentaristas –exégetas y dogmáticos–, hasta tal punto que se la llegó a denominar **teoría francesa**. En verdad, este criterio no desconoció ni pudo desconocer que la declaración es imprescindible para configurar una voluntad jurídica, pues el mero **propositum in mente retenta** (art. 897 del Cód. Civil) no tiene ningún significado si no se exterioriza (art. 913). Pero lo cierto es que los defensores del voluntarismo consideraron que la declaración era un simple signo externo que servía, tan sólo, para probar el hecho síquico (elemento accesorio). De donde, producida una desarmonía entre **voluntas** y **verba**, ha de darse prevalencia a la primera ⁽¹⁾. Este es

(1) Se ha dicho que los desacuerdos entre la voluntad y la declaración conducen no ya a la eficacia de la primera –que no fue declarada– sino a la ineficacia de la segunda; JORDANO FRAGA, FRANCISCO, *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales*, Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1988, p. 37.

el sentido de privilegiar la sustancia por sobre la apariencia⁽²⁾. Si esta posición fuese llevada hasta sus últimas consecuencias (**non videntur qui errant consentire**), cosa que ningún ordenamiento jurídico realiza, todo error sin cortapisas sería causal de anulación del acto –como dijimos–, la interpretación negocial atendería de foma exclusiva a la intención de las partes; la reserva mental (deliberada o no deliberada) generaría la ineficacia del acto y, en fin, el acto simulado nunca se mantendría en pie⁽³⁾.

La teoría de la declaración (**erklaurungstheorie**) nace muy pocos años antes de entrar en vigor el B.G.B., razón por la cual –tal vez– algunos autores estiman que éste adoptó la teoría de la declaración, lo cual no parece exacto, ya que el Código tudesco, como veremos, no difiere del Código Civil francés en muchos aspectos⁽⁴⁾. De adoptarse la teoría de la declaración en grados de intensidad⁽⁵⁾, el acto simulado resulta obligatorio para las partes y no puede dejarse de lado por un contradocumento u otras pruebas, la reserva mental no conmueve la eficacia del acto, la interpretación negocial responde a criterios objetivos y los vicios de la voluntad no tienen relevancia⁽⁶⁾. Además, valdrían las declaraciones **animus iocandi**, escénicas o ejemplificativas, todo lo cual importaría retrocer a los tiempos anteriores a la **lex aquilia**, en la medida en que las condiciones internas de la voluntad que menciona el art. 897 carecerían de significado⁽⁷⁾. Esta manera de apreciar las cosas convertiría el negocio jurídico en un maniquí sin vida⁽⁸⁾. Se ha intentado matizar las posiciones bipolares mencionadas y, por un lado, se esbozó la teoría de la responsabilidad, con arreglo a la cual, lo trascendente es el hecho síquico, aunque si hay una divergen-

(2) ALBALADEJO, MANUEL, *Derecho civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 1983, t. I, vol. 2do., ps. 228 y 229.

(3) RIEG, ALFRED, *Le rôle de la volonté dans l' acte juridique en droit française et allemand*, Ed. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1961, p. 7 y ss.; MAZEAUD, HENRI ET LEON- JEAN- CHABAS, FRANÇOISE, *Leçons de droit civil. Obligations. Théorie générale*, Ed. Montchrestien, Paris, 1993, t. II, vol. I, nro. 122, p. 106; JORDANO FRAGA, ob. cit., p. 38.

(4) MAZEAUD-CHABAS, ob., t. y vol. cit., nro. 123, p. 106 y siguientes.

(5) DANZ, ERICH, *La interpretación de los negocios jurídicos*, Ed. Revista de Derecho Privado, trad. F. Bonet Ramón, Madrid, 1955, p. 28.

(6) PICASSO, SEBASTIÁN, en BUERES, ALBERTO J. (Dirección)-Highton, Elena I. (Coordinación), *Código Civil y leyes complementarias, Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1998, t. 2-B, p. 459.

(7) BREBBIA, ROBERTO H., *Hechos y actos jurídicos*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1979, t. I, p. 201.

(8) SANTORO PASSARELLI, F., *Doctrinas generales del derecho civil*, Ed. Editorial Revista de Derecho Privado, trad. A. Luna Serrano, Madrid, 1964, p. 168.

cia entre éste y la declaración **por culpa** del emisor de la voluntad, cuadra tenerlo vinculado a la susodicha declaración. Este temperamento, en el que todavía subyace una filosofía individualista⁽⁹⁾, hace pesar sobre el declarante su **autorresponsabilidad**.

Bajo otra luz, la teoría de la confianza (**affidamento**) decide que lo determinante es la declaración, puesto que si esa confianza tuvo lugar, el aspecto social del negocio se encuentra satisfecho y ello es fundante de su relevancia jurídica. Pero si el destinatario de dicha declaración actuó con culpa, no media razón para sacrificar la voluntad real (esto se enlaza con el asunto de la reconocibilidad que infoman los arts. 1428 y 1431 del Cód. Civil italiano de 1942). Santoro Passarelli, refiere que la solidaridad social permite en estos casos extraer un principio basado en el **riesgo** del declarante, por la confianza que genera en el receptor o en otro interesado en la declaración. No se trata de una responsabilidad por culpa sino de una responsabilidad objetiva sustentada en el interés activo (**cuus commoda, eius periculum** –o **eius incommoda**–) del sujeto que emprende una actividad susceptible de generar confianza⁽¹⁰⁾.

Existe otra teoría –aproximada, según algunas opiniones, a la de la declaración– que propone reemplazar la expresión **manifestación de voluntad** por la de **declaración de validez=obligatoriedad(geltungstheorie)**. En tal inteligencia, la declaración de validez no es simplemente la exteriorización de una actitud síquica, sino un auténtico instrumento para regular intereses entre las partes (una voluntad preceptiva, que siempre establece algún poder o deber o algún no poder o no deber). Antes de ser declarada la voluntad (síquica) no existe como norma, pues la configuración de ésta reclama un signo externo que la revele. En contra de esta afirmación, se sostuvo, que la vigencia del negocio jurídico no descansa en la voluntad de quien la declara sino en la voluntad del Derecho. De todos modos, esta objeción es estéril, pues el negocio jurídico –como hecho jurídico– es un acto de autonomía privada en los límites autorizados por el ordenamiento jurídico⁽¹¹⁾. La teoría de la vigencia, atribuida en su origen a Bülow, ha sido defendida por Larenz, entre otros, y en relación con ella se expresó que concluye con el falso desdoblamiento (o dualismo) entre voluntad y declaración. Hay una unidad, pues la declaración de voluntad comprende el hecho síquico y el hecho externo, y ninguno de ellos tiene significación por

(9) SANTORO PASSARELLI, ob.cit., p.169.

(10) Ob. cit., p. 170.

(11) FLUME, WERNER, *El negocio jurídico*, Ed. Fundación Cultural del Notariado, trad. José María Miquel González y Esther Gómez Calle, Madrid, 1998, ps. 86 y 87. Hemos sostenido este criterio en BUERES-HIGHTON, ob. y t. cit., p. 379 y ss., 388 y ss.557 a 565.

separado. Estas ideas tienen el mérito de resaltar que no cabe formular una escisión entre los componentes de la voluntad, a efectos de sostener como **dogma** el voluntarismo o el declaracionismo y, asimismo, de puntualizar que la declaración no es la sencilla comunicación de una actitud anímica, puesto que se trata de una comunicación con valor preceptivo. No obstante, todo esto es relativo, puesto que Savigny y Windscheid no ignoraban los mencionados extremos. Ciertamente, la teoría de la vigencia no se diferencia en esencia de la teoría de la declaración o, lo que es igual, está en franca oposición con la teoría de la voluntad, por ejemplo, a la hora de dar solución al problema del error. Savigny pensaba que en la declaración de voluntad errónea no hay voluntad **real** sino una falsa apariencia y, por ende, procede como consecuencia disponer la nulidad, en tanto que los partidarios de la teoría de la vigencia señalan que aun promediando error existe siquiera en principio una configuración jurídica válida, que sólo puede ser eliminada por nuevo acto, concretamente, por la impugnación; y con ello concluiría la dicotomía voluntad y declaración. En rigor, la teoría de la declaración parte de la base de que se protege la confianza, mientras que la teoría de la vigencia justifica el mantenimiento del acto en razón de que el declarante quiso poner voluntariamente una declaración ⁽¹²⁾. Comoquiera que, el problema del error no se resuelve con criterios **dogmáticos** sino **flexibles**, pues no puede dejarse de lado que la declaración o, en todo caso, la declaración de validez, es tutelada en la medida en que es una obra libre y espontánea de sus autores o, como se ha dicho, del **querer** éstos ⁽¹³⁾.

Creemos que esa unidad entre la actitud síquica y la exteriorización de ella, descarta la defensa de posiciones extremas dogmáticas (la voluntad o la declaración). Ni el derecho es la voluntad ni podemos retornar al primitivo formalismo romano. La confianza no puede erigirse en elemento estructural del negocio en reemplazo de la voluntad, ni el negocio (bilateral) es la coincidencia de dos declaraciones puramente formales. No hay crisis del contrato como acuerdo de voluntades, sino que hay casos en los que una de éstas se tiene por eficaz, por tal, más allá de que su emisor haya incurrido en error, en tanto en cuanto el vicio carezca de entidad por defecto de los requisitos relevantes. Tampoco cabe recurrir al ecleticismo simplista de considerar que la voluntad real es la regla y la declaración resulta excepcional o a la inversa ⁽¹⁴⁾.

(12) FLUME, ob. cit., ps. 88 y 89.

(13) OPPO, GIORGIO, *Adempimento e liberalità*, Ed. Giuffrè Editore, Milano, 1947, ps. 379 y 380.

(14) PIETROBON, VITTORINO, *El error en la doctrina del negocio jurídico*, Ed. Revista de Derecho Privado, trad. Mariano Alonso Pérez, Madrid, 1971, ps. 24 y ss., 36 y 37, 51 y 52 y 86 y ss., en especial.

En este orden de ideas, resulta aceptable que se aplique un criterio eclético alejado de todo **dogma**, que por aplicación del más amplio sentido de equidad o, si se prefiere, de justicia, proteja los intereses de las dos partes. A tal efecto, hay que tener en cuenta que los intereses regulados por el negocio deben ser obra libre y espontánea de sus autores ⁽¹⁵⁾. Asimismo, debe considerarse la responsabilidad (o autorresponsabilidad) del emisor de una voluntad, que debe comportarse en el mundo de los negocios con la diligencia que le impone la buena fe lealtad (o buena fe objetiva); y también corresponde atender a la confianza que la declaración inspira en el receptor debido a la apariencia que de ella proviene. La confianza –tal como señalamos– no es un elemento estructural del acto, pues se trata de un **quid** extrínseco que permite –junto con otras pautas– determinar cuando la voluntad, síquica y externalizada (el todo), pese a la falta de coincidencia entre esas facetas, se tiene por emitida tal como la pudo captar un destinatario diligente ⁽¹⁶⁾. Finalmente, también tiene incidencia para dilucidar las cuestiones el interés general, que impone seguridad y certeza en **el tráfico jurídico**: mantener una voluntad defectuosa por lo declarado tiene lógica no porque se oponga al principio de la voluntad, sino a causa de que con sacrificio del susodicho principio en unos pocos casos, se lo hace más ágil, fluido y seguro en la inmensa mayoría de las situaciones en las cuales la actitud síquica y su externalización coinciden ⁽¹⁷⁾. Por lo que respecta a la confianza inspirada por la apariencia, se ha dicho en nuestro medio que ella surge, por ejemplo, del art. 473 (el acto otorgado por un demente interdicto antes de la demencia si ésta no era notoria; o si quien contrató con un insano actuó con buena fe y a título oneroso). También se invoca en esa dirección el art. 474 (que estatuye la validez de los actos realizados en vida por una persona incapaz que falleció, a menos que la incapacidad dimane de los mismos actos, que se hubiera interpuesto con anterioridad el pedido de declaración de incapacidad o que quien contra-

(15) Díez- PICAZO, LUIS, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción a la teoría del contrato*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, vol. I, p. 155.

(16) Es indudable que también la confianza es un connotado de la buena fe - el receptor debió comportarse como un hombre razonable y diligente que tuvo en mira todas las circunstancias que podía reconocer- (JORDANO FRAGA, ob. cit., p. 46; REZZÓNICO, JUAN CARLOS, *Principios fundamentales de los contratos*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 378; Pietrobon, ob. cit., p. 108 -quien exalta la confianza como un principio superior de justicia sustancial que lo enlaza con el derecho natural, y refiere que la buena fe es una de las cláusulas generales, que se embeben de la aequitas y del derecho natural, y se traducen en derecho positivo (ps. 116 y 117)-.

(17) SACCO, RODOLFO, *Affidamento*, Enciclopedia del Diritto, Giuffrè Editore, Milano, 1958, I, ps. 661 a 666.

tó con el difunto hubiera obrado de mala fe). A su vez, el art. 932, inc. 4to., exige que el dolo sea grave, y el art. 996 que la simulación en los actos jurídicos no perjudique a terceros. Dentro de este plexo normativo puede incluirse el pago aparente ex art. 732, y la protección del subadquirente de inmuebles a título oneroso y de buena fe que prevé el art. 1051⁽¹⁸⁾.

- II -

Tradicionalmente, una buena parte de la doctrina distinguió el error obstáculo (o impropio) del error vicio, y algunos autores estimaron que el primero de ellos no requiere para determinar la invalidez del acto la exigencia de excusabilidad, mientras que otros conceptúan –con razón– que dicha exigencia es necesaria a los efectos apuntados en las dos especies de error. La inecesidad de que el error impropio sea excusable fue sostenida por Savigny, quien tuvo adhesiones en nuestro medio y en el derecho comparado. No obstante, la opinión tendente a cobrar hegemonía refiere que la excusabilidad es siempre necesaria para impugnar útilmente el acto⁽¹⁹⁾.

Por otra parte, hay quien sostiene que en los supuestos de error obstáculo la sanción es la inexistencia, en tanto que bajo otra óptica se cree que la categoría de la invalidez es la nulidad absoluta⁽²⁰⁾. En el derecho positivo italiano la sanción es la anulabilidad y no la nulidad radical. Esta opción del legislador, unida a la consagración de la reconocibilidad del error, implican un distanciamiento visible de la clásica formulación de la teoría de la voluntad –real–. Nosotros creemos que la solución es válida para el derecho argentino, pues el Codificador no contempló una diversidad de tratamiento según que exista el cruce entre la voluntad y la declaración o la simple suposición de que hay una calidad o cualidad que se

(18) PICASSO, ob y t. cits., ps. 464 y 465 –el autor resalta asimismo la protección de terceros en general, la del débil jurídico y la del consumidor–. Por su lado, JORDANO FRAGA, para el derecho español, propone una teoría general de la apariencia extraída de un conjunto de principios normativos, y en virtud de ella concluye que en ese medio jurídico se encuentra legalmente implícito el requisito de reconocibilidad del error. Con respecto a la apariencia, menciona las transmisiones *a non domino*, el pago hecho por un deudor de buena fe a un acreedor aparente –que libera al primero– (art. 1164, Cód. Civil español), el supuesto de la persona que queda vinculada a un tercero de buena fe, sin su voluntad o en contra de ella, en virtud de lo actuado por el representante aparente (art. 1738, Cód. citado), etc. –ob. cit., ps. 35 y 36, y 96 a 102–.

(19) BREBBIA, ob. y t. cits., p. 295; LÓPEZ OLACIREGUI, JOSÉ MARÍA, en SALVAT, RAYMUNDO M., *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, Ed. Tea, Buenos Aires, 1964, t. II, nro. 2304, E), p. 539.

(20) En el sentido de que la nulidad es absoluta, véanse: JORDANO FRAGA, ob. cit., p. 144; BREBBIA, *Ibidem*, p. 292 y siguientes.

imagina diferente en el proceso mental interno –arg. arts. 897, 900 y 913–. Luego, en ambas especies conceptuales de error no hay voluntariedad⁽²¹⁾.

- III -

Para caracterizar la relevancia invalidante del error existen varios sistemas, cuya descripción sintética es la que sigue. A) El Código Civil alemán, no exige la excusabilidad del error para impugnar el acto y obtener su nulidad –ni siquiera la culpa grave del que yerra impide la trascendencia del vicio (art. 119)–. Tampoco para estos fines se requiere que el error sea reconocible para el destinatario de la declaración. Conviene precisar que la relevancia del error en el sistema del B.G.B., si bien no se funda en la excusabilidad del declarante introduce la noción de **razonabilidad**, con arreglo a la cual el errante “de haber conocido la situación o de haber valorado razonablemente el caso” no habría emitido la declaración del modo que lo hizo (art. 119. I). En el Protocolo se indica que “El Derecho no puede garantizar la protección de desvaríos meramente subjetivos del que yerra, cuya reclamación en perjuicio de la otra parte no pocas veces es inmoral, sino sólo en el interés razonable del que incurre en error”. Es presupuesto de la relevancia del error que éste sea la causa de la exterior-

(21) PUGLIATTI, SALVATORE, *I fatti giuridici*, Ed. Giuffrè Editore, revisión y aggiornamiengto di Angelo Falzea, Milano, 1996, p. 93; Pietrobon, ob. cit., ps. 10 a 13 –y referencia al art. 1433 del Cód. Civil italiano–. En nuestro país, véase en esta dirección: LÓPEZ OLACIREGUI, en ob. y t. cits., nro. 2304, E), F) y G), p. 539; CIFUENTES, SANTOS, *El negocio jurídico*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 435.

En ocasiones, el error y el dolo se regularon fusionados. A veces el error absorbe al dolo –error provocado–; en otros casos el dolo difumina el error –por ejemplo, en la *misrepresentation* del derecho anglosajón–. En verdad, el error tiene un origen histórico diverso al del dolo, pues aquél aparece en el derecho romano tardío, mientras que el dolo surge con anterioridad desempeñando una función punitiva (*actio y exceptio doli*); en el derecho intermedio el dolo es considerado un acto ilícito (Pothier preconizaba para el error y la violencia la nulidad y para el dolo la rescisión). Con la sanción del Código Civil francés, el dolo se divulga como vicio de la voluntad, y así lo disciplina nuestro Código. Bajo otra luz, es justificable una regulación del error diversa de la del dolo como vicios. La esencialidad, la excusabilidad y hasta la reconocibilidad del error no figuran en las exigencias del dolo, sin defecto de que el principio de la confianza, por excepción, se vislumbre en los sistemas que admiten la validez del acto cuando el dolo es cometido por un tercero. En cuanto a la excusabilidad, en el error se tiene en cuenta si el defecto es salvable con un obrar diligente, mientras que en el dolo se computa si las maquinaciones son de una tal entidad como para engañar a una persona normal. La alternativa en el dolo se plantea entre contratante honesto y contratante confiado, y en el error entre contratante diligente y contratante negligente (ver: ROJO AJURIA, LUIS, *El dolo en los contratos*, Ed. Civitas, Madrid, 1994, p. 170 y siguientes).

rización de la voluntad, a cuyo efecto se presume que el declarante equivocado es un **reasonable man** ⁽²²⁾. Comoquiera que, si el perjudicado no conoció el vicio o no lo pudo conocer obrando con diligencia, dada la impugnación del errante, aquél tiene derecho a una indemnización (art. 122), que no reconoce génesis en la culpa "in contrahendo" –puesto que no hay imputación subjetiva alguna– sino que se fundamenta –según las miras– en el principio de causación o en el hecho del que ha emitido una declaración negocial y ha dado a otro su palabra ⁽²³⁾.

B) El Código Civil italiano ha suprimido el recaudo de excusabilidad para la relevancia del error, y sólo requiere que éste sea esencial y reconocible (art. 1428). De tal manera la anulación del acto depende de la mala fe del receptor de la declaración, puesto que si el susodicho agente actuó con diligencia se privilegia la confianza (art. 1431). El requisito de reconocibilidad está estrechamente ligado a la tutela de la confianza, y representa un correctivo (o un modo de atemperar) puesto por el ordenamiento en beneficio del declarante en el sentido de que éste puede pretender del destinatario el uso de la normal diligencia para bloquear la relevancia del error. Cuando no existen cuestiones de confianza a proteger, como sucede en los actos unilaterales sin destinatario determinado o en los negocios familiares en los cuales predomina una plena libertad en el querer, la relevancia del error depende, como en los sistemas tradicionales, de la excusabilidad de la conducta del errante (esta exigencia de la excusabilidad se encuentra expresamente establecida en el art. 2036, ap. 1.º., para los casos de repetición del indébito subjetivo, vale decir, para quien haya pagado por error una deuda ajena) ⁽²⁴⁾. La prueba de la esencialidad y de la reconocibilidad del error corre por cuenta del que yerra –con respecto a esta última sólo debe demostrarse la reconocibilidad abstracta (culpa), no siendo entonces necesario hacer patente que el receptor de la declaración conoció el vicio de forma efectiva ⁽²⁵⁾. Asimismo, la prueba del conocimiento efectivo del error absorbe la de la reconocibilidad abstracta, no obstante que el defecto no fuese reconocible con la diligencia normal ex art. 1431 (y concordante art. 1394).

(22) FLUME, ob. cit., ps. 500 y 501.

(23) FLUME, ob. cit., ps. 503 y 504.

(24) RESCIGNO, PIETRO, *Manuale di diritto privato*, Ed. Kluwer Ipsoa - a cura di Gianpiero Paolo Cirillo, Milano, 2000, nro. 78, p. 263.

(25) BARCELLONA, PIETRO, *Profili della teoria dell' errore nel negozio giuridico*, Ed. Giuffrè Editore, Milano, 1962, p. 226 y siguientes.

C) En el derecho nacional el error que ocasiona la anulación del acto debe ser, además de esencial, excusable. Por tanto, se ha pretendido resguardar al destinatario de la declaración cuando el que la emite erró por "una negligencia culpable" –según la defectuosa terminología empleada por el art. 929–. El B.G.B. propugna en la materia una concepción voluntarista –pese a que muchas veces se dijo que ese cuerpo legal consagró ideas declaracionistas–; el Código italiano atenúa sensiblemente el voluntarismo; y, en fin, nuestro Código Civil defiende la voluntad del errante con lógicas exigencias que se encontraban en boga durante el siglo 19 (e incluso antes) y que perduraron en cierta medida en el siglo 20.

Por su lado, el Código Civil francés perfila el error en el art. 1110, sin mencionar de forma explícita la inexcusabilidad, aunque la doctrina en general dio por sobreentendido que esa exigencia se halla implícita ⁽²⁶⁾. Tampoco el Código Civil español reclama la excusabilidad del error –ni, por obvias razones cronológicas la reconocibilidad–, aunque sin embargo la doctrina acepta sin reservas la primera y también en algunas casos y con matizaciones varias la segunda.

-IV-

Comparando los sistemas legislativos, se advirtió que en el derecho italiano si el error no es reconocible el negocio conserva su eficacia, mientras que en el ámbito del B.G.B. la excusabilidad (o inexcusabilidad) es intrascendente y, por ende, el acto viciado es inválido, pero si el receptor de la declaración no pudo reconocer el defecto –con un actuar diligente– tendrá derecho a reclamar el resarcimiento del daño negativo. En ambos casos las soluciones se fundan en la confianza que genera una declaración, en el riesgo que pone en acción la apariencia. Pero en Italia la confianza se tutela *in natura* y en Alemania se lo hace de manera sustitutiva o reparatoria. La alternativa entre las dos líneas mencionadas parece incompatible, de donde la opción por una de ellas supone el rechazo de la otra. Si el negocio se mantiene en pie a pesar de las anomalías de la voluntad no cabe el resarcimiento de los daños, en tanto que si dicho acto se invalida es procedente la indemnización ⁽²⁷⁾. Según Jordano Fraga, en el derecho español la valoración se centra entre el asunto de la validez o invalidez del negocio y no en función del resarcimiento de daños. De ahí

(26) El viejo Código italiano de 1865 sigue igual cauce, y ello generó alguna perplejidad en la doctrina, ver, por caso, DE CUPIS, ADRIANO, *La scusabilità dell' errore nei negozi giuridici*, Ed. Cedam, Padova, 1939, p. 41.

(27) JORDANO FRAGA, ob. cit., ps. 169 a 172.

que cuando concurre la responsabilidad del declarante y la confianza inculpable del destinatario el contrato se mantiene, y en los restantes casos se invalida, sin que haya resquicio para reclamar una indemnización⁽²⁸⁾. El autor parte de la premisa de que el ordenamiento jurídico hispano permite combinar adecuadamente la autorresponsabilidad del emisor de la declaración y la confianza diligente del receptor (excusabilidad y reconocibilidad)⁽²⁹⁾. Y de esa concurrencia de recaudos extrae las siguientes conclusiones: a) Si hay error excusable del declarante y confianza inculpable del receptor –buena fe–, prevalece el obrar diligente del primero y procede la nulidad del acto. b) Si hay error excusable del declarante y confianza culpable del receptor –mala fe– el acto se invalida. c) Si hay error inexcusable del declarante y confianza culpable del receptor –mala fe– es posible solicitar la nulidad. Y d) Si hay error inexcusable del declarante y confianza inculpable del receptor –buena fe– el negocio viciado **mantiene su vigencia (trascendencia de la confianza proveniente del obrar diligente)**. En ninguno de todos estos supuestos es pertinente pretender una indemnización de daños⁽³⁰⁾.

- V -

Consideramos que en el derecho argentino el error debe ser esencial y excusable. La interpretación de las normas del Código Civil, por más funcional que sea, no deja traslucir una solución de signo diverso –que permita, por caso, admitir la reconocibilidad del error al modo en que lo hace el Código Civil italiano–.

No obstante, pensamos que si a consecuencia de un error esencial y excusable el acto se anula, por estar afectada la intención (arts. 897 y 900), el destinatario de la declaración viciada puede solicitar la indemnización de equidad que disciplina el art. 907, párr. 2do., cuando actuó de buena fe,

(28) JORDANO FRAGA, ob. cit., p. 169 y siguientes.

(29) JORDANO FRAGA, ob. cit., ps. 96 a 103. El recaudo de reconocibilidad, con variantes de fondo y detalles, también ha sido aceptado por otros autores españoles. Véanse: Díez-PICAZO, ob. cit., p. 178; LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS, *Elementos de derecho civil. I. Parte general*, Ed. Dykinson, Madrid, 1999, p. 160. Por su parte, ANTONIO MANUEL MORALES MORENO (*El error en los contratos*, Ed. Ceura, Madrid, 1988, ps. 232 a 234), estima que si bien la reconocibilidad no debe ser entendida como en el derecho italiano, lo cual significa que la confianza no se protege -en el derecho hispano- en términos absolutos, resulta oportuno tener en cuenta la conducta de la parte que no sufre el error, puesto que la buena fe impone a ésta ciertos deberes de colaboración para evitar que la contraparte incurra en un yerro.

(30) JORDANO FRAGA, ob. cit., ps. 100 y ss. y 170 a 176.

es decir, cuando no pudo descubrir el error con un obrar activo inculpable. Este es sin duda un modo atenuando de dar relieve a la reconocibilidad del error dentro del marco normativo que nos ofrece el derecho vigente.

Quid iuris: ¿qué se entiende por error excusable? La doctrina evidenció sobre el respecto una cierta perplejidad para nosotros injustificada. Orgaz ha dicho que el art. 929 habla de inexcusabilidad cuando el error proviene de “una negligencia culpable” (**consideramos que hablar de negligencia y de culpa –“culpable”– es tautológico**). Luego, la cuestión está relacionada con la culpa. Ahora bien, el autor citado estima que el concepto no puede asimilarse a la culpa aquiliana que contempla el art. 1109, la cual, de acuerdo con algunas opiniones –que el mismísimo Orgaz parece objetar, y si lo hiciera llevaría razón– supone que el agente responde de toda culpa, incluso hasta de la culpa levísima. Por tanto, en este caso particular el elemento subjetivo no es la culpa leve que consagra como regla general el art. 512, conectado con el art. 902, sino que debe tratarse de “una gran negligencia” o de “una grave negligencia” –como afirmaba Savigny–⁽³¹⁾. Nosotros entendemos que estas ideas involucran una petición del principio, pues la culpa del Código Civil es la de los mencionados arts. 512 y 902. Si por medio del art. 929 se hubiera querido configurar una culpa lata o grave, esto debió ser explicitado en el texto, como se lo hace en otras normas que se apartan de la regla general contraria a la prestación de la culpa, y aluden, por ejemplo, a la culpa grave o a la culpa leve en concreto⁽³²⁾. Además, el carácter restrictivo que prima a la hora de conferir relevancia al error exige extremar el rigor en las exigencias de los recaudos que factibilizan la anulación de los negocios jurídicos⁽³³⁾.

(31) ORGAZ, ALFREDO, *El requisito de “inexcusabilidad” del error como vicio de la voluntad*, LL, 71- 3 a 5. En igual sentido: COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H., *El negocio jurídico*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, ps. 234 y 235; BREBBIA, ob. y t. cit., ps. 356 y 357 –quien recuerda el distinguo del derecho romano entre *error tolerabilis* y *error inexcusabilis*–; CIFUENTES, ob. cit., ps. 238 y 239 –autor que manifiesta que la culpa no debe necesariamente ser crasa, grave o proveniente de una supina ignorancia, pero añade que la conducta debe exceder “el nivel medio de tolerancia” –con lo cual parece admitir que el juzgamiento se realiza por el rasero del nivel superior al de la culpa leve –o media- quizás esto deja un tanto en penumbras las precisiones acerca del pensamiento del autor, pues si hay un “exceso en el nivel medio”, la especie se aproxima a la culpa levísima, mientras que si el obrar se pondera por debajo del susodicho “nivel medio”, hay una proximidad con la culpa lata (o grave).

(32) BUERES, en BUERES-HIGHTON, ob. y t. cit., p. 146 y siguientes.

(33) RESCIGNO, ob. cit., nro- 78, p. 263; Sacco, Rodolfo, en *Trattato di Diritto Privato*, directo da Pietro Rescigno. *Obbligazioni e contratti*, 10, Ed. Utet, Torino, 1998, vol. 2do., p. 190; GALGANO, FRANCESCO, *Diritto civile e commerciale*, vol. 2do. *Le obbligazioni e i contratti*,

Por otro lado, Orgaz dice que el acto erróneo excluye la intención y es involuntario⁽³⁴⁾. Y más adelante, remata sus ideas señalando que la excusabilidad tiene en mira la protección del otro agente del acto en razón de su buena fé. Si este último conoció o pudo conocer el vicio, desaparece el interés de la ley en protegerlo y, en consecuencia, ya no interesa que el error sea excusable o inexcusable para habilitar el pedido de anulación en beneficio del errante⁽³⁵⁾. Desde otra contemplación, Bustamante Alsina, para nosotros con acierto, resalta que si el error es excusable para el declarante y reconocible para el receptor, prosperará la anulación del acto, pero si hay inexcusabilidad (y reconocibilidad) no podrá requerirse la susodicha invalidez –con lo cual el autor apuntala a pies juntillas el recaudo de excusabilidad–⁽³⁶⁾.

- VI -

Hemos señalado **de lege lata** que en nuestro Derecho el error relevante debe ser esencial y excusable. Y, amén de ello, que si el acto se anula y el receptor de la declaración es de buena fe (confianza inculpable), dicho sujeto, dada la involuntariedad del acto, puede reclamar una indemnización de equidad por el daño negativo que experimenta, en los términos del art. 907, párrafo segundo.

Por lo que respecta a la cuestiones **de lege ferenda**, se nos ocurre sugerir la incorporación normativa del requisito de reconocibilidad. Por tanto, de promediar confianza inculpable, el acto mantendría su vigor,

Ed. Cedam, Padova, 1993, t I., p. 310; Díez- PICAZO, ob. y t. cit., ps. 177 y 178. LÓPEZ OLACIREGUI no es muy explícito, pero dice que el otorgante de un acto debe actuar con prudencia y debido conocimiento de las cosas –sin otro aditamento– (*carga de conocimiento*). Luego, parece enrolarse en la posición analizada (ob. y t. cit., nro. 2338-A, p. 556).

(34) Esto es correcto, en la medida en que se predique que el acto es involuntario (arts. 897 y 900). Pero es desacertado en tanto y en cuanto el autor refiere que dicho acto involuntario es un “no acto”, un suceso asimilable al hecho natural, con lo cual se reitera un deshilvanado pensamiento del Codificador puesto en la nota al art. 900, tras una referencia al Código de Prusia de 1794, en donde se expresa que el acto practicado por un sujeto sin discernimiento, sin libertad (debió además agregarse sin intención) es un suceso fortuito, conclusión que carece de valor por estar vertida en una nota, y que se encuentra contradicha con nitidez por el art. 897, que clasifica los hechos humanos (actos) en voluntarios e involuntarios.

(35) ORGAZ, ob. cit., ps. 4 y 5; LÓPEZ OLACIREGUI, ob. y t. cit., nro. 2238-B, p. 558.

(36) BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *La esencialidad del error como presupuesto de nulidad*, LL, 95, Doctrina, 751 y siguientes.

más allá de que el declarante haya incurrido en responsabilidad (inexcusabilidad) o de que no haya sido responsable (excusabilidad).

En cambio, si el error es inexcusable y hay confianza culpable (mala fe), entendemos, a diferencia de lo que fluye de las disposiciones del Código Civil italiano y de cuanto piensa cierta opinión doctrinal (*supra.*, nota nro. 35, criterios de Orgaz y López Olaciregui), que cabe contemplar de forma explícita la posibilidad de conservar el acto (**favor negotii**) –**como creemos que ello acontece en el derecho que hoy nos rige**–, pues, por un lado, la ley no debe bonificar la mala fe de ninguna de las dos partes y, por otro lado, esto concuerda con el criterio estricto que corresponde adoptar cuando se confiere relevancia al error. Con arreglo a estas proposiciones, efectuadas **de lege ferenda**, el mantenimiento o la anulación del negocio, en cualquier caso que pueda presentarse, no otorga ningún derecho al supuesto perjudicado para solicitar indemnizaciones de daños.



DIVERGENCIAS ENTRE LA VOLUNTAD REAL Y SU DECLARACIÓN EN EL ACTO JURÍDICO MATRIMONIAL

EDUARDO A. SAMBRIZZI

I. Sobre la relevancia del consentimiento para la existencia del matrimonio

El consentimiento de los contrayentes es considerado fundamental para la celebración del matrimonio, lo cual es expresado con claridad en el art. 172 del Código Civil, que dispone que *es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por hombre y mujer ante la autoridad competente para celebrarlo* ⁽¹⁾. Más rico en contenido es, a nuestro juicio, el parágrafo 2. del canon 1057 del Código de Derecho Canónico, donde se expresa que *el consentimiento matrimonial es el acto de la voluntad, por el cual el varón y la mujer se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para*

(1) En el art. 14 de la ley 2393, en cambio, no se establecía que el consentimiento debía ser expresado en forma personal, ni tampoco que debía ser pleno y libre, expresiones estas últimas que fueron introducidas a propuesta del entonces Senador Fernando de la Rúa durante la discusión en el Senado de la actual ley 23.515, y que se encuentran en varias Convenciones internacionales, tales como en la Convención de Nueva York, ratificada por la ley 18.444 (art. 1°), la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 17, inc. 3°), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ley 23.313, art. 23, inc. 3°), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 16, inc. 2°). Tampoco se disponía en la ley 2393 que el consentimiento debía ser expresado por hombre y mujer, innovación esta que a pesar de alguna crítica expresada al respecto por entenderse ese requerimiento innecesario (VIDAL TAQUINI, CARLOS H., Matrimonio Civil. Ley 23.515, Buenos Aires, 1991,

constituir el matrimonio ⁽²⁾, habiéndose expresado al respecto en la parte II de la Encíclica *Casti Connubi*, que “el matrimonio tiene solamente lugar a través del libre consentimiento de ambos contrayentes”.

Ese consentimiento, que se encuentra en la base del Derecho matrimonial de todos los pueblos ⁽³⁾, no debe adolecer de vicios, ni puede quedar sujeto a modalidades ⁽⁴⁾, habiendo expresado Mazzinghi al respecto que “el origen consensual del matrimonio es un dato esencial, una característica que ninguna ley positiva puede menospreciar sin atentar gravemente contra la naturaleza de la institución” ⁽⁵⁾.

Si bien nuestra legislación no establece una noción específica del consentimiento matrimonial, puede afirmarse que el mismo consiste en el acto de la voluntad declarado por hombre y mujer por el cual ambos expresan su conformidad para unirse en matrimonio, suponiendo la coincidencia de voluntades que el consentimiento se encuentra ordenado a establecer la plena comunidad de vida que comporta el matrimonio. Aunque no es necesario que tengan plena conciencia de todas y cada una de las finalidades del matrimonio, que se considera celebrado desde la prestación del consentimiento por parte de los contrayentes ante la autoridad competente, debiendo además aquéllos ser personas jurídicamente hábiles para contraerlo.

No obstante la actual obviedad del concepto, cabe asimismo señalar que a diferencia del derecho romano clásico, no resulta necesario que el consentimiento expresado en el acto de la celebración del matrimonio, sea mantenido con posterioridad, lo cual ha sido considerado un aporte del cristianismo. Tampoco se exige la unión carnal para que se admita que

p. 116, n. 4.), debe ser considerado un acierto, sobre todo si tenemos en cuenta la legislación vigente en algunos países —tales como en Canadá, Bélgica, Suecia y Holanda, como también en el Estado de Massachussets en los Estados Unidos de América— que en forma ciertamente insólita, permiten la celebración del matrimonio entre dos personas del mismo sexo.

(2) Dispone asimismo el canon 1096 en su párrafo 1. que para que pueda haber consentimiento matrimonial, es necesario que los contrayentes no ignoren al menos que el matrimonio es un consorcio permanente entre un varón y una mujer, ordenado a la procreación de la prole mediante una cierta cooperación sexual.

(3) BUSO, EDUARDO, Código Civil Anotado, t. II, Buenos Aires, 1945, p. 68, n. 32.

(4) En el Derecho Canónico, en cambio, la validez del matrimonio (no su existencia) puede estar sujeta a una condición —que a diferencia de nuestra legislación (art. 528, Cód. Civil), puede consistir en un hecho pasado o presente—, siendo o no válido el matrimonio según que se verifique o no aquello que es objeto de la condición (canon 1102, párrafos 1 y 2).

(5) MAZZINGHI, JORGE A., «Expresión del consentimiento sin intención de contraer matrimonio», ED, 70-178, III.

existe matrimonio, aunque a ello se llegó luego de arduas discusiones doctrinarias, lográndose a partir del siglo XIII una síntesis, en el sentido de haberse reconocido al matrimonio como un sacramento verdadero y válido en virtud de la expresión del consentimiento, a pesar de lo cual, el mismo podía ser disuelto mientras no se hubiera consumado por el acto carnal.

II. El consentimiento para la celebración del matrimonio debe ser expresado mediante un acto voluntario

Hasta aquí señalamos sucintamente la relevancia del consentimiento para la celebración del matrimonio, que debe ser emitido mediante un acto de voluntad, el cual, para tener relevancia jurídica, debe exteriorizarse y ser dirigido a otro sujeto, reputándose que el acto es voluntario cuando es ejecutado con discernimiento, intención y libertad (art. 897, Cód. Civil).

El *discernimiento* consiste en la capacidad de comprender que tiene una persona, y como consecuencia, de distinguir y saber elegir entre las distintas opciones que se le presentan, así como para distinguir lo bueno de lo que es malo. Y si bien, como regla general, los actos lícitos se reputan hechos con discernimiento desde los 14 años de edad (arts. 127 y 921, Cód. Civil), en el caso del matrimonio puede darse un supuesto de excepción, pues de acuerdo al art. 167 el juez puede dispensar de las edades mínimas para contraer matrimonio, no habiendo esa norma fijado un límite mínimo al respecto, por lo que la dispensa podría ser otorgada a una persona menor de 14 años, reputándose en tal caso que la persona menor de esa edad que contrae matrimonio ha actuado con discernimiento, ya que es dable establecer excepciones a la norma general del art. 921 ⁽⁶⁾.

La *intención* es un paso posterior al del necesario entendimiento previo con relación a un acto determinado, y consiste en la decisión que asume la persona de realizarlo, o no. Mazzinghi afirma que la intención es la aplicación de la voluntad a un acto concreto, es el factor activo de la voluntad ⁽⁷⁾.

(6) Conf., MAZZINGHI, JORGE A., Derecho de Familia, 3ª edición, Buenos Aires, 1995 t. I, ps. 226 y sig., n. 96, c). Iribarne afirma, en cambio, que en el supuesto considerado no habría discernimiento, y por lo tanto, faltaría el consentimiento, que sería suplido por la ley (IRIBARNE, RAMÓN, El Matrimonio Civil comparado con el Canónico, Buenos Aires, 1965, p. 204).

También la *libertad* es necesaria para que se considere al acto como *voluntario*, implicando la misma la inexistencia de injerencias externas que pudieran torcer la intención de la persona que realiza el acto, en el caso, la de quien presta el consentimiento para contraer matrimonio⁽⁸⁾.

Ese acto voluntario de expresión del consentimiento debe ser *declarado*, o sea, manifestado externamente, disponiendo a ese efecto el art. 913 del Código Civil que *ningún hecho tendrá el carácter de voluntario, sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste*. Por otra parte, la voluntad de los contrayentes debe ser *positiva*, en el sentido de que deben declarar⁽⁹⁾ que se toman como esposos (arts. 188, párr. 3°, y 191, inc. 7°, Cód. Civil), aunque la ley no ha establecido a ese efecto una forma especial, habiéndose permitido en el caso de las personas sordomudas que la expresión de la voluntad sea hecha *por escrito o de otra manera*, siempre que sea *en forma inequívoca* (art. 166, inc. 9°). En tal sentido, el art. 917 establece que *la expresión positiva de la voluntad será considerada como tal, cuando se manifieste verbalmente, o por escrito, o por otros signos inequívocos con referencia a determinados objetos*.

III. Falta de concordancia entre la voluntad declarada y la interna

a) Planteamiento del tema en general.

Si bien no es lo que usualmente ocurre en la práctica, lo cierto es que puede pasar que una o ambas partes intervinientes en un acto jurídico exterioricen una voluntad en un determinado sentido, que no concuerde con lo que internamente entienden convenir. En esos supuestos, son dos las soluciones que admite la doctrina de nuestro país con relación a esa situación, una de las cuales, que podríamos denominar *clásica*, considera que esa falta de concordancia podría llevar a la nulidad del acto, mientras que la otra corriente entiende que lo que prevalece es la voluntad declarada, por lo que aun cuando dicha voluntad difiriera de lo que cada una de las partes quiso en su fuero interno, aquélla es la que tiene preeminencia.

A diferencia del Código Civil alemán que en el parágrafo 116 dispone que *una declaración de voluntad no es nula por el hecho de que el decla-*

(7) Derecho de Familia, cit., t. I, p. 228, n. 97, c).

(8) Naturalmente que esa libertad se encuentra de alguna manera limitada por los requisitos que exige la ley para poder realizar válidamente el acto, tal como, por ejemplo, tener una edad mínima para casarse, o la inexistencia de un grado prohibido de parentesco.

(9) CARLOS VILLAGRASA ALCAIDE afirma al respecto que la consideración del silencio como forma de declaración de la voluntad negocial debe considerarse inaplicable al matrimonio (Matrimonio Civil y reserva mental, Barcelona, 1996, p. 24).

rante haya hecho una reserva mental de no querer la declaración, y que la declaración es nula si se la hace a una persona que es consciente de la reserva⁽¹⁰⁾, nuestro Código no ha consagrado una norma de carácter general con relación al tema en análisis.

Llambías se ha pronunciado por la doctrina que da prevalencia a la voluntad interna, que, según entiende dicho autor, fue adoptada por el Código Civil, aunque —como recién dijimos— no mediante la consagración de una norma de carácter general que así lo hubiera dispuesto, sino únicamente por la adopción de distintas soluciones aplicables a casos particulares. No obstante, dicho autor también recuerda que existen otras normas que consagran la teoría de la voluntad declarada, y afirma, en similar sentido que López Olaciregui⁽¹¹⁾ —que entiende que los partidarios de ambas corrientes se han acercado sensiblemente—, que “la solución que consulta mejor las exigencias de la vida jurídica no se atiene rigurosamente a alguno de los principios en pugna, sino que, partiendo de uno u otro punto de vista, elabora, mediante concesiones a la posición contraria, un sistema que combina la necesidad de respetar la real intención de las partes creadoras del acto, con la seguridad y confianza que deben prevalecer en las relaciones humanas para que pueda hablarse de un verdadero orden jurídico”⁽¹²⁾.

En cambio Borda, con su reconocido espíritu práctico, se muestra decididamente en favor de la doctrina de la voluntad declarada, ya que, dice, “la buena fe, la seguridad de los negocios, la confianza que debe presidir las relaciones humanas, están interesadas en que los actos jurídicos reposen sobre una base cierta y segura, que no puede ser otra que la voluntad declarada: las intenciones que no existen sino en el espíritu de las partes, no entran en el dominio del derecho”⁽¹³⁾.

Lo cierto es que no parece razonable que la persona que recibe una declaración de voluntad en un determinado sentido, deba conocer que la voluntad de la otra parte es distinta a la que claramente expresó, o

(10) Siguiendo esa pauta, el parágrafo 1317 de dicho código —actualmente derogado— establecía que el matrimonio queda concluido por la circunstancia de que los prometidos, personalmente, y con asistencia simultánea, declaren ante un funcionario del estado civil querer contraer el matrimonio uno con otro.

(11) LÓPEZ OLACIREGUI, JOSÉ MARÍA, en Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General, de SALVAT, RAYMUNDO M., edición del Cincuentenario, Buenos Aires, 1964, p. 192, n. 1582-B, VI-B.

(12) LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN, Tratado de Derecho Civil. Parte General, 4ª edición act., Buenos Aires, 1970, t. II, ps. 278 y sigs., n. 1397 y sigs.

(13) BORDA, GUILLERMO A., Tratado de Derecho Civil. Parte General, 5ª edición act., Buenos Aires, 1970, t. II, p. 87, n. 833.

tenga que atenerse a esa voluntad interna, diversa de la declarada, para evitar la nulidad del acto. La declaración que se exterioriza y se dirige a una persona determinada, suscita la confianza de ésta, por lo que al darse prevalencia a la misma se prioriza el valor seguridad, por la certeza que se da a las declaraciones jurídicas, y en particular, al acto de celebración del matrimonio. López Olaciregui dice que “el objeto *declaración* se convierte en algo que por igual interesa a quien la emitió y a quien confió en ella”, y que quien asume el compromiso de una declaración, asume la responsabilidad de ser claro y sincero, por lo que faltando a esos deberes, el ordenamiento jurídico puede imponerle que quede obligado por el sentido que objetivamente pudo darse —según las circunstancias—, a esa declaración⁽¹⁴⁾.

b) *La reserva mental en el matrimonio.*

Ya específicamente con relación al matrimonio, se ha dicho que la reserva mental existe “cuando se comprueba en cualquiera de los contrayentes una discordancia, mantenida conscientemente, entre el querer interno y el querer manifestado en la celebración, con la finalidad de obtener determinados propósitos ocultos, a través de la prestación de ese consentimiento aparente”⁽¹⁵⁾.

Se puede afirmar que existe una reserva mental cuando una persona declara algo —en el caso, el consentimiento para contraer matrimonio— que en su fuero interno, no quiere. La persona tiene voluntad de efectuar la declaración, y si bien quiere lograr el resultado al que se accede mediante la declaración, en la realidad no está de acuerdo con el contenido de dicha manifestación, quedando oculta su finalidad, que es otra distinta a la de contraer matrimonio.

La reserva mental se elabora en el intelecto de una o de ambas partes del acto, a diferencia de la simulación, que como enseguida se verá, resulta del concierto de ambos contrayentes, por lo que bien puede afirmarse que en la simulación existe una bilateralidad, lo que hace que el engaño no redunde contra uno de los contrayentes, sino que se desplaza exclusivamente hacia los terceros⁽¹⁶⁾. Pero en ambos supuestos existe una divergencia entre la voluntad declarada y la real.

(14) Ob. y t. cit., ps. 190, II, D, y 191, IV, H, n. 1582-B.

(15) VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, Matrimonio Civil y reserva mental, cit., p. 17.

(16) VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, Matrimonio Civil y reserva mental, cit., p. 36.

Queremos asimismo puntualizar la posibilidad que existe, recién señalada, de que la reserva mental se produzca en ambas partes del acto, supuesto en el cual ninguno de esos propósitos reservados es conocido por la otra parte.

c) *Supuesto de simulación incurrida por los contrayentes del acto matrimonial.*

Puede también pasar que en lugar de haber incurrido uno o ambos contrayentes en una reserva mental, los dos hubieran exteriorizado un consentimiento matrimonial válidamente prestado, pero con un acuerdo previo o simultáneo entre ellos enderezado a excluir todos o algunos de los efectos que trae aparejados el matrimonio. Es lo que ocurre en la hipótesis de los matrimonios convencionalmente restringidos, como son aquellos celebrados con la única intención de lograr un efecto distinto al del matrimonio en sí mismo, como cuando se celebra con la finalidad de obtener la nacionalidad que tiene el marido, o de adquirir el apellido de éste, o de conseguir una asistencia social, como podría ser, por ejemplo, una pensión, o por cualquier otro motivo.

Recordamos un fallo dictado con fecha 2 de agosto de 1963 por la Sala III de la Cámara 1ª en lo Civil y Comercial de la ciudad de La Plata, que rechazó la acción de nulidad de un matrimonio en el cual la única finalidad de los contrayentes —que habían continuado viviendo en forma separada— había sido la de obtener la excepción del servicio militar para el varón; el Tribunal sostuvo que el consentimiento prestado por la contrayente no había quedado viciado por la reserva mental con la que pudo haber actuado, pues el mismo no puede someterse a término ni condición alguna⁽¹⁷⁾.

Existen normas sancionadas en distintos países que admiten o admitían la posibilidad de anular el matrimonio por simulación, recordando al respecto el art. 123 del Código Civil italiano, reformado por la ley de matrimonio de 1975; el art. 1635, inc. d), del Código Civil de Portugal; el art. 120 inc. 4º del Código Civil suizo, luego de la reforma de la ley del 29 de septiembre de 1952; el art. 193 bis del Código Civil de Bélgica, que fue incorporado por una ley del mes de noviembre de 1947; o el art. 19 del Código Civil de Alemania, actualmente derogado.

(17) LA LEY, 112-205; y ED, 6-362, con nota de PÉREZ CORTÉS, OSVALDO J., “Nulidad de matrimonio (Casamiento contraído para exceptuarse del servicio militar)”.

Los tribunales europeos han resuelto por lo general la nulidad de los matrimonios celebrados con un objetivo distinto al que tiene la unión matrimonial, en la que la convivencia de los esposos se considera esencial. Zannoni cita un caso resuelto por la Corte de Casación francesa, en el cual dicho Tribunal declaró nulo un matrimonio por entender que había faltado el consentimiento, en un supuesto en el cual una mujer de nacionalidad polaca se casó en París con un italiano para obtener la nacionalidad de éste y poder, de esa manera, regresar a su país, lo que no hubiera podido hacer si conservaba su nacionalidad de origen⁽¹⁸⁾. En el año 1948 el Tribunal Civil del Sena declaró la nulidad con fundamento en la simulación, de un matrimonio entre un soldado francés que había sido liberado por el ejército aliado, y una mujer alemana que huía de la zona oriental de Alemania, que nunca convivieron ni el matrimonio fue consumado, y que había sido celebrado con la única finalidad de que las autoridades militares norteamericanas de ocupación permitieran que la mujer penetrara en la zona oeste de ese país; como fundamento de la nulidad se afirmó la falta de consentimiento por parte de los contrayentes, derivada del hecho de no tener los mismos voluntad alguna de contraer matrimonio, sino simplemente la de buscar un resultado totalmente extraño a una unión matrimonial, agregándose que no se estaba en presencia de un verdadero matrimonio, sino de la simple simulación del mismo, de una simple apariencia que no corresponde a una realidad jurídica, lo que lo torna nulo⁽¹⁹⁾.

En un caso posterior, resuelto por la Corte de Casación con fecha 20 de noviembre de 1963, se rechazó la nulidad que se había demandado, de un matrimonio celebrado en Ajaccio, en el cual los futuros cónyuges habían convenido que como su única intención al casarse había sido la de conferir legitimidad a un hijo común, pero no la de establecer un hogar conyugal, al día siguiente del casamiento demandarían su divorcio. Como la mujer no mantuvo el convenio, el esposo inició la nulidad del matrimonio, con fundamento en el hecho de haber sido simulado, pues los cónyuges —alegó— no habían estado animados de la intención verdadera y sería de crear una familia. La Corte de Bastia rechazó la demanda por no haber estado el consentimiento viciado por error ni por violencia. A su vez la Corte de Casación rechazó el recurso, en razón de que la nulidad por falta de consentimiento únicamente correspondía cuando los esposos se

(18) ZANNONI, EDUARDO A., Derecho Civil. Familia, 2ª edición, Buenos Aires, 1989, t. I, ps. 255 y sig.

(19) Cit. por SPOTA, ALBERTO G., Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia, t. II, vol. 1, 11, Buenos Aires, 1962, ps. 278 y sig., nota 31.

prestaban a la ceremonia con vistas a obtener un resultado ajeno a la unión matrimonial; pero no, en cambio, cuando, como en el caso, los cónyuges habían creído poder limitar los efectos legales de la unión, “especialmente, cuando dieron su consentimiento para dar al hijo común la situación de legítimo”. Agregó la Corte que “el deseo y el cuidado de asegurar al hijo un nacimiento legítimo en el seno de una unión legalmente fundada, constituye una de las mayores razones de la institución del matrimonio”, y que éste “es una institución de orden público a la cual los contrayentes no pueden aportar las modificaciones que su interés o las circunstancias exijan”. En definitiva, la demanda se rechazó debido a que, contrariamente a lo resuelto en otros casos anteriores en los que el objeto perseguido había sido absolutamente extraño a la unión matrimonial, en éste, en cambio, el matrimonio había tenido por objeto legitimar al hijo, no resultando posible —se dijo— aceptar un efecto del matrimonio y rehusar los otros; el matrimonio simulado, en cambio, se agregó, supone que los esposos no quieren efecto alguno del mismo⁽²⁰⁾.

d) La divergencia entre la voluntad interna y la declarada en el acto de la celebración del matrimonio.

La doctrina discrepa en cuanto a la solución que corresponde en los supuestos recién reseñados de reserva mental y simulación, en que el consentimiento matrimonial expresado ante la autoridad competente no coincide con la voluntad interna, enderezada a excluir todos o algunos de los efectos que trae aparejados el matrimonio.

Belluscio⁽²¹⁾ manifiesta al respecto que si bien y al igual que en el Derecho Canónico, también del nuestro resulta —aun en ausencia de una norma expresa— que la voluntad declarada se presume que coincide con la voluntad interna, en nuestra legislación esa presunción es, dice, contrariamente a la ley canónica, *iuris et de iure*⁽²²⁾, y agrega que “otra solución implicaría crear una peligrosa fuente de invalidez nupcial, susceptible de atentar contra la estabilidad del vínculo”. Además de que —según afirma como fundamento de lo expresado— no existen otras nulidades que las

(20) Cit. por ORUS, MANUEL, Jurisprudencia y Doctrina francesas en el 2º trimestre del año 1964, JA, 1964-V-64. Una solución similar se adoptó en Francia en un fallo dictado por la Corte de París, cuya reseña puede verse en JA, 1959-IV-29, parágrafo I.

(21) BELLUSCIO, AUGUSTO C., Manual de Derecho de Familia, 5ª ed., act., Buenos Aires, 1991, t. I, ps. 219 y sigs., n. 111 y sig.

(22) Conf., entre otros, ZANNONI, EDUARDO A., «La reserva mental unilateral frente a un caso de nulidad de matrimonio», cit., LA LEY, 119-130, IV.

expresamente declaradas en forma explícita por la ley, no hallándose prevista en nuestra legislación matrimonial nulidad alguna que resulte del hecho de haberse celebrado el matrimonio con una reserva mental por parte de uno de los contrayentes.

Ese respeto por la estabilidad del vínculo que impide declarar la nulidad del matrimonio por la divergencia entre la voluntad interna y la declarada también es puesto de resalto por Busso⁽²³⁾, habiendo afirmado al respecto Guastavino que nuestra ley no tolera la simulación ni la reserva mental como causas de invalidez del vínculo⁽²⁴⁾. También Iribarne es partidario de la doctrina de la voluntad declarada; dice este autor que resultaría una contradicción desconocer por un lado el consentimiento condicionado, y por otro admitir la simulación como causa de nulidad del matrimonio⁽²⁵⁾.

La doctrina que considera como preeminente a la voluntad matrimonial real por sobre la declarada, en cambio, afirma poner en primer lugar al valor justicia por sobre la seguridad jurídica, habiendo dicho al respecto César Astigueta que para que el consentimiento tenga verdadera relevancia debe darse la coincidencia entre la voluntad interna y la declarada⁽²⁶⁾. En similar sentido, María Josefa Méndez Costa considera que la pretensión de asegurar la estabilidad del tráfico jurídico es insuficiente justificativo de este cercenamiento de la voluntad real, no pudiendo prescindirse de la misma cuando se cuestiona la existencia o la validez de un acto jurídico⁽²⁷⁾. En una nota posterior, Méndez Costa afirma que "falta el consentimiento aunque haya una exteriorización si lo expresado carece del sustrato interno generador y que le da contenido"⁽²⁸⁾.

De admitirse esta última doctrina, con la cual no concordamos, debería declararse nulo el matrimonio celebrado por el solo hecho de que uno de los contrayentes actuara con una reserva mental no expresada, por la

(23) BUSO, EDUARDO B., Código Civil Anotado, Buenos Aires, 1945, t. I, p. 69, n. 42.

(24) GUASTAVINO, ELÍAS P., "Aspectos del dolo en el régimen de nulidad matrimonial", LA LEY, 132-593.

(25) IRIBARNE, RAMÓN, El Matrimonio Civil comparado con el Canónico, cit., p. 232.

(26) ASTIGUETA, CÉSAR P., "Consentimiento matrimonial. Modalidades", en Nuevo Régimen de Matrimonio Civil. Ley 23.515, Buenos Aires, 1989, p. 69. Conf., OCAMPO, CARLOS GUILLERMO - URIARTE, JORGE ALCIDES, "La omisión dolosa y la reserva mental como configurativa de aquella dando lugar a la nulidad de matrimonio por dolo", LA LEY, 1980-D-545.

(27) "Consecuencias de la limitación convencional de efectos del matrimonio en el Derecho argentino", La Ley, 1984-D-1231. Conf., de la misma autora, Derecho de Familia, en colaboración con D'ANTONIO, DANIEL HUGO, Santa Fe, 1990, t. I, p. 141, n. 24.1.

(28) "Consideraciones sobre el consentimiento matrimonial en la proyectada reforma de la ley 2393", LA LEY, 1987-A, 1070.

cual excluyera en su fuero interno el matrimonio mismo; lo cual sería así a pesar de que en ese caso no habría existido por parte de ese contrayente un vicio del consentimiento, pues en la expresión de éste no habría faltado la libertad, y cualquiera que hubiera sido la causa en virtud de la cual prestó su consentimiento al matrimonio, tampoco se habría visto afectada su intención, al haber dado el sí conscientemente, sabiendo lo que hacía, no pudiendo por otra parte afirmarse que por haber existido una reserva mental la persona actuó por error, ya sea de carácter espontáneo o provocado⁽²⁹⁾.

Distinta sería la solución, a nuestro juicio, si mediante la conducta recién reseñada se llegara a configurar dolo mediante el cual se indujera en error al otro contrayente, supuesto en el cual podría llegar a decretarse la nulidad del matrimonio, pero ello con fundamento en el error sufrido por este último⁽³⁰⁾, y no debido a la reserva mental del otro compareciente al acto. De la misma manera y como es natural, si la emisión de una declaración distinta a la real hubiera tenido como causa el vicio de violencia, el contrayente que la sufrió podría reclamar la nulidad del acto, pero con fundamento en ese vicio, y no en la reserva mental. La reserva mental por parte de uno de los contrayentes sólo podría dar lugar a la nulidad del matrimonio en los supuestos en que esa reserva se tradujera efectivamente en una conducta ulterior contraria a la declaración efectuada, tal como ocurriría si ese contrayente hubiera ocultado la voluntad de no hacer vida en común o la de no consumir el matrimonio, y efectivamente hubiera llevado a cabo ese propósito, o asumido una conducta excluyente del cumplimiento de los deberes-derechos esenciales que comporta el matrimonio. Pero la nulidad no resultaría en tal caso de la reserva mental, sino del engaño habido y el consiguiente error sufrido por el otro contrayente, que recién pudo advertir la conducta dolosa de su consorte al haber éste incurrido en una cualquiera de esas omisiones o actos antijurídicos.

(29) Contra, ZANNONI, EDUARDO A., quien afirma que "la reserva mental contiene en sí, al darse una manifestación vacía de querer, la exclusión de la idea de intención" ("La reserva mental unilateral frente a un caso de nulidad de matrimonio", LA LEY, 119-129, III).

(30) Conf., VIDAL TAQUINI, CARLOS H., Matrimonio Civil. Ley 23.515, cit., p. 131, n. 11; SPOTA, ALBERTO G., Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia, cit., t. II, vol. 1, 11, p. 258, n. 35; MAZZINGHI, JORGE A., Derecho de Familia, cit., t. I, p. 233, n. 82; PETTIGIANI, EDUARDO J., en Código Civil Anotado dirigido por LLAMBIAS, JORGE J., t. I, Buenos Aires, 1978, p. 407, n. 1; BIANCHI, ENRIQUE TOMÁS, "Vicios del consentimiento. Causales de nulidad en la Ley de Matrimonio Civil y en el nuevo Código de Derecho Canónico", LA LEY, 1985-A-1079, VII; ZANNONI, EDUARDO A., Derecho Civil. Familia, cit., t. I, p. 230, n. 175, b), y p. 257, n. 195.

Debe a nuestro juicio distinguirse claramente el caso de que uno de los contrayentes hubiera incurrido en una reserva mental que no haya llevado al otro a una distorsión sobre las circunstancias que rodean el matrimonio, o sea, que no lo haya inducido a prestar un consentimiento que de otra forma no hubiera prestado, y el supuesto de que, en cambio, haya existido un vicio del consentimiento sufrido por el otro contrayente, caso en el que sí existiría esa distorsión, lo cual, a diferencia del caso de la reserva mental, puede dar lugar a la nulidad del matrimonio. Carlos Villagrasa Alcaide distingue el *dolo*, que supone un vicio de la voluntad al ejercer la maquinación insidiosa tal influencia sobre la otra parte, que no puede considerarse la declaración de voluntad de este último la propia de una persona libre y no engañada, de la *reserva mental*, que supone una ausencia de voluntad negocial por parte de la persona que incurrió en la misma, no produciéndose necesariamente una conducta tendente a provocar en el otro contrayente la emisión de la declaración de voluntad, como en cambio sí sucede en el *dolo*⁽³¹⁾.

Es que no puede negarse que la reserva mental puede producirse hasta inclusive por motivos éticamente justificables, como podría por ejemplo ocurrir en el supuesto del contrayente que engaña sobre su voluntad matrimonial al otro —que sufre de una enfermedad terminal y está llegando al último tramo de su vida—, con la finalidad de evitarle un sufrimiento adicional.

Desde otro ángulo, parece claro que el hecho de permitirse investigaciones sobre la voluntad de los contrayentes aparte de lo que resulta de lo que ellos declararon al celebrar el matrimonio y de las circunstancias que rodearon al mismo, además de constituir una desprotección del interés del otro celebrante —que de tal manera se constituiría en una víctima de la reserva mental—, daría lugar a diversos planteos donde siempre existe la posibilidad de un acuerdo espúreo entre las partes para lograr nulidades improcedentes⁽³²⁾. Spota pone el acento en ese aspecto, y agrega que debido al interés general comprometido y al grave daño que causaría a la familia, el orden público de nuestro país prohíbe invocar como causa de

(31) Matrimonio civil y reserva mental, cit., p. 35.

(32) ZANNONI ha afirmado al respecto que “el Derecho puede admitir, con mayor o menor rigor, vicios del consentimiento, pero debe, en el ámbito de la organización del estado de familia, repudiar enérgicamente todo juego de voluntades no viciadas que pretenden o se avienen a viciar el acto mismo para satisfacción de intereses personales e, incluso, egoístas, para luego mostrar al mundo cuán endeble es la incolumidad familiar cuyas premisas se pregonan” (“La reserva mental unilateral frente a un caso de nulidad de matrimonio”, cit., LA LEY, 119-130, IV).

invalidez del vínculo tanto la reserva mental como la simulación, e igualmente el hecho de haber expresado el consentimiento matrimonial por broma o juego⁽³³⁾. También Pérez Cortés coincide con el peligro del acuerdo doloso entre los esposos, al afirmar que la aceptación de la reserva mental, por sí sola, como causa de nulidad del matrimonio, sería “socavar las bases de la institución, pues quedaría expedita la vía para el logro de la nulidad matrimonial por acuerdo de las partes, mediante la alegación de una pretendida reserva mental, o bien de una diversidad de propósitos encontrados o creados *a posteriori* de la celebración del acto, pero que obligaría al juez a declararlo inválido”⁽³⁴⁾.

Mazzinghi critica el argumento recién expresado, lo que hace con el fundamento de que la indisolubilidad del matrimonio no debe ser llevada tan lejos como para imponer ese carácter a los matrimonios inexistentes, que son aquellos —dice— donde ha faltado la voluntad real de contraer; aunque también pone de relieve que el problema más importante que se plantea al respecto es el de la prueba de la reserva, debiendo al respecto tenerse en cuenta, dice, que la conducta de las partes posterior a la celebración del matrimonio será el mejor indicio de la intención que realmente las animaba cuando expresaron el consentimiento⁽³⁵⁾.

Debe por otra parte tenerse en cuenta que aun en el excepcional supuesto de que la voluntad real no hubiera coincidido con la declarada, el contrayente que emitió una voluntad distinta a la que resulta de su fuero interno no podría alegar su propia torpeza como fundamento de la nulidad del acto, violando de tal manera un principio plenamente aceptado en nuestro Derecho⁽³⁶⁾. Cabe señalar que dicho principio se hallaba explícitamente contemplado en el parágrafo 1. del canon 1971 del Código de Derecho Canónico de 1917, que disponía que los cónyuges no eran hábi-

(33) Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia, cit., t. II, vol. 1, 11, cit., ps. 259 y sig., n. 35, y 419 y sigs., n. 61.

(34) PÉREZ CORTÉS, OSVALDO J., “Nulidad de matrimonio (Casamiento contraído para exceptuarse del servicio militar)”, ED, 6-366 y sig.

(35) Derecho de Familia, cit., t. I, ps. 216 y sigs., n. 92, c).

(36) Conf. específicamente con relación al matrimonio, entre otros, FERRER, FRANCISCO A.M., “El consentimiento matrimonial, los principios del Derecho Canónico y los vicios de simulación y dolo”, JA, 1981-II-13, n. 24; PÉREZ CORTÉS, OSVALDO J., “Nulidad de matrimonio (Casamiento contraído para exceptuarse del servicio militar)”, cit., ED, 6-367, III; MAZZINGHI, JORGE A., “Expresión del consentimiento sin intención de contraer matrimonio”, ED, 70-183, IV, y “Fundamentos de la anulación de un matrimonio por causa de dolo”, ED, 2-540, IV.

les para acusar el matrimonio en las causas de separación y de nulidad, cuando ellos hubieran sido la causa del impedimento ⁽³⁷⁾.

Más arriba afirmamos que a diferencia del Código alemán, el nuestro no contiene una norma expresa que dé preeminencia a la voluntad declarada por sobre la interna, pero también debe quedar en claro que tampoco existe una disposición en sentido inverso. Lo cierto es que no conocemos que en nuestro país se hayan dictado resoluciones judiciales que hayan declarado la nulidad de un matrimonio con fundamento en la sola existencia de una reserva mental contraria a la celebración del matrimonio por parte de uno de los cónyuges, que externamente había expresado la voluntad de contraer matrimonio. Y en aquellos casos en que se hizo referencia a la circunstancia de haberse producido una reserva mental por uno de los contrayentes, se trató de supuestos en que esa reserva había llevado al otro a un engaño por medio de una omisión dolosa grave y determinante de la expresión del consentimiento por parte del engañado. Recordamos, entre otros, un fallo del Juzgado Nacional en lo Civil n. 13 en el que se afirmó que "si el marido paladinamente confesó que antes de su matrimonio se había enamorado de otra mujer; que cuando llegó la fecha de las nupcias no tenía deseo de casarse con la actora; que tampoco tenía el propósito de mantener con ella una unión estable y duradera, conforme a la naturaleza del matrimonio; que comentó esa situación con algunos amigos; que sólo confesó a la esposa su verdadera intención después de dos meses y medio y que en esa fecha se interrumpió definitivamente la vida en común, todo ello corroborado por el dicho de testigos, la conducta del marido lesiona la voluntad integrativa del acto de su consorte, afectándola en tan alto grado, que equivale a una ausencia de consentimiento matrimonial, por lo que cabe decretar la nulidad del matrimonio"⁽³⁸⁾. En otro fallo, de la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, se afirmó que en el matrimonio civil solamente se admite la reserva mental como causa de nulidad de matrimonio, cuando ha viciado el consentimiento de la otra parte por implicar una omisión dolosa ⁽³⁹⁾.

(37) Esa norma fue interpretada en el sentido de que para que no se pudiera cuestionar la validez del matrimonio, el cónyuge debía ser causa dolosa y directa del impedimento (MIGUELEZ DOMÍNGUEZ, LORENZO, Código de Derecho Canónico Comentado, Madrid, 1945, coment. al canon 1971, p. 649). Cabe señalar que el principio contemplado en el recién mencionado canon, fue luego eliminado en el parágrafo 1. del canon 1674 del actual Código de Derecho Canónico.

(38) ED, 64-180, con nota de DÍAZ DE PRADA, M.V. - CABRERA DE GARIBOLDI, M.C., "Preeminencia de la voluntad real sobre la voluntad declarada en el acto jurídico matrimonial", quienes afirman que la reserva mental en que incurrió el marido constituye un supuesto de dolo.

(39) LA LEY, 1980-D, 545.

En igual sentido que el que resulta del fallo recién recordado, recordamos lo expresado al respecto por Alberto J. Gowland, que no obstante ser partidario de la doctrina de la preeminencia de la voluntad interna por sobre la declarada, ha afirmado que "si la actitud de quien deliberadamente dice una cosa cuando en realidad quiere otra distinta, no alcanza a constituir dolo, sea éste por acción o por omisión, no es posible anular el acto jurídico matrimonial"⁽⁴⁰⁾. Coincidimos plenamente con lo expresado, de lo cual resulta que para decretar la nulidad del matrimonio no es suficiente que la voluntad real no coincida con la declarada, sino que para que ello ocurra esa discordancia debe haber llevado al otro contrayente a un engaño determinante de la celebración del matrimonio, que no hubiera contraído en el supuesto de que el engaño no se hubiera alcanzado a producir; o sea, que no es la reserva mental la causante de la nulidad, sino la existencia de dolo.

Creemos asimismo que tampoco corresponde decretar la nulidad del matrimonio por el solo hecho de haber los contrayentes expresado un consentimiento simulado —o sea, el que resulta de un acuerdo previo o simultáneo entre ellos enderezado a excluir todos o algunos de los efectos que trae aparejados el matrimonio—, por cuanto siendo una institución de orden público, la validez del matrimonio no puede quedar sujeta a la voluntad no exteriorizada de las partes, no pudiendo por otra parte descartarse que éstas se hayan puesto de acuerdo en transmitir una versión falsa de lo ocurrido, con la finalidad de lograr que se decrete la nulidad del matrimonio. Ello, aparte de que permitir a las partes demandar la nulidad del acto importaría tanto como admitir la invocación de la propia torpeza.

IV. Discrepancia entre la voluntad matrimonial interna y la declarada en el Derecho Canónico

La relevancia de la Iglesia Católica en materia de legislación matrimonial desde hace tantos siglos hace que no podamos omitir en esta nota ocuparnos de la solución admitida en la doctrina canónica con respecto al supuesto en análisis, aunque sólo nos referiremos a ello en forma sucinta.

En el Derecho canónico se requiere que el consentimiento matrimonial tenga un contenido en el cual deben coincidir la voluntad interna y su manifestación exterior, presumiendo el parágrafo 1. del canon 1101⁽⁴¹⁾ que

(40) "Afirmación de la preeminencia de la voluntad real sobre la voluntad declarada", LA LEY, 1979-C-10, IV.

(41) Este canon reproduce, aunque no a la letra, el canon 1086 del Código de Derecho Canónico de 1917.

el consentimiento interno de la voluntad está conforme con las palabras o signos empleados al celebrar el matrimonio. Pero esa presunción, que se funda en el normal y esperado comportamiento de los contrayentes, es *iuris tantum*, o sea, que admite prueba en contrario, tan es así que en el parágrafo 2. de dicho canon se establece que *si uno de los contrayentes, o ambos, excluye, con un acto positivo de la voluntad el matrimonio mismo o un elemento esencial del matrimonio o una propiedad esencial, contrae inválidamente* ⁽⁴²⁾. De lo recién transcrito resulta que no es suficiente para que se considere nulo el matrimonio, que la simulación recaiga sobre otros aspectos del mismo que no sean considerados esenciales. La solución contenida en el canon 1101 se atiene al principio sentado en el canon 1057, que en su parágrafo 1. dispone que *el matrimonio lo produce el consentimiento de las partes legítimamente manifestado entre personas jurídicamente hábiles...*, con lo cual se otorga, según manifiesta autorizada doctrina canónica, una relevancia decisiva al consentimiento de los contrayentes.

Como es fácil de advertir, no resulta sencillo acreditar la exclusión a que se refiere el canon 1101, puesto que se trata de averiguar el pensamiento interno, lo que hace que deba recurrirse a las diversas circunstancias que rodean el matrimonio, las conjeturas, los indicios, etc., debiendo la prueba ser contundente contra la presunción legal. La nulidad resulta procedente, sea que la simulación haya sido *total* (cuando se rechaza el matrimonio mismo) o *parcial* (lo que ocurre cuando no obstante aceptarse el matrimonio, no se consienten en forma total o parcial las obligaciones que derivan del mismo, como cuando se excluye el derecho al acto conyugal) ⁽⁴³⁾, de lo cual se desprende que el matrimonio así contraído es nulo aun cuando el contrayente hubiera querido contraerlo por alguna

(42) Con respecto a que la sanción derivada de la referida exclusión de la voluntad interna consiste en la nulidad del matrimonio, véase, entre otros, VILADRICH, PEDRO JUAN, Código de Derecho Canónico. Anotado, 5ª edición, Pamplona, 1992, coment. al canon 1101, p. 663; AZNAR, FEDERICO, Código de Derecho Canónico, 10ª edición, comentada por los Profesores de la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca, Madrid, 1991, coment. al canon 1101, ps. 533 y sig.; MIGUÉLEZ DOMÍNGUEZ, LORENZO, Código de Derecho Canónico Comentado, cit., coment. al canon 1087 del Código de 1917, p. 361, nota 3; IRIBARNE, RAMÓN, El Matrimonio Civil comparado con el Canónico, cit., p. 232; DELLA ROCCA, FERNANDO, Manual de Derecho Canónico, Madrid, 1962, t. I, p. 391; CHELODI, JUAN, El Derecho Matrimonial conforme al Código de Derecho Canónico, Barcelona, 1959, ps. 215 y sigs., n. 115.

(43) Sobre la distinción entre simulación total y parcial remitimos, entre otros, a lo expresado al respecto por IGNACIO PÉREZ DE HEREDIA Y VALLE, Código de Derecho Canónico. Comentado, dirigido por ANTONIO BENLLOCH POVEDA, 8ª edición, Valencia, 1994, comentario al canon 1101, p. 498.

determinada razón ajena a las verdaderas motivaciones que deberían guiar la celebración del connubio, como podría ser por un motivo de lucro o porque las circunstancias sociales así lo exigían ⁽⁴⁴⁾.

Federico Aznar ⁽⁴⁵⁾ afirma que para que el consentimiento simulado sea nulo se requiere un acto positivo de la voluntad de uno o de ambos cónyuges, no bastando "la mera carencia de voluntad, ni un deseo vago, ni una opinión..." ⁽⁴⁶⁾, sino que, al ser el matrimonio un acto de la voluntad, es necesario un acto positivo de la voluntad por el que se elimine del consentimiento matrimonial algo de lo que exige la naturaleza de dicho consentimiento ⁽⁴⁷⁾. Pero además, agrega Aznar, también se requiere que la exclusión positiva de la voluntad verse o sobre el matrimonio mismo o sobre algunos de los elementos o propiedades esenciales del connubio, tales como la exclusión de la procreación, de la unidad o de la indisolubilidad matrimonial, como también de otras propiedades o elementos esenciales. Similarmente, Della Rocca señala que no basta para la anulación que el contrayente hubiera incurrido en un simple error sobre los bienes del matrimonio, o en una vaga intención contraria a la substancia o a los bienes de dicha institución, sino que es necesario que haya habido una intención decidida en contra de la esencia misma del matrimonio, o de una de sus propiedades esenciales ⁽⁴⁸⁾.

(44) El canonista Juan Chelodi cita, en ese sentido, un caso resuelto por la Sagrada Rota Romana con fecha 19 de agosto de 1919, en el cual se declaró nulo un matrimonio en el cual el varón, si bien había querido contraer matrimonio, lo había celebrado con la única finalidad de tener a la mujer como compañera que cumpliera en forma satisfactoria los deberes de hospitalidad al recibir en la casa a los visitantes (El Derecho Matrimonial conforme al Código de Derecho Canónico, cit., p. 217, nota 1). Esa misma sentencia también es citada por MANS PUIGARNAU, JAIME M., Derecho Matrimonial Canónico, Barcelona, 1959, t. I, p. 379.

(45) AZNAR, FEDERICO, Código de Derecho Canónico, cit., coment. al canon 1101, p. 534.

(46) O como dice Ignacio Pérez de Heredia y Valle, "no bastaría una actitud de disgusto o mero propósito indeterminado, o de complacencia, o displicencia" (Código de Derecho Canónico. Comentado, cit., coment. al canon 1001, p. 498). Véase asimismo al respecto, VILADRICH, PEDRO JUAN, Código de Derecho Canónico. Anotado, cit., coment. al canon 1101, p. 664.

(47) En sentido análogo, Basilio Frison, Juez de la Sacra Rota Romana y experto del Instituto Jurídico Vaticano, afirma que "para la simulación no basta la mera displicencia, el simple propósito, la intención habitual, la voluntad interpretativa de no casarse", sino que se requiere excluir alguno de los elementos esenciales, tales como el derecho-deber mutuo, permanente, continuo y exclusivo al acto conyugal abierto a la vida, a la comunidad de vida; o de las propiedades esenciales, como la unidad y la indisolubilidad del matrimonio (Causas de nulidad matrimonial en el nuevo Código de Derecho Canónico, Buenos Aires, 1987, p. 148).

(48) DELLA ROCCA, FERNANDO, Manual de Derecho Canónico, cit., p. 390, n. 48. Véase en igual sentido, MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, "Consecuencias de la limitación convencional de efectos del matrimonio en Derecho argentino", cit., LA LEY, 1984-D, 1244.

LA VIOLENCIA COMO VICIO DE LA VOLUNTAD

MARCELO J. LÓPEZ MESA

I. Proemio

Para que la voluntad exteriorizada por una persona produzca efectos jurídicos, debe ella ser expresada con discernimiento, intención y libertad.

Pero, como galanamente afirma BETTI, "la conclusión de un negocio jurídico puede hallarse determinada por actos ilícitos, los cuales actúan sobre la voluntad haciéndola desviarse del camino normal que en otro caso hubiera recorrido"¹.

Y es en ese punto que aparecen en escena los vicios del acto, que pueden afectar alguno de los presupuestos del mismo y tornar inhábil la voluntad expresada.

En palabras de LLAMBÍAS, "se denominan vicios de los actos jurídicos a ciertos defectos congénitos de los mismos, susceptibles de producir la invalidez de los actos que los padecen"².

Tales vicios, en la sistemática del Código Civil argentino, son el error o ignorancia, el dolo y la violencia. Nuestro Código Civil los considera fundamentalmente con relación a los contratos, pero dichos vicios lo son no sólo de los contratos sino de todos los actos voluntarios, pues tan viciado es un contrato como un reconocimiento unilateral arrancado por la fuerza.

(1) BETTI, EMILIO, Teoría general del negocio jurídico, 2ª ed., Madrid, 1959, Ed. Revista de Derecho Privado, p. 338.

(2) LLAMBÍAS, JORGE J., Tratado de derecho Civil. Parte general, Lexis Nexis, Bs. As., 2003, t. II, p. 411.

Si se constata la presencia sustancial de alguno de estos vicios, el acto es pasible de declaración de nulidad, ya que ello supone la falta de un elemento esencial para la eficacia de la declaración de voluntad.

Si el vicio presente es el error o el dolo, en el acto falta la intención, mientras que si se trata de la violencia, de lo que carece el agente es de libertad.

Para ser eficaz, la voluntad ha de ser libre, conscientemente formada y correctamente emitida, motivo por el cual cuando se ha visto contaminada en su formación por factores externos que le han quitado uno de sus presupuestos esenciales, como sería por caso la libertad del sujeto actuante, se afirma que la voluntad está viciada.

Es claro que no todos los actos jurídicos muestran una intención perfecta, algunos presentan defectos de manifestación o no son verdadera y plenamente libres, dado que en la base de muchos actos voluntarios se hallan presiones e influencias externas –sentimentales, morales, psicológicas, etc.– que pretenden volcar la voluntad del individuo hacia los intereses de un tercero; negar ello sería un acto de inocencia propio de infantes.

Pensar que todo acto que muestre un pequeño déficit debe ser anulado implicaría hacer tabla rasa con enormes cantidades de manifestaciones de voluntad, que no están afectadas sustancialmente, lo que no puede admitirse.

El derecho solo puede anular aquellos actos que presenten un vicio sustancial o determinante. Por ello, no cabe anular los actos en que existiera una presión cualquiera; la anulación sólo se producirá en los casos en que la libertad haya sido afectada radicalmente. Parafraseando a un autor francés, cabe decir que el derecho no tiene vocación de tener en cuenta todas las presiones, sino aquellas que degeneraren en coacción o en violencia: la presión es tolerada por el derecho, la fuerza no puede serlo, pues es la negación del derecho, como la violencia, significa la negación del acto jurídico³.

En lo que sigue abordaremos a la violencia como vicio del acto, dedicándonos específicamente a la fuerza física irresistible, subespecie del género violencia.

(3) WILLMANN, A., Violence, contrat et religion, Recueil Dalloz, t. 2000, sec. Jurisprudence, p. 76.

I.a) Necesaria precisión liminar

Hasta allí pareciera no haber mayor problema. El inconveniente determinante es que la violencia no es, en realidad, un vicio del acto sino una causal de inexistencia del mismo.

Diversos civilistas observaron que el acto obrado bajo violencia es un acto jurídico inexistente y no un acto viciado⁴.

Cabe recordar que Huc sostuvo que el acto al que le falta una de las condiciones que son esenciales para su constitución, no tiene más que una existencia aparente; en Derecho él no existe, es más que simplemente nulo⁵.

En otra sección de su importante obra, una verdadera joya poco o nada conocida entre nosotros, HUC trata las condiciones esenciales de las convenciones. Transcribe el art. 1108 del Code que establece cuatro condiciones esenciales para la validez de una convención, entre las que incluye incorrectamente el consentimiento, la causa y el objeto; Huc no se deja engañar, por lo que abandona el esquema del legislador y afirma que la falta de una de esas condiciones priva de existencia al contrato⁶.

Refirma Huc que la falta absoluta de consentimiento torna inexistente al acto, en tanto que los defectos de consentimiento lo hacen existir con vicios y que las convenciones inexistentes poseen una existencia sólo aparente.

Por nuestra parte, en nuestra tesis doctoral, hemos sostenido que hay inexistencia de un negocio cuando faltan en éste los elementos que suponen su naturaleza⁷. Hemos seguido allí a SANTORO PASSARELLI, que afirmaba que la falta de algún elemento o requisito del negocio que impida su identificación provocará su inexistencia⁸.

Es así que, para nosotros, la declaración de voluntad arrancada por violencia, lejos está de ser un negocio viciado, sino que tal declaración constituye genuinamente un acto inexistente, una mera apariencia de acto en vez de un acto viciado.

(4) LLAMBÍAS, JORGE J., Tratado de derecho Civil. Parte general, cit., t. II, ps. 410 y ss; ABELENDA, CÉSAR A., VICIOS del consentimiento contractual, en "Contratos. Homenaje a Jorge Mosset Iturraspe", Ediciones La Rocca, Bs. As., 1989, p. 379.

(5) HUC, THÉOPHILE, Commentaire théorique et pratique du Code Civil, París, Pichon Ed., t. I, p. 188, N° 201.

(6) HUC, THÉOPHILE, Commentaire théorique et pratique, cit., t. VII, p. 19, N° 10.

(7) LÓPEZ MESA, MARCELO, Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos y procesales, Editorial Depalma SA, Bs. As., 1998, ps. 258 y 262.

(8) SANTORO PASSARELLI, FRANCISCO, Doctrinas generales del derecho Civil, trad. española, Madrid, s/fecha, p. 296.

Ocurre que, como metafóricamente BORRELL Y SOLER, los actos inexistentes no son fuegos de artificio que alumbran un momento el espacio, para desaparecer inmediatamente, ni son como estatuas de hielo que se deshacen solas⁹.

Es así que, cuando se está frente a ellos, debe primero comprobarse su inexistencia, para luego hacer desaparecer sus efectos. Sobre tales aspectos versará este estudio.

II. Antecedentes históricos

El derecho romano fue el primero en dar una protección preferente a la intención de las partes contratantes –asegurando su eficacia–, respetando un rudimento de lo que los juristas modernos han llamado dogma de la autonomía de la voluntad¹⁰.

Sobre la atención que el derecho romano diera a este problema merece transcribirse un párrafo memorable de ARIAS RAMOS: “Que la voluntad sea más o menos espontánea es indiferente. La violencia física borra la voluntad; pero la motivación psicológica determinante de ésta no interesa al Derecho. Sin embargo, la rigidez de tal principio fue atenuada en cuanto el Derecho romano salió de su rudeza primitiva, excluyendo de tal indiferencia dos tipos de móviles que fueron tomados en consideración: el miedo y el engaño. Ellos constituían, juntamente con la violencia, los vicios o defectos de la voluntad en el negocio jurídico que interesaban al Derecho positivo. La violencia, *vis absoluta* o *corporis illata*, es la fuerza brutal material, que mata la voluntad y hace nulo el negocio. Ninguna validez tiene el contrato firmado por una persona a la que se tiene sujeta y se le lleva la mano para escribir. Tal forma de coacción la tuvo siempre en cuenta el Derecho romano”¹¹.

En Roma la *vis absoluta* o *compulsiva* comportaba el empleo de la fuerza material; era un mal presente infligido a la persona, que quedaba reducida a un estado pasivo, siendo un mero instrumento de la voluntad de otro. El paciente, condenado a ser un cuerpo puramente físico, obedecía al impulso exterior, destituido de toda voluntad¹².

(9) BORRELL Y SOLER, ANTONIO M., Nulidad de los actos jurídicos según el Código Civil español, Bosch, Barcelona, 1947, p. 8.

(10) ARIAS RAMOS, J. - ARIAS BONET, J. A., Derecho romano, 17ª edic., Edic. Editorial Revista de Derecho Privado - Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1984, t. I, p. 119.

(11) ARIAS RAMOS, J. - ARIAS BONET, J. A., Derecho romano, cit., t. I, p. 120.

(12) DE GÁSPERI, LUIS - MORELLO, AUGUSTO M., Tratado de Derecho Civil. Teoría general de los hechos y actos jurídicos, Bs. As., TEA, 1964, t. I, p. 457.

Respecto de la normativa romana en este tema merece también citarse una reflexión de MAZEAUD-CHABAS: “La violencia no fue sancionada sino tardíamente en el derecho romano. La presencia de los testigos en los actos solemnes, la vida social de la Roma arcaica, probablemente no volvían indispensable la represión de ese delito. Al fin de la República, como consecuencia de los disturbios que marcaron la dictadura de Sila, fue necesario perseguir la violencia bajo todas sus formas... En el derecho romano, la violencia fue primeramente considerada como delito, permitiendo a la víctima obtener reparación; pero luego fue considerada como un vicio del consentimiento, viciando el contrato, y este aspecto será determinante en el curso de la evolución...”¹³.

Desde los tiempos de Roma, la violencia (*vis*) fue tomada en consideración, en primer lugar, bajo el aspecto de violencia o fuerza corporal (*vis absoluta* o *vis corporis illata*); si concurría esta forma absoluta de violencia, en verdad la voluntad no existía y el Derecho Romano tuvo ello en cuenta para considerar el contrato como inválido¹⁴.

En cambio, una evolución diferente siguió la llamada coacción psíquica (*vis impulsiva* o *vis illata*). “El antiguo *Ius Civile* consideró los contratos celebrados bajo este tipo de coacción como contratos válidos, consagrando la máxima “*quam si leberum esse noluissem tamen coactus voluit*”. Sin embargo, el Derecho Pretoriano introdujo una suavización en el rigor primitivo y permitió que el contratante que había celebrado el contrato impulsado por el miedo pudiera oponer a la acción dirigida a reclamarle el cumplimiento del contrato una excepción (*exceptio quod metus causa*). Más adelante se permitió también que el intimidado o amenazado tomase la iniciativa personalmente ejercitando una acción (*actio quod metus causa*), que tenía carácter penal y se dirigía contra el otro contratante o contra el tercero, autor de la coacción, para obtener el resarcimiento del daño. Finalmente, se le otorgó también una *restitutio in integrum ob metus*”¹⁵.

Posteriormente, en Francia, el derecho civil consideró a la violencia sobre todo como un vicio del consentimiento, contra el cual la víctima debe ser protegida para asegurar la autonomía de su voluntad; tal aspecto ya era subrayado por Pothier¹⁶.

(13) MAZEAUD, HENRI, JEAN & LÉON - CHABAS, FRANÇOIS, Derecho Civil. Obligaciones, trad. de Luis Andorno, Ed. Zavalía, Bs. As., 1997, t. I, ps. 254/255.

(14) DIEZ-PICAZO, LUIS, Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, Cívitas, Madrid, 1996, vol. I, p. 160.

(15) DIEZ-PICAZO, LUIS, Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, cit., vol. I, p. 161.

(16) MAZEAUD, HENRI, JEAN & LÉON - CHABAS, FRANÇOIS, Derecho Civil. Obligaciones, cit., t. I, p. 255.

III. Clases de violencia

Sobre esta temática merece recordarse un párrafo impecable de una vieja sentencia del Tribunal Supremo de España del 22 de Febrero de 1934, reseñada por MORENO GIL, donde se declaró espléndidamente que “La violencia *in genere* en sus dos aspectos: violencia material, *vis*, y violencia moral, asume el primer lugar en la jerarquía de los vicios que aniquilan o perturban la libertad de querer, puesto que la primera, en un sentido de constricción material, de fuerza física irresistible, y la segunda como amenaza grave e injusta de un mal temido, quitan toda posibilidad de obtener un movimiento propio y sujetan los motivos racionales de la volición frente a la conciencia rectora así encadenada, fundamento en mérito del cual el Derecho romano incluyó las dos especies en un solo concepto (Ley 1ª, título 2º, libro 4º del Digesto); *Ait Pretor, quod metus causa gestum erit, ratum non habeto. Olim ita dicebatur, quod vi atroce fit, id metu quo-que fieri videatur*, y así pasó a nuestra legislación consignada en el Fuero Juzgo (Ley 9ª, título 5º, libro 2º), Fuero Real (Ley 4ª, título 2ª, libro 1º) y las Partidas (Ley 28, título 2º, part. 5º)¹⁷.

CIFUENTES Y SAGARNA han expuesto que “El término “violencia” puede abarcar, desde el punto de vista de la formación de la voluntad en el acto, tanto la ilegítima coacción física como la moral, y en este aspecto es acertado sostener que para la primera es expresión más apropiada la “fuerza” y para la segunda “intimidación”. La física implica el empleo de una fuerza material sobre el sujeto, que queda reducido a instrumento pasivo de la voluntad ajena (como cuando la mano del que escribe ha sido llevada por la mano de otro)”¹⁸.

La coacción es absoluta, cuando “una fuerza bruta y material excluye por completo la voluntad y la sustituye convirtiendo al declarante en un mero autómatas (una persona firma un documento porque otra le ha sujetado y le ha llevado la mano)”¹⁹. También puede tratarse de una coacción psíquica, cuando la fuerza, sin sustituir la voluntad, contribuye a que ésta no se manifieste libremente (se acepta un contrato después de una paliza)²⁰.

(17) MORENO GIL, OSCAR, Código Civil y jurisprudencia concordada, Ed. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000, comentario al art. 1267, Nº 4.253.

(18) CIFUENTES, SANTOS - SAGARNA, FERNANDO A., Código Civil comentado y anotado, La Ley, Bs. As., 2003, t. I, p. 665.

(19) DIEZ PICAZO, LUIS - GULLÓN, ANTONIO, Sistema de Derecho Civil, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, vol. II, p. 57.

(20) DIEZ PICAZO, - GULLÓN, Sistema de Derecho Civil, cit., vol. II, p. 57.

La diferencia entre ambos tipos o clases de violencia, radica en el grado de libertad de que goza el sujeto violentado. En la fuerza irresistible el sujeto carece en absoluto de libertad, ya que obra como un mero instrumento pasivo; en cambio, en la violencia moral o intimidación, el sujeto conserva un margen de libertad.

ALBALADEJO ha explicado magistralmente esta diferencia explicando que “(la intimidación) es vicio consistente en la alteración del normal proceso formativo de la voluntad, pues aparece un motivo determinante –la intimidación– totalmente insólito; y aunque realmente se quiere lo que se hace (*quamvis si liberum esset nolvissem, tamen caoctus voluit*), sin embargo, no se quiere con absoluta libertad”²¹.

Y agrega el maestro de Barcelona que “Operando psicológicamente sobre el declarante, la intimidación le deja un margen de libertad –en cuanto puede escoger entre tres cosas: 1ª) emitir la declaración que se le exige; 2ª) soportar el mal con que se le amenaza; 3ª) reaccionar contra quien lo intimida, procurando así evitar tanto el emitir la declaración como sufrir el mal–, pero no se le deja la libertad completa que el Derecho requiere para que el acto sea válido. No se le deja, en cuanto se le obliga injustamente a elegir entre un mal que jurídicamente no está obligado a soportar, una declaración que jurídicamente tampoco se halla constreñido a realizar, bajo la amenaza de aquel mal, y un riesgo (si reacciona contra quien lo intimida) que no tiene por qué correr. Siendo así que libremente no habría apetejado ninguna de las tres cosas”²².

En la violencia física (*vis absoluta*) no hay libertad ni hay voluntad, porque el sujeto actúa como un instrumento pasivo de otra voluntad. En cambio, en la violencia moral o *vis compulsiva*, “realmente hay voluntad, pero voluntas coacta; y, por ello, se permite impugnar el negocio (*quamvis coactus tamen voluit, non intelligitur voluisse qui coactus est*). En conclusión: hay una excepción a la irrelevancia jurídica de los motivos en que se apoya la voluntad; y por lo injusto del motivo (la intimidación) determinante de aquélla, se permite impugnar el negocio”²³.

Nuestro Código Civil trata la violencia con diferentes efectos y en diversas materias, en los arts. 175, 225, 629, 857, 954 (1º párr.), 992, 1045, 1158, 1191, 2364, 2365, 2366, 2367, 2368, 2478, 3277, 3337 y 3959; también tratan sobre la violencia la nota conjunta a los arts. 936, 937 y 938, y las

(21) ALBALADEJO, MANUEL, El negocio jurídico, Bosch, Barcelona, 1958, p. 105, Nº 63.

(22) ALBALADEJO, MANUEL, El negocio jurídico, cit., p. 106, Nº 63.

(23) ALBALADEJO, MANUEL, El negocio jurídico, cit., p. 106, Nº 63.

notas a los arts. 935, 941, 943, 949, 1200, 1994, 2433, 2455, 2470, 2476, 2478, 2482, 3296, 3838, así como la nota de Vélez al Libro II, Sec. II, Tít. I del Código.

Como se aprecia fácilmente, no es poco el espacio que nuestro Código asigna normativamente a la misma. Pero no todas las normas citadas tienen interés para los efectos de este estudio, porque varias de ellas se refieren a la adquisición de la posesión por violencia, supuesto ajeno a estas líneas.

Por ello, nos concretaremos a analizar el segmento del universo normativo referido supra, que atañe directamente a este estudio y que conforma, en gran medida, un elenco carente de toda sistematicidad, contradictorio en ocasiones y hasta difícil de explicar dogmáticamente.

IV. La Fuerza irresistible: concepto

Deslindadas ya las dos clases de violencia que desde los romanos hasta aquí han sido distinguidas, en lo que sigue nos dedicaremos a analizar exclusivamente lo relativo a la fuerza o violencia física, actuando como vicio de la voluntad.

Una primera definición de esta figura a citar es la dada por BAUDRY-LACANTINERIE: "La violencia consiste en las vías de hecho o las amenazas ejercidas contra una persona para arrancarle un consentimiento que ella no quiera dar... Ella vicia profundamente el consentimiento"²⁴.

Otro buen concepto fue dado por DE GASPERI Y MORELLO, quienes sostuvieron que "La violencia, empleada esta palabra en un sentido genérico, comprensivo de las especies que las escuelas llaman "fuerza, miedo o intimidación", es toda coacción grave, irresistible e injusta ejercida sobre una persona razonable con el objeto de determinarla, contra su voluntad, a aceptar una obligación o a cumplir una prestación dada"²⁵. En similar sentido, el Prof. ZANNONI expuso que "La violencia es coerción, sea en razón de fuerza irresistible (art. 936) o de intimidación (art. 937), que induce a emitir una declaración de voluntad no libre"²⁶.

(24) BAUDRY-LACANTINERIE, G., *Précis de Droit Civil*, 5ª edic., Larose edit., París, 1895, t. 2, p. 559, N° 805.

(25) DE GASPERI, LUIS - MORELLO, AUGUSTO M., *Tratado de Derecho Civil. Teoría general de los hechos y actos jurídicos*, cit., t. I, p. 457.

(26) ZANNONI, EDUARDO, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Astrea, Bs. As., 1986, p. 70; en igual sentido, BUERES, ALBERTO J. - HIGHTON, ELENA I., *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Ed.- Hammurabi, Bs. As., 1998, t. 2B, p. 498.

Nuestro Código Civil²⁷ define la intimidación en el art. 937, pero no define la violencia, ya que el art. 936 se limita a expresar que "Habrá falta de libertad en los agentes, cuando se emplease contra ellos una fuerza irresistible", lo que implica una descripción más que un concepto.

El Código Civil español, algo más preciso que el nuestro, define a la violencia expresando en su art. 1267 que "Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible..."²⁸.

Por su parte, COMPAGNUCCI DE CASO expresó que "La violencia constituye otra de las causas que pueden viciar la voluntad, ya que impide realizar un acto con la libertad necesaria para su plena validez. Cuando se obra bajo los efectos de la violencia (física o moral) se actúa con discernimiento y con intención, pero en ausencia de libertad"²⁹. Y específicamente sobre la violencia física, afirma el profesor platense que "La violencia física o fuerza (vis corpore illata o vis absoluta) importa el constreñimiento corporal sobre otro para que obre de determinada manera o forma. Los ejemplos abundan: quien le lleva la mano a otro para firmar; le hace mover la cabeza para asentir; o bien le levanta el brazo para aceptar una oferta; etcétera..."³⁰.

Como apostilla, cabe consignar que el art. 936 C.C. resulta contradictorio con el art. 922 del mismo cuerpo, que reputa practicados sin intención los actos que se ejecutaren por fuerza o intimidación³¹.

Es decir que Vélez en dos normas diversas interpreta que la violencia afecta dos diversos presupuestos del acto voluntario, lo que constituye un defecto de técnica jurídica. Cabe remarcar que la norma correcta es el art. 936 C.C., pues la violencia más que afectar la intención³², aniquila la libertad del agente.

(27) Nuestro Código Civil regula en su Libro Segundo, Sección Segunda, Título I ("De los hechos"), Capítulo III ("De los hechos producidos por la fuerza y el temor"), la ineficacia que porta la declaración de voluntad viciada por fuerza o intimidación.

(28) Cfr. Código Civil de España, JMBosch, Barcelona, 1997, p. 207.

(29) COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN, *El negocio jurídico*, Astrea, Bs. As., 1992, p. 290, § 93.

(30) COMPAGNUCCI DE CASO, *El negocio jurídico*, cit., p. 293, § 96.

(31) Ello, además de que como bien dice DE GASPERI, el art. 936 hubiera estado mejor ubicado a continuación del artículo 922 C.C. (cfr. DE GASPERI - MORELLO, *Tratado de Derecho Civil. Teoría general de los hechos y actos jurídicos*, cit., t. I, p. 460).

(32) En una senda similar a la del Codificador, TERRÉ - SIMLER & LEQUETTE: han expresado que en el acto otorgado con violencia el consentimiento no está viciado en su dimensión reflexiva, sino en su dimensión volitiva; la víctima de la violencia no tiene la intención de dar su consentimiento en absoluto (Cfr. TERRÉ, FRANÇOIS - SIMLER, PHILIPPE & LEQUETTE, YVES, *Droit civil. Les obligations*, 6ª edit., Ed. Dalloz, París, 1996, p. 192, N° 233).

Ya el insigne POTHIER consideraba que la violencia provocaba un defecto de libertad en el acto, afirmando seguidamente que "El consentimiento que forma las convenciones ha de ser libre. Si el consentimiento de cualquiera de los contratantes ha sido arrancado por la violencia, el contrato es vicioso"³³. E infra, más explícitamente todavía se refería a "La violencia que hace anular el contrato por defecto de libertad..."³⁴.

BORIS STARCK expuso en su clásica obra de Obligaciones que "La violencia no crea un error en el espíritu de quien es víctima de ella, sino que suprime, prácticamente, su libertad de actuar"³⁵.

Y DE GÁSPERI Y MORELLO han expuesto en la misma línea que "Esta actividad (la violencia), enderezada a suprimir en la volición la libertad, como expresión del "Yo", conspira contra la moral, fundamento del orden jurídico, razón por la cual el derecho la reputa ilícita"³⁶. También RIVERA, ABELEDA, LLAMBÍAS y otros autores postulan que lo que falta en realidad es libertad en el agente³⁷.

En línea con estas enseñanzas creemos que el acto otorgado con violencia no está afectado ni en su dimensión reflexiva ni en su intención o volición, sino en la libre determinación del agente, pues la víctima de la violencia no es libre de decidir si expresa o no su voluntad, por lo que no hay voluntad en absoluto, precisamente por falta de libertad.

V. Requisitos para la admisibilidad de la violencia como causal de ineficacia

Para la admisibilidad de una alegación de padecimiento de violencia, invalidante del consentimiento prestado en esas condiciones, se requiere la concurrencia de ciertos requisitos imprescindibles:

1. **La fuerza debe ser ilegítima:** Este requisito, de carácter objetivo, implica que sólo la violencia injusta, contraria a derecho ha sido considerada desde el derecho romano como causal de ineficacia³⁸.

(33) POTHIER, ROBERT J., Tratado de las obligaciones, Editorial Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1961, p. 24, N° 21.

(34) POTHIER, ROBERT J., Tratado de las obligaciones, cit., p. 26, N° 25.

(35) STARCK, BORIS, Droit civil. Obligations, Librairies Techniques, París, 1972, p. 429.

(36) DE GÁSPERI, LUIS - MORELLO, AUGUSTO M., Tratado de Derecho Civil. Teoría general de los hechos y actos jurídicos, cit., t. I, p. 457.

(37) RIVERA, JULIO C., Instituciones de Derecho Civil. Parte general, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1992, t. II, p. 813; ABELEDA, CÉSAR A., Derecho Civil. Parte General, Astrea, Bs. As., 1980, t. 2, p. 318, LLAMBÍAS, JORGE J., Tratado de derecho Civil. Parte general, cit., t. II, ps. 233 y 443 y ss.

(38) Y cabe recordar que POTHIER, enseñaba que "La violencia que puede dar lugar a la rescisión de un contrato ha de ser una violencia injusta, adversis bonos mores" (POTHIER, R. J., Tratado de las obligaciones, cit., p. 27, N° 25).

Como bien dice STARCK, "la violencia no vicia el consentimiento más que si ella es injustificada"³⁹. Si bien nuestro Código no se ha pronunciado al respecto, pareciera que interpretando a similitud de la solución del art. 939 C.C. es esta la única conclusión posible.

2. **La violencia debe ser irresistible:** Bien han expuesto CIFUENTES Y SAGARNA que "el sometimiento debe ser irresistible, en el sentido de que la víctima carezca de medios para oponerse o resistir la coacción que sufre"⁴⁰. Ese carácter de "fuerza irresistible" que toma en cuenta el art. 936 C.C. implica que no cualquier violencia libera de las consecuencias de un acto pues, en caso contrario, como bien dijo el maestro BETTI, con cita de FUNAIOLI, "el derecho no tiene motivos para asumir la tutela de los medrosos y cobardes frente a amenazas a que den crédito"⁴¹. La violencia es irresistible cuando posee tal condición para un hombre medio, un hombre razonable⁴², a diferencia de lo que ocurría en el derecho romano que exigía que la violencia fuera capaz de conmovir al hombre más valiente⁴³. Creemos menester recordar que nuestro artículo 936 al mentar la "fuerza irresistible" no brinda pautas para su apreciación.

Podría ser de utilidad, valerse entonces de la pauta dada por el art. 1112 del Código Napoleón: para juzgar la violencia debe tenerse en cuenta la edad, el sexo y la condición de las personas. Desde luego, entonces, que no se podrá juzgar la violencia ejercida contra un hombre fornido de igual manera que la ejercida contra una mujer joven de

(39) STARCK, BORIS, Droit civil. Obligations, cit., p. 431

(40) CIFUENTES, SANTOS - SAGARNA, FERNANDO A., Código Civil comentado y anotado, cit., t. I, p. 665.

(41) BETTI, EMILIO, Teoría general del negocio jurídico, cit., p. 344, nota 11 in fine.

(42) COLIN, AMBROISE - CAPITANT, H., Cours élémentaire de Droit Civil Français, Dalloz, París, 1915, t. II, p. 300.

(43) Merecen referirse sobre este aspecto los brillantes desarrollos de POTHIER; este genial jurista se adelantó a su época, al enseñar que la violencia que hace anular el contrato por defecto de libertad, debe, según los principios del Derecho romano, ser de una violencia tal, que sea capaz de hacer impresión en una persona valerosa; *Metus non vani hominis, sed qui in homine constantissimum cadat* (L. 6, Dig.). Explicó también que este principio no es justo, sino excesivamente rígido para que pueda seguirse al pie de la letra; se debe tener mucho cuidado, con la edad, el sexo y condición de las personas; el temor que puede no ser juzgado suficiente para intimidar el espíritu de un hombre de una edad madura o de un militar, puede ser juzgado suficiente tratándose de una mujer o un anciano (POTHIER, op. cit., ps. 26 y 27, N° 25).

condición frágil; ni la ejercida contra un experto en artes marciales como la sufrida por una persona que sufre cierta discapacidad.

3. **La violencia debe ser determinante:** No sólo debe serle imposible al violentado sustraerse a dicha fuerza, "sino que ella debe haber sido la causa determinante del acto, por haber influido en su realización, atendiendo a las condiciones personales de la víctima"⁴⁴. En palabras de MAZEAUD-CHABAS, "puesto que la violencia es un vicio del consentimiento, sólo acarrea la nulidad del contrato, como el error o el dolo, cuando ha determinado a la víctima a contratar..."⁴⁵. Es decir que si la fuerza no fuera irresistible o si pese a no existir la violencia, la víctima hubiera igualmente celebrado el acto, la violencia carece de incidencia real en la voluntad del violentado y, consecuentemente, no ha operado en ese caso como vicio⁴⁶.

Cabría analizar si se requiere además que la violencia no sea generalizada, criterio que no nos parece aceptable, porque trasuntaría una inaceptable inmoralidad. Por el contrario, la existencia de un sistema violento debe implicar una mayor facilidad de prueba, en vez de revertir sus efectos sobre las víctimas.

Contrariamente a este criterio, en un fallo argentino se dijo que el Código Civil es un sistema de derecho privado, que ha presupuesto conductas individuales dirigidas a fines precisos, y aun la violencia prevista como vicio de la voluntad debe poder incluirse en este concepto. Una violencia generalizada no es intimidación, porque en tanto toda la sociedad estuviera atemorizada no podría uno de sus miembros predicar la nulidad de sus particulares negocios a fin de hacer soportar los efectos de la calamidad pública de sus prójimos⁴⁷. No compartimos dicha tesisura.

(44) CIFUENTES, SANTOS - SAGARNA, FERNANDO A., Código Civil comentado y anotado, cit., t. I, p. 665.

(45) MAZEAUD, HENRI, JEAN & LÉON - CHABAS, FRANÇOIS, Derecho Civil. Obligaciones, cit., t. I, p. 262.

(46) BUJES, ALBERTO J. - HIGHTON, ELENA I., Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, cit., t. 2B, p. 498.

(47) CNCom., sala D, 15/5/84, "García Freire, Juan A. c. Costera Criolla, S. A.", LA LEY, 1984-C, 465 y DJ 1985-1-344. Se agregó en ese caso que "No resulta procedente la demanda enderezada a obtener la nulidad de una cesión onerosa de una participación accionaria en una sociedad fundada en el estado de violencia existente en ese momento, como consecuencia de conflictos gremiales y políticos, si el actor no ha probado un vicio de intimidación dirigido a ese negocio en particular, máxime cuando la litis se ha fundado en hechos históricos generales y no en una intimidación dirigida subjetivamente contra aquél,

Es más, nos parece que la actitud contraria ha enaltecido al derecho francés, luego de la liberación de París de los nazis. Haber utilizado el carácter generalizado de la violencia nazi, para negar la legitimidad de la pretensión de diversos ciudadanos franceses de recuperación de valiosas obras de arte de sus ancestros asesinados o violentados, hubiera sido claramente una inmoralidad que el Estado francés no cometió⁴⁸.

Luego de la Liberación se dictó la Ordenanza del 21 de Abril de 1945, que reglamentó los criterios y procedimientos para la devolución de los bienes expoliados. Como bien dice PASSA, "ella buscó borrar una situación intolerable disponiendo la nulidad de los actos de disposición constitutivos de expoliación y la restitución a las víctimas de los bienes que les fueron expoliados"⁴⁹.

Es cierto que el texto de dicha Ordenanza suscitó considerables dificultades de interpretación; pero también lo es que era imposible prever la infinidad de actos de expoliación cometidos por los nazis, ni todas las consecuencias que esos actos habrían de entrañar. Como quiera que sea las miles de decisiones dictadas a partir de la Ordenanza, buscaron hacer justicia material en numerosos casos, por aplicación de nociones nuevas, que se apartaron del régimen de derecho común en materia de nulidades y restituciones⁵⁰.

invocando aquellos hechos para deshacer un negocio inter-individual cuando la situación general varió".

(48) Tampoco la doctrina francesa cometió el pecado de no querer ver el problema de las expoliaciones -arquetipos de actos arrancados con violencia- o de pretender tapan el sol con los dedos pulgares; la Ordenanza del 21/4/45 (publicada en el Boletín Oficial del 22 de Abril de 1945) fue objeto de medulosos -y bien intencionados- comentarios de los maestros del derecho francés, tendientes no a destruir el régimen que ella establecía sino a optimizarlo y a extraer luz de sus eventuales oscuridades (Cfr. EISMEIN, PAUL, L'ordonnance du 21 avril 1945 sur la nullité des actes de spoliation, en "Gazette du Palais", t. 1945-2, sec. Doctr., p. 1; LYON-CAEN, G., Les spoliations, tesis, París, 1945; MANIGAND, R., Essai sur l'ordonnance du 21 avril 1945, tesis, CLERMONT-FERRAND, 1946; SARRAUTE, R. - TAGER, P., La restitution des biens spoliés dans ses rapports avec le droit commun et les ordonnances des 12 novembre 1943 et 9 août 1944, en "Gazette du Palais", t. 1945-2, sec. Doctr. p. 23; VOIRIN, P., L'ordonnance du 21 avril 1945, en "Lois Nouvelles", t. 1945-1, ps. 27 y 39; WEIL-CURIEL, A - CASTRO, R., Spoliations et restitutions - Commentaire théorique et pratique de la législation relative aux spoliations, RG Ed., París, 1945.

(49) PASSA, J., Condamnation du musée du Louvre à restituer des tableaux aux héritiers des propriétaires spoliés durant l'Occupation, Recueil Dalloz, t. 1999, sec. Jurisprudence, p. 535.

(50) PASSA, J., Condamnation du musée du Louvre à restituer des tableaux aux héritiers des propriétaires spoliés durant l'Occupation, Recueil Dalloz, t. 1999, sec. Jurisprudence, p. 535.

Y para apreciar la magnitud de las consecuencias de las transferencias patrimoniales efectuadas bajo violencia, durante la ocupación nazi, baste decir que pese a que resolvió muchos casos, la Ordenanza citada no consiguió dar solución a muchos otros; cuando ello quedó evidenciado, luego de muchos años de intentos, el Estado francés creó la Comisión Mattéoli, instituida el 25 de marzo de 1997 por decisión del Primer Ministro, encargada de estudiar los casos remanentes de expoliación de bienes confiscados a los judíos residentes en Francia, ocurridos durante la ocupación nazi⁵¹.

Al año siguiente del 31 de Noviembre al 4 de Diciembre de 1998, se desarrolló en Washington la conferencia sobre la expoliación de los Judíos durante la Segunda Guerra Mundial.

Y la Corte de Apelaciones de París, en sentencia del 2 de Junio de 1999, condenó al Museo del Louvre a restituir diversas obras de arte a los propietarios que habían sido expoliados en 1941, durante el terror nazi⁵². Verdaderamente constituía una afrenta para la justicia francesa que las paredes de su emblemático museo mostraran obras de arte manchadas de sangre inocente o arrancadas violentamente de manos de sus legítimos dueños. La del 2 de Junio de 1999, es una de esas sentencias que no necesitan explicación: conmueven las fibras más íntimas de las personas de bien, como sólo la conmueven las decisiones verdaderamente justas, magníficamente justas.

VI. Violencia ejercida por el cocontratante

La violencia y la intimidación pueden ser causadas tanto por la otra parte contratante como por un tercero, que no intervenga en el contrato o en el negocio jurídico.

El art. 941 del Código Civil argentino expresa que "La fuerza o la intimidación hacen anulable el acto, aunque se haya empleado por un tercero que no intervenga en él".

En virtud del mismo, es claro que no cabe hacer distinciones sobre de quien emanó la violencia; simplemente, la violencia vicia el acto porque elimina la libertad del agente.

Pero, cuando la violencia ha sido cometida por el cocontratante, además de la norma directamente aplicable citada, el principio de la buena fe se opondría a que el acto pudiera pretender ser validado.

(51) La Comisión Mattéoli puso de resalto en un informe suyo que la Administración, y sobre todo la Dirección de Museos de Francia, debían consagrar los mayores esfuerzos para identificar a los propietarios de las obras expoliadas.

(52) Vid el fallo in extenso en Recueil Dalloz, t. 1999, sec. Jurisprudence, ps. 535 y ss.

Respecto de esta cuestión ya POTHIER enseñó hace centurias que "Cuando la violencia ha sido cometida por aquel con quien he contratado, o cuando él ha participado de la misma, la convención no es válida, ni según el Derecho Civil, que da una acción para hacerlo rescindir, ni mucho menos según el Derecho Natural. Pues aun cuando se supusiera que resultaría una obligación de mi parte para con vos del consentimiento que yo hubiese dado al contrato, bien que arrancado por la violencia, la injusticia que vos habéis cometido para conmigo ejerciendo violencia, o obliga de vuestra parte a indemnizarme de lo que yo he sufrido, y esta indemnización consiste en libramme de la obligación que vos me habéis forzado a contratar, de donde se sigue que mi obligación, aun cuando se suponga que exista una, no puede ser válida por Derecho natural; esta es la razón que da Grocio (*de Jure bell., L. 2, cap. II, n° 7*)"⁵³.

VII. Violencia ejercida por un tercero

Desde los tiempos de Roma, el derecho ha diferenciado la violencia del dolo en lo tocante a la intervención de terceros⁵⁴.

En Roma el dolo no era considerado como un vicio del consentimiento, más que cuando había sido practicado por una de las partes contra la otra, a diferencia de la violencia que en cualquier caso viciaba el acto. La explicación que dan los juristas de esta disposición consistía en que los autores de los actos de violencia son casi siempre sujetos insolventes, por lo que el recurso abierto contra ellos solos (cuando la violencia es obra de un tercero) sería ilusorio. Se abrió así la posibilidad de anular el contrato, quienquiera que fuera el culpable de la violencia⁵⁵.

También POTHIER se ocupó de esta cuestión, enseñando que "Cuando la violencia que se ha ejercido contra mí para obligarme a contratar ha sido ejercida por un tercero, sin que aquel con quien yo he contratado haya sido participante, el Derecho civil no deja por esto de venir en mi auxilio, puesto que rescinde todas las obligaciones contratadas con violencia, venga esta de la parte que quiera"⁵⁶.

(53) POTHIER, R. J., Tratado de las obligaciones, cit., p. 24, N° 22.

(54) RIPERT, GEORGES - BOULANGER, JEAN, Tratado de derecho civil según el Tratado de Planiol, trad. Delia García Daireaux, Ed. La Ley, Bs. As., 1965, t. IV, vol I, p. 138, N° 196.

(55) Cfr. RIPERT, GEORGES - BOULANGER, JEAN, Tratado de derecho civil..., cit., t. IV, vol I, p. 139, N° 196.

(56) POTHIER, R. J., Tratado de las obligaciones, cit., ps. 24/25, N° 23.

Y agregaba luego el gran maestro POTHIER que "La convención no es, pues, menos viciosa, bien que aquel con quien me he visto obligado a celebrarla no haya tenido parte en la violencia. Pues, bien que él no hubiese tomado parte, mi consentimiento no es por esto menos imperfecto; y es esta imperfección de mi consentimiento lo que la ley ha tomado en cuenta para desligarme de la obligación que se pretende hacer resultar de la misma: *Neque enim lex adhibenti vim irascitur, sed passo succurrit, et iniquum ille videtur id ratum esse, quod aliquis, non quia voluit, pactus est, sed quia coactus est: nihil autem refert per quem illi necesse fuit: iniquum enim, quod rescinditur, facit persona ejus qui passus est, non persona facientis.* (Séneca, *Controver.*, IV, 26)"⁵⁷.

De allí la regulación pasó al Código Napoleón que en su art. 1111 estableció –y todavía establece– que "La violencia ejercida contra quien ha contraído la obligación, es una causa de nulidad, aun cuando ella haya sido ejercida por un tercero que no sea aquel en beneficio del cual ha sido hecha la obligación"⁵⁸.

Nuestro Código se ha ocupado de esta temática en sus arts. 941 –ya transcritos– a 943. El primero de ellos no distingue entre contratante y tercero si existió violencia. Cabe afirmar que esta norma sigue la senda de los diversos ordenamientos del derecho continental, que protegen los actos con mayor énfasis contra la violencia que contra el dolo⁵⁹.

El art. 942 indica que "Si la fuerza hecha por un tercero, fuese sabida por una de las partes, el tercero y la parte sabedora de la fuerza impuesta, son responsables solidariamente para con la parte violentada, de la indemnización de todas las pérdidas e intereses".

Y el art. 943, último de este Capítulo, declara que "Si la fuerza hecha por un tercero, fue ignorada por la parte que se perjudica con la nulidad del acto, el tercero será el único responsable de todas las pérdidas e intereses".

De la lectura de estas normas se aprecia que la violencia de un tercero da lugar a la anulación del acto, lo mismo que si la violencia la ejerce una de las partes⁶⁰.

Podría también darse el caso de que exista complicidad entre el contratante y un tercero que ejerce actos materiales de violencia; en este

(57) POTHIER, R. J., Tratado de las obligaciones, cit., ps. 25/26, N° 23.

(58) Cfr. CD Code Dalloz Civil, 9ª edic., Dalloz, 1999, anotación del art. 1111.

(59) MESSINEO, FRANCESCO, Manual de Derecho Civil y Comercial, Trad. de Santiago Sentís Melendo, Bs. As., EJE, 1979, t. II, p. 442.

(60) BUERES - HIGHTON, Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, cit., t. 2-B, p. 502.

caso, además de anularse el acto, ambos son responsables en forma solidaria de los perjuicios que la violencia haya causado a la víctima.

El Prof. CIFUENTES ha planteado una situación interesante: ¿qué respuesta debe dar el derecho al caso de que el cocontratante tome conocimiento posterior al hecho violento y guarde silencio para evitar la anulación del acto?

Coincidimos con CIFUENTES en que en este caso también existe complicidad y la consecuencia de dicha complicidad es la anulación del acto y la solidaridad entre el cocontratante y el violentador en la reparación de los daños sufridos por la víctima⁶¹.

Se trata de evitar que el violentador o intimidador pueda conseguir la validez de los actos a través de subterfugios.

VIII.a) Prueba de la violencia

Exponen al respecto MAZEAUD-CHABAS que "A la víctima incumbe la carga de la prueba tanto de la violencia como de su carácter determinante"⁶².

En nuestro país, se ha declarado jurisprudencialmente que la prueba de la violencia como vicio de la voluntad, incumbe a la parte que la invoca, debiendo ésta acreditar que concurren en los hechos los elementos y caracteres legales configurativos de aquélla⁶³.

También la justicia de la Madre Patria ha dejado establecido que la violencia viciante del consentimiento, necesita en todo caso de prueba irrefutable por lo mismo que la libertad del consentimiento ha de presumirse⁶⁴.

Es claro que probar la violencia es establecer un hecho jurídico. Todos los medios de prueba están autorizados⁶⁵, máxime en una materia, donde se actúa solapadamente, a fin de no dejar rastros, por lo que también son

(61) CIFUENTES, SANTOS, Negocio jurídico, Astrea, Bs. As., 1986, p. 458, N° 238; en igual sentido, BUERES - HIGHTON, Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, cit., t. 2B, p. 503.

(62) MAZEAUD, HENRI, JEAN & LÉON - CHABAS, FRANÇOIS, Derecho Civil. Obligaciones, cit., t. I, p. 264.

(63) CS Santa Fe, 7/6/89, "Mauri, Luis A. c. Municipalidad de Santo Tomé", DJ, 1990-1-91.

(64) Tribunal Supremo de España, sala 1ª, sentencia del 6/12/85, citada por MORENO GIL, Oscar, Código Civil y jurisprudencia concordada, Ed. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000, comentario al art. 1267, N° 4.252.

(65) MAZEAUD, HENRI, JEAN & LÉON - CHABAS, FRANÇOIS, Derecho Civil. Obligaciones, cit., t. I, p. 264; Cám. 2ª CC La Plata, sala III, 13/4/82, "Desio, Rubén A. c. Conditio, Pablo y otra", DJBA, 123-119.

de aplicación las presunciones, que pueden ser de gran ayuda para el juez⁶⁶.

Mostrar que un acto jurídico está viciado por haberse ejercido violencia, física o moral, sobre la persona del contratante, es siempre difícil puesto que quien la ejecuta toma las debidas precauciones para eludir que ello se ponga en evidencia; por otra parte, la seguridad jurídica impone la estabilidad de los contratos por lo que ha de actuarse con suma prudencia en la apreciación de la prueba que tienda a la nulidad del acto jurídico en cuestión⁶⁷.

También se ha juzgado que quien sostiene que la violencia ha perdurado por algún tiempo posterior a la celebración del acto impugnado, debe probarlo⁶⁸.

Si bien todo lo anterior es cierto, consideramos que esta sería una materia ideal para la aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, mejor llamada principio de facilidad⁶⁹.

Al violentador le es más fácil demostrar que no ha ejercido violencia alguna contra la presunta víctima. Por ello, podría llegar a vulnerar el principio de buena fe procesal que una persona a quien se reputa violenta y aprovechada, permanezca ensimismada en el proceso, aguardando impasible que la contraria –supuesta víctima de su violencia– pruebe acabadamente sus dichos.

El presunto violentador debe colaborar con el órgano judicial, haciendo su esfuerzo procesal para demostrar que su conducta no ha sido violenta ni irregular.

VIII.b) Apreciación de la prueba de la violencia

La cuestión clave para dar mayor o menor amplitud al vicio de violencia finca en la apreciación de la prueba de la violencia.

(66) BUERES, ALBERTO J. - HIGHTON, ELENA I., Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, cit., t. 2B, p. 502

(67) C2ª CC La Plata, sala III, 13/4/82, "Desio, Rubén A. c. Conditio, Pablo y otra", DJBA, 123-119.

(68) C1ª CC Mar del Plata, sala II, 7/2/80, "Carbón, Nielsen y otra c. Navarro Hnos., S. A.", SP LL, 980-418.

(69) Lo que entre nosotros se conoce como cargas probatorias dinámicas, no constituye ninguna novedad en la Madre Patria, donde el Supremo ha considerado desde antiguo que la norma distributiva de la carga de la prueba no responde a unos principios inflexibles, sino que se deben adaptar a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte (Cfr. Tribunal Supremo de España, sala 1ª, 8/3/91, ponente: Sr. Morales Morales, Archivo LL 1991- 2357, con cita de fallos de varias décadas antes).

Un celo excesivo en la exigencia probatoria conducirá a una prueba diabólica y a la frustración del intento anulatorio.

Por el contrario, una cierta liviandad en esa apreciación tendrá por resultado una relativa munificencia en la anulación de actos, que en algún caso pueden no merecerlo.

Por ello, en esta materia, como en casi todas, en el justo medio entre el exceso y el defecto, radica la virtud del juez en la apreciación de la prueba.

La prueba colectada en la causa debe ser apreciada con prudencia, pero sin rigores excesivos. En este tipo de casos no hay recetas infalibles a priori; lo más importante es captar adecuadamente las circunstancias del caso y apreciar los hechos afirmados, a la luz de las circunstancias de tiempo, lugar y personas. La necesidad de la apreciación en concreto de los hechos configurativos de violencia, de acuerdo a las circunstancias del caso, ha sido enfatizada por prestigiosa doctrina⁷⁰, con la que coincidimos.

A modo de cierre recordaremos un fallo argentino, en el que se decidió agudamente que el criterio amplio para apreciar el material probatorio no significa desconocer que todo vicio del acto jurídico es de estricta consideración. Por ello, en la duda, debe prevalecer la vigencia del negocio, por lo que no es posible destituir de efectos a los actos jurídicos en virtud de meros indicios más o menos elaborados a través de hechos no demostrados⁷¹.

IX. La violencia y algunos supuestos

IX.a) Ejemplos corrientes

Los ejemplos típicos de violencia brindados por los autores son: la firma de un documento, llevado por la mano de otro al estamparla⁷²; el caso del empujón dado a una persona que lo impulsa sobre el cristal de una vidriera, no puede imputarse al violentado, ni menos considerarse voluntario; si alguien toma la mano de una persona y con fuerza irresistible le hace estampar su impresión digital en un instrumento en el que se consigna que lo hace porque no sabe o no puede firmar, no es el violentado quien ejecuta el acto, sino aquel que ejerce la fuerza; lo propio, si una

(70) WILLMANN, A., Violence, contrat et religion, Recueil Dalloz, t. 2000, sec. Jurisprudence, p. 76.

(71) CNCom., sala C, 4/9/96, "Gargantini, Roberto y otros c. Inversora Iberoamericana SA y otros", LA LEY, 1996-E, 664 (39.081-S).

(72) BELLUSCIO, AUGUSTO C. - ZANNONI, EDUARDO A., Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, Ed. Astrea, Bs. As., 1982, t. 4, p. 236.

persona toma la mano de otra y coloca en ella un puñal y lo presiona físicamente de tal manera que lo constriñe a asestar una puñalada a alguien, ese hecho no es imputable al violentado por fuerza⁷³.

La violencia puede ser positiva o negativa; la primera se da por caso cuando mediante presión física se hace apretar a otro el gatillo del revólver para que asesine a alguien, o se lo empuja para que entre en un lugar, o se le hace levantar la mano en un asamblea; el segundo supuesto, de fuerza negativa, se produce cuando a alguien se lo encierra para que no pueda actuar o se lo maniatada, impidiéndole de tal modo cumplir un acto, hacer un pago, presentar un reclamo en tiempo hábil, etc⁷⁴.

IX.b) Ejemplos menos corrientes

Los autores normalmente no asignan mayor importancia a la violencia física, sino a la psicológica, afirmando comúnmente que la primera constituye casi un ejemplo de escuela⁷⁵.

No estamos de acuerdo con esa afirmación. Creemos que si la fuerza física o vis absoluta, pudo configurar hasta hace algunos años casos no corrientes de actos viciados, hoy la realidad argentina muestra señales indelebiles de la multiplicación de actos arrancados por la fuerza.

Las actuales condiciones de nuestro país, donde bandas armadas de gran peligrosidad han ganado la calle, secuestrando por horas, días o meses a personas, a las que someten a virtuales sesiones de tortura y atemorización, en las que no es posible distinguir qué segmento de la tortura es calificable como violencia y cuál como intimidación.

Nos parece que quien está siendo sometido a tortura o golpeado violentamente, y a la vez es amenazado con golpearlo hasta que muera, difícilmente se halle en un estado como para comprender si contesta al interrogatorio de sus captores sobre la magnitud del rescate a pedir, o sobre su solvencia económica, por ser violentado o intimidado.

Una disquisición tal le parecería una ocurrencia a quien ha sido torturado –ni hablar de cuando lo está siendo–; sería para él una distinción

(73) ABELENDA, CÉSAR A., Derecho Civil. Parte General, cit., t. 2, ps. 318/319.

(74) CIFUENTES, SANTOS, Elementos de Derecho Civil. Parte General, Ed. Astrea, Bs. As., 1988, p. 241.

(75) Parcialmente en esta línea, Borrell y Soler enseñaba que "En las relaciones familiares raramente se pueden presentar casos de violencia que fueren a realizar actos jurídicos; pero son menos raros, aunque no frecuentes, los de intimidación. Por coacciones de este género pueden renunciarse derechos derivados de la patria potestad, reconocerse como hijos naturales a personas que no lo son, contraerse matrimonios... concederse emancipaciones, etc" (BORRELL Y SOLER, ANTONIO M., Nulidad de los actos jurídicos según el Código Civil español, cit., p. 394).

bizantina, carente de todo interés. Máxime cuando los mecanismos del cuerpo y la mente humana para soportar el dolor y el sufrimiento no son del todo conocidos.

Felizmente esta no es la única tesitura, sino que otros autores, como BORDA no hacen diferencia entre una y otra especie, entendiendo que la violencia por ser tal, produce la nulidad del acto sin entrar a considerar el grado de violencia padecido, por entender que es artificiosa la distinción entre fuerza e intimidación⁷⁶.

Cabe recordar que BAUDRY-LACANTINERIE Y BARDE no atribuyeron tampoco ninguna importancia a la distinción entre la violencia física y la violencia moral, porque si la primera altera el consentimiento, es por el temor de ver prolongado el sufrimiento o de padecer nuevas vías de hecho. Ellos consideraron que en las dos hipótesis la voluntad es siempre determinada por el mismo elemento: el temor⁷⁷.

Y no debe hacerse a un lado que el Prof. RIVERA con agudeza escribió, siguiendo a SALVAT, que violencia e intimidación constituyen el mismo vicio, "que comprende diversas formas de coerción, sobre la persona, con la finalidad de que otorgue un acto"⁷⁸.

Por último, en un inteligente fallo español se decidió que "cuando la acción conminativa se acompaña con armas o instrumentos ofensivos capaces de producir daño corporal, el resultado intimidatorio es evidente, considerándose violencia física no sólo el acontecimiento sino toda acción o ímpetu de fuerza ejercitado sobre una persona para vencer su resistencia"⁷⁹.

En verdad, en la práctica no existe gran diferencia entre ambas especies de la violencia, y además, la contemplación de armas de fuego no es vista por la víctima como intimidación, sino como una forma directa y expresa de violencia, como bien lo marca la Audiencia de Vitoria.

Ello así, la distinción trazada entre ambas formas de violencia parece abstracta, y no consistente con la realidad de los sucesos.

Por otra parte, dejando de lado la tortura, en el ámbito del derecho privado existen ejemplos actuales que demuestran que la distinción entre

(76) BORDA, GUILLERMO A., Tratado de derecho civil. Parte general, Bs. As., Perrot, 1970, p. 330, N° 1161.

(77) BAUDRY-LACANTINERIE, G - BARDE, L., Traité théorique et pratique de droit civil. Des obligations, París, 1906, t. II, ps. 113 y ss. N°s. 72 y ss.

(78) RIVERA, JULIO C., Instituciones de Derecho Civil. Parte general, cit., t. II, p. 813, N° 1308.

(79) Audiencia Provincial de Vitoria, 18/5/82, ponente: Sr. Lozano Gutiérrez, en LA LEY (Esp.), t. 1982-3, p. 270.

violencia e intimidación no responde muchas veces a la realidad de los sucesos de nuestros días sino a esquemas superados.

La pregunta del millón es **¿cuál sería uno de esos ejemplos?**

Por nuestra parte creemos que la contratación electrónica e informática aumenta exponencialmente los riesgos de la contratación viciada por error, y también por violencia.

Piénsese que últimamente es una modalidad delictiva común –se produce por centenares cada año, especialmente en el conurbano bonaerense– el secuestro express de una persona, que es retenida por delincuentes contra su voluntad a bordo de un auto por espacio de horas y obligada a recorrer cajeros bancarios automáticos, con su tarjeta de débito o crédito. Y durante el trayecto la persona es golpeada, se le tira de los cabellos y ha habido casos en que se le ha arrancado alguna uña o cortado algún dedo; ello, además de amenazarla con variados resultados, que van desde ser arrojada del auto en movimiento hasta violada, asesinada, etc.

Si una persona luego de un via crucis tal, finalmente ingresa al cajero con un captor y mientras es golpeada en los riñones o en el hígado con golpes de puño y amenazada, pulsa correctamente los números de su clave bancaria, extrae dinero y lo entrega al secuestrador, creemos que constituye una disquisición abstracta y baldía, la de pretender discernir si ha sufrido fuerza física irresistible o intimidación moral. Basta, creemos con decir que la víctima ha sido violentada, que ha sufrido un nivel de violencia que le resultó irresistible y que tal acto no ha sido libre.

La realidad agitada de nuestros días demuestra que cuando una persona es forzada, por ejemplo introduciéndola contra su voluntad en un cajero automático bancario, para extraer dinero, no es llevándole los dedos al teclado y haciéndole marcar números al azar como se produce el saqueo de su cuenta bancaria. Es, por el contrario, golpeándola a discreción en el automóvil en que se la conduce, especialmente en los planos bajos, el estómago, los riñones, los testículos, zonas todas que magnifican la sensación de dolor, apretándole los dedos con una pinza, cortándole alguno o arrancándole las uñas con una tenaza⁸⁰.

Este “ablandamiento” de la víctima, que normalmente es también golpeada –aunque más suavemente– dentro del cajero, determina a la persona a hacer cualquier cosa con tal de que cese la violencia que sufre.

(80) Quien dude de lo que decimos, recuerde la magnitud de la violencia empleada sobre el Sr. Strajman, revelada recientemente en un juicio criminal muy comentado, a quien se lo vejó de mil maneras y se le cortó un dedo con una tenaza, luego de molérselo a golpes de martillo para “insensibilizarlo”.

En ocasiones, puede ser el miedo a sufrir mayores daños lo que lleva a la víctima a pulsar las teclas correctas del cajero para conseguir el dinero y dárselo a sus captos. Pero otras veces es, simplemente, el dolor físico intolerable que ha sufrido y el deseo de que el castigo cese, lo que endereza su voluntad a entregar el dinero, para lo que es requisito pulsar las teclas correctas y completar las operaciones necesarias para extraerlo.

Y a tal punto es este un delito corriente en nuestros días que los bancos líderes de plaza ofrecen un seguro de robo en cajero automático⁸¹.

El mismo razonamiento cabría utilizar para un supuesto similar de que una persona sea tomada de rehén en su propia casa y desde allí, obligada a llamar telefónicamente a un banco con el que opera –de aquí o del exterior– y luego de ser violentamente golpeada o de simular con ella un fusilamiento, a identificarse por la clave secreta para operaciones on line o telefónicas, y “aceptar” una transferencia de dinero de su cuenta a la cuenta de un delincuente del grupo en un paraíso fiscal, donde ni siquiera se chequea la identidad real de quien abre ciertas cuentas.

Esta aceptación de la transferencia ha sido obtenida por violencia, siendo anulable la misma, según el art. 941 C.C.

El resultado concreto sería el mismo, en caso de demostrarse la existencia de un acto viciado por fuerza física o por intimidación, ya que el art. 941 establece la misma consecuencia –anulabilidad del acto–.

Pero, además, la realidad argentina actual permite tener por demostrado que difícilmente quien amenaza a otro, es decir quien lo coacciona psicológicamente, a la par no utilice la violencia para darle más “énfasis” a la amenaza; baste recordar ejemplos recientes de personas secuestradas, a las que se les ha cortado una falange de un dedo (o dos)

(81) El Seguro contra Robo en Cajeros Automáticos fue lanzado primero por el Citibank en 1997; pero se hizo común en el 2000, siendo masiva la suscripción a partir de entonces. Casi todos los seguros de este tipo ofrecidos por los bancos contemplan la posibilidad del robo hasta diez minutos después de efectuada la extracción, en lo que se denomina “plazo operativo”, sin importar si el cliente está dentro o fuera de la entidad. Normalmente el seguro tiene cobertura de hasta dos siniestros, por una suma de hasta \$1000 para el primer siniestro, y el 50% del valor del asalto para el segundo siniestro hasta el máximo de \$500. También tiene cobertura por muerte accidental a consecuencia de asalto por un valor de hasta \$30.000, tratándose de una cobertura mundial durante las 24 horas, todos los días del año. Además el seguro contiene un servicio de protección 24 horas, que incluye: 1) Traslado del beneficiario, en taxi o remise a la comisaría más cercana en caso de robo en cajero automático, dentro de un radio de 25 km; 2) Traslado sanitario en ambulancia hasta el centro médico más cercano en caso de robo con lesiones en cajeros automáticos, dentro de un radio de 25 km; 3) Cambio de combinación de una cerradura hasta \$50 en caso de robo en cajero automático de las llaves del domicilio del titular; 4) Envío de mensajes urgentes.

para enviársela a los familiares, de modo de que "comprendan" que no se trata de una broma.

Pese a lo que pueda decirse desde los ámbitos políticos, la actual coyuntura argentina muestra una elevación creciente del nivel de violencia promedio⁸². Hasta hace unos años quien cometía un delito contra la propiedad, difícilmente afectara a los dueños de esa propiedad. Hoy casi rige la regla inversa y no es raro el caso de robo violento, es decir, donde se producen lesiones, la muerte o la violación de la víctima.

IX.c) Causas externas de la violencia

Algunos autores han postulado que, además, existen casos de violencia no imputables al hecho de un hombre, sino emanados de supuestos de fuerza mayor, que pueden crear una situación que altere la libertad del consentimiento⁸³.

En esta línea, se decidió en un fallo que una situación psicológica análoga a la que, por obra de un interesado se ocasiona con la violencia, puede producirse por un hecho natural o también por un hecho humano, pero no encaminado a ejercer una fuerza irresistible que vulnere la libertad de una de las partes, cuando cree un estado de necesidad en las condiciones previstas por el art. 954 del Cód. Civil; cuando tal estado de necesidad determina la conclusión de un negocio jurídico en condiciones inocuas, entonces se atiende a él, para permitir la rescindibilidad del negocio inter vivos. Ello implica en especial que una de las partes que se haya visto impulsada a contratar en vista de urgentes necesidades personales, por ejemplo a toda costa tratar de obtener dinero para pagar un cirujano o a atender a otro acuciente problema de análoga entidad. Pero a la vez es preciso demostrar que la necesidad era conocida por la otra parte, y que se apoyaba en ello para imponer pactos tan gravosos que no serían aceptados si aquella no estuviese con el agua al cuello: para proporcionarse ventaja y por consiguiente para conseguir indebidamente un lucro en daño del otro⁸⁴.

(82) En la propia página oficial de Internet de la Presidencia de la Nación se consignan datos escalofriantes como que entre enero y agosto del año 2002, sólo en la Capital Federal, se cometieron 135.381 delitos denunciados; mientras que en el período enero - agosto de 2003, la cifra fue de 128.867 (cfr. http://www.presidencia.gov.ar/prensaoficial/txt_show2.php?id=407CONF). Adiciónese a estas cifras un porcentaje por los delitos no denunciados -que son muchos- y se tendrá una idea de la magnitud del problema, más si se piensa que la Capital Federal, dentro de todo es un sitio "seguro".

(83) Cfr. STARCK, BORIS, *Droit civil. Obligations*, cit., p. 430.

(84) CNCiv., sala A, 28/10/80, "Grosso, Arturo c. Álvarez de Zaffé, Aída H.", LA LEY, 1981-B, 130 y ED, 92-607.

Se dijo en otro caso, que el estado de necesidad que comporta vicio de violencia objetiva producto de la coacción de hechos exteriores a quien lo siente o cree sentir, en su acepción estricta, no funciona en nuestro régimen legal como vicio de los actos jurídicos⁸⁵.

Y en otro precedente que el estado de necesidad es un vicio de violencia objetivo, que resulta de coacción de los acontecimientos exteriores, y en su acepción estricta no funciona en nuestro régimen legal como vicio de los actos jurídicos, excepto cuando esas circunstancias son tan duras y apremiantes que impiden la libertad del agente o se acredita la ilicitud de su causa⁸⁶.

X. Consecuencias jurídicas de la violencia

Consideramos que la fuerza irresistible se dará en todos aquellos casos de violencia física absoluta en que la voluntad de la persona que realiza la declaración es sustituida por la del agente violentador, como sucedería si el forzador obligase violentamente a una persona a extraer dinero de su cuenta bancaria en un cajero automático, llevándole la mano para que digite los números de la clave que habilita estas operaciones.

Si bien se piensa, en tal caso la voluntad del sujeto actuante no se encuentra "viciada"; sencillamente, no hay en rigor voluntad alguna, ya que la manifestación externa del querer individual se debe en exclusiva a la violencia ejercida sobre quien acaba exteriorizando una declaración de voluntad que, sin embargo, no se asienta en su verdadero querer.

Por ello, realmente, aunque la doctrina clásica considere que la violencia es uno de los casos típicos de vicio de la voluntad, en rigor, debe ser considerada como ausencia de declaración de voluntad, y como causal de configuración de un acto inexistente.

Bien ha expresado BREBBIA que "la víctima de la violencia no actúa por sí, no obra como un ser dotado de conciencia y voluntad, sino desempeña un rol puramente pasivo, siendo su persona utilizada por el que ejerce la coacción física como un medio material para obtener el propósito buscado"⁸⁷.

En el negocio jurídico concluido mediando fuerza irresistible, se encuentra ausente la voluntariedad de la declaración por falta de uno de

(85) CNCiv., sala G, 4/3/97, "Tagliaferro, Roberto c. Silvente, Juan M.", LA LEY, 1997-E, 885 y DJ, 1997-3-1147.

(86) CNCom., sala B, 29/8/78, "Compañía Gral. de Combustibles, S.A. c. Di Giacomo, Roberto P.", LA LEY, 1979-B, 214.

(87) BREBBIA, ROBERTO, *Hechos y actos jurídicos*, Bs. As., Astrea, 1979, t. I, p. 438.

sus presupuestos esenciales, la libertad, que torna inexistente a la voluntad del sujeto y, por ende, contamina también de inexistencia al negocio todo.

En tal situación, en nuestro concepto, la consecuencia que debe llevar aparejada la violencia debe ser necesariamente la inexistencia del acto forzado, por carecer justamente de uno de sus elementos esenciales para el nacimiento del acto (la libertad)⁸⁸.

Sin embargo, en nuestro Código Civil, los negocios jurídicos celebrados bajo violencia física absoluta o bajo intimidación son declarados anulables. Cabe recordar que el art. 941 CC estatuye que "La fuerza o la intimidación hacen anulable el acto..."

Por si alguna duda quedare, el art. 1045 expresa: "*Son anulables los actos jurídicos, cuando sus agentes obraren con una incapacidad accidental, como si por cualquiera causa se hallasen privados de su razón, o cuando no fuere conocida su incapacidad impuesta por la ley al tiempo de firmarse el acto, o cuando la prohibición del objeto del acto no fuese conocida por la necesidad de alguna investigación de hecho, o cuando tuviesen el vicio de error, violencia, fraude o simulación; y si dependiesen para su validez de la forma instrumental, y fuesen anulables los respectivos instrumentos*".

Estas normas son criticables en lo atinente a la regulación de las consecuencias de la violencia, ya que constituye un grave defecto de técnica jurídica considerar anulable a un negocio en que falta un elemento esencial, que le impide su misma existencia.

En primer lugar, cabe apuntar que en el negocio jurídico celebrado bajo violencia física absoluta no hay voluntad, mientras que en caso de intimidación ésta se encuentra viciada; pese a ello, el Código Civil dispone la misma consecuencia para ambos vicios de la voluntad: y así –en forma criticable desde un hontanar técnico– tanto los contratos celebrados bajo violencia como bajo intimidación serán anulables.

En segundo término, los contratos celebrados bajo violencia absoluta deberían ser normativamente catalogados como inexistentes, al faltar lisa y llanamente la voluntad, elemento esencial del negocio jurídico.

Bien ha expuesto LETE DEL RÍO que "Difiere la intimidación de la violencia material o física en que mediante aquélla se coacciona la voluntad, determinándola en un sentido distinto del que libremente hubiera adoptado, mientras que la violencia, constituida por una fuerza irresistible

(88) Cfr., a mayor abundamiento, sobre la categoría de la inexistencia, LÓPEZ MESA, MARCELO, Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos y procesales, Ed. Depalma Bs. As., 1998, con prólogo del Prof. AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO.

que actúa sobre el sujeto, sustituye el acto del mismo por el hecho productor de dicha fuerza. Por consiguiente, en el primer supuesto existe una voluntad motivada viciosamente, en el segundo falta toda voluntad. De lo que se deduce que, si aquél es un caso de anulabilidad, éste lo es de inexistencia o nulidad del contrato"⁸⁹.

Es dable recordar con prestigiosa doctrina española que "la anulabilidad supone un negocio en el que se dan todos los requisitos esenciales... pero que adolece de un vicio o defecto (especialmente un vicio del consentimiento o un defecto de capacidad) susceptible de motivar su anulación por la justicia"⁹⁰.

No es dudoso, entonces, que no se da esta situación de hecho en caso de mediar violencia física sobre el declarante. Es claro, por el contrario, que los contratos celebrados bajo violencia absoluta deberían ser declarados inexistentes por carecer de un elemento esencial del negocio jurídico.

Creemos que en los casos en que existen causas "excluyentes de la voluntad", se produce el supuesto de ineficacia superlativo, máximo, invalorable. Dicha categoría, a nuestro juicio, no puede ser otra que la inexistencia del acto.

La violencia es una causal de inexistencia –o para quienes no admiten esta categoría, de nulidad absoluta–, al tratarse de un supuesto de suma gravedad, pues da como resultado la ausencia o falta de voluntad, requisito sine qua non para la existencia de un acto jurídico.

La forma de legislar esta cuestión que adoptara el Codificador es errónea. Los actos inexistentes no producen efecto alguno⁹¹, por lo que no son equiparables conceptualmente ni a los nulos, que sí pueden producir efectos indirectos, ni a los anulables, que hasta su anulación son considerados válidos⁹².

(89) LETE DEL RÍO, JOSÉ M., Derecho de Obligaciones, Ed. Tecnos, Madrid, 3ª edic., 1998, vol. II, p. 49.

(90) DE CASTRO, FEDERICO, El negocio jurídico, Madrid, 1967, ps. 503 y ss; DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, El negocio jurídico (Estudios de Derecho Civil), Ed. Montecorvo SA, Madrid, 1987, p. 594.

(91) LÓPEZ MESA, MARCELO, Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos y procesales, cit., p. 106; CORDEIRO ÁLVAREZ, E., El acto jurídico inexistente, en "Boletín del Instituto de Derecho Civil" de la Univ. Nac. de Córdoba, año VII, Oct-Dic, de 1942, p. 254; LLAMBIAS, JORGE J., Vigencia de la teoría del acto inexistente, en "Rev. de la Fac. de Derecho y C. Sociales de la U.N.B.A.", año III, N° 11, Jul-Set. 1948, p. 650; BORDA, G. A., Tratado de derecho civil argentino. Parte General, Bs. As., 1976, t. II, p. 425, N° 1263.

(92) Recuérdese que el art. 1046 del Código de Vélez expresa: "Los actos anulables se reputan válidos mientras no sean anulados; y sólo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulase".

En tal situación, clasificar a un acto forzado –física o moralmente– como anulable, implica un grosero error, al mantenerlo válido hasta la declaración judicial que lo anule.

Bien ha recordado DELGADO ECHEVERRÍA que “es característico de sistema de la anulabilidad que el negocio anulable sea en un primer momento plenamente eficaz. Se dice también a menudo que el negocio es inicialmente válido. Validez que se califica de provisional, potencial (no actual), dependiente, incierta, precaria, amenazada. En todo caso, y sin poner en duda su plena eficacia provisional, ...se trata siempre de un negocio viciado ab origine”⁹³.

Para completar estos desarrollos, puede referirse un meduloso párrafo de DE LOS MOZOS donde expresara que “A diferencia de la acción de nulidad absoluta o de pleno derecho, la acción dirigida a obtener que el contrato sea anulado es constitutiva, en el sentido de que determina la ineficacia de un contrato que anteriormente podía ser considerado como eficaz”⁹⁴.

Esta “anulabilidad” de los actos afectados por fuerza irresistible o por intimidación es muy peligrosa, ya que puede producir como resultado indirecto que tales actos forzados adquieran efectos plenos, por ejemplo, por una posterior venta a un tercero de buena fe de un bien cedido mediando fuerza o intimidación.

El acto anulable es eficaz hasta su efectiva anulación, lo que permitiría aplicar al caso lo dispuesto en el art. 1051 C.C., que podría tener por consecuencia indirecta que un tercero de buena fe adquiera derechos a partir de una enajenación original, forzada por violencia o intimidación.

El Codificador ha catalogado como un vicio de la voluntad a la violencia o fuerza irresistible, cuando en realidad para el que la padece se trata de un no acto, es decir de una apariencia de acto que carece de un elemento esencial para su configuración⁹⁵.

Pero no se limitan a este aspecto los errores del Codificador en esta materia. El art. 941 es incompatible, al chocar de lleno, con el texto de los arts. 922 y 900 del mismo cuerpo.

(93) DELGADO ECHEVERRÍA, JESÚS, La anulabilidad, en “Anuario de Derecho Civil”, t. 29, Madrid, 1976, p. 1023.

(94) DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, El negocio jurídico (Estudios de Derecho Civil), cit., p. 597.

(95) COMPAGNUCCI DE CASO ha seguido la postura del Codificador, postulando que el acto viciado por violencia física resulta equiparable a un acto involuntario, considerando luego que “la sanción que Vélez otorga en el art. 941 haciendo al acto anulable es lo que más se corresponde ante las circunstancias del caso” (COMPAGNUCCI DE CASO, El negocio jurídico, cit., p. 294, § 96 in fine).

Recuérdese que el art. 922 CC edicta: “Los actos serán reputados practicados sin intención, cuando fueren hechos por ignorancia o error, y aquellos que se ejecutaren por fuerza o intimidación”.

En línea con esta manda, el art. 900 C.C. estatuye que “Los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento, intención y libertad, no producen por sí obligación alguna”.

Aún para quienes no admiten la categoría del acto inexistente, sería igualmente cuestionable que el art. 941 declare anulable, lo por el juego de los arts. 900 y 922 debe considerarse absolutamente privado de efectos, es decir nulo.

Lamentablemente, el Codificador que en otras materias ha hecho gala de una precisión y profundidad encomiables, ha cometido en la regulación de la violencia varios errores, confundiendo un supuesto de inexistencia – o de un acto existente sólo en apariencia– con un tipo de anulabilidad, figura muy distante de la que correspondería.

DE GÁSPERI Y MORELLO han expuesto que Baudry-Lacantinerie y Barde, “enseñan que en el caso en que alguno fuera forzado a firmar llevado de la mano y dirigido a pesar suyo, no se aplicaría el artículo 1112, desde que el contrato no sería simplemente nulo, sino inexistente. Tal es, por lo demás, la doctrina enseñada por LAROMBIÈRE, AUBRY Y RAU, DEMOLOMBE, LAURENT, HUC, BUFNOIR, ESMEIN, DEMOGUE, JOSSERAND, etcétera”⁹⁶.

Y por si alguna duda pudiera haber acerca de que se trata de un supuesto de inexistencia, baste decir que un notorio adversario de la inexistencia, el prestigioso Prof. Carlos ROGEL VIDE, ha expuesto en un libro suyo que “... Cabría hablar, si cabe –y algunos lo han hecho–, de inexistencia del contrato para referirse a supuestos en los que la ausencia de algún elemento del mismo impida la propia identificación de éste, o a los supuestos de contratos aparentes o en formación...”⁹⁷.

XI. Efectos de la violencia en nuestro Código

Probado que determinado acto ha sido viciado por violencia, a tenor de lo dispuesto por el art. 941 C.C. procede la anulación del acto, a pedido de parte; procede también, la condena a resarcir los daños y perjuicios que la víctima hubiera sufrido, si los hubiera reclamado en el proceso⁹⁸.

(96) DE GÁSPERI, LUIS - MORELLO, AUGUSTO M., Tratado de Derecho Civil. Teoría general de los hechos y actos jurídicos, cit., t. I, p. 459.

(97) ROGEL VIDE, CARLOS, Derecho de obligaciones y contratos, JMBosch edit., Barcelona, 1997, p. 136.

(98) BUERES - HIGHTON, Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, cit., t. 2B, p. 502.

Esta anulabilidad es relativa y sólo puede ser invocada por quien ha sufrido la violencia, que tiene el derecho de reclamar también indemnización de los perjuicios que hubiera padecido⁹⁹.

XII. La violencia en los Proyectos de unificación

Proyectos de 1987 y de Diputados de 1993

Ninguno de estos Proyectos innovaron en la cuestión que analizamos, al no prever ellos modificaciones a los textos de los arts. 936 a 942 del Código Civil.

Proyecto del P.E. de 1993

El Proyecto de Unificación del Poder Ejecutivo de 1993 sí planeaba innovar en esta temática; la regulación propuesta en esta materia era la siguiente:

Art. 636: "La fuerza irresistible y las injustas amenazas que causen a la parte a la cual se dirigen el temor de sufrir un mal grave e inminente en su persona, en sus bienes o en la persona o bienes de un tercero, provocan la anulabilidad del acto. Para juzgar la trascendencia de las amenazas, se tendrán en cuenta la edad, sexo y demás condiciones del amenazado".

Art. 637: "Ni el temor reverencial ni el ejercicio regular de un derecho afectan la validez del acto".

Art. 638: "La violencia que proviene de un tercero también hace anulable el acto. El resarcimiento de los daños causados, se rige por el art. 635"¹⁰⁰.

Art. 694: "Son anulables los actos jurídicos: ...2) Viciados de error, dolo, violencia, lesión o simulación..."

Proyecto de 1998

El Proyecto de Unificación de 1998 contemplaba en tres normas, la regulación de esta materia. Ellas eran:

Art. 324: "Fuerza e intimidación. La fuerza irresistible y las injustas amenazas que causan a la parte a la cual se dirigen el temor de sufrir un

(99) BUERES - HIGHTON, Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, cit., t. 2B, p. 502.

(100) El art. 635 del Proyecto del P.E. de 1993 establecía: "El dolo que causa la anulabilidad del acto puede provenir de alguna de las partes o de un tercero. Cuando al tiempo de la celebración del acto una de las partes tuviere conocimiento del dolo cometido por un tercero, responderá solidariamente con éste por los daños causados. En los demás casos el tercero será el único responsable."

mal grave e inminente en su persona, en sus bienes o en la persona o bienes de un tercero, provocan la invalidez del acto. Para juzgar la trascendencia de las amenazas, deben tenerse en cuenta las condiciones del amenazado"¹⁰¹.

Art. 325: "Temor reverencial. Ejercicio de un derecho. No configuran violencia ni el temor reverencial ni el ejercicio regular de un derecho".

Art. 326: "Violencia de un tercero. La violencia que proviene de un tercero también hace inválido el acto. El resarcimiento de los daños causados, se rige por el artículo 323"¹⁰².

Habría podido apreciarse de lo expuesto que ninguno de los proyectos de unificación innovan en la temática. Los dos analizados en primer término, directamente no prevén cambios en la regulación de la violencia, mientras que los dos últimos tratados, sí los contemplan, pero los mismos no son sustanciales, permaneciendo los proyectos dentro de la senda marcada por Vélez.

Por nuestra parte consideramos que en una futura –eventual– reforma del Código Civil, sería de interés que la violencia deje de ser vista como un vicio que provoca la anulabilidad del acto, para ser conceptualizada como una causal de inexistencia del acto.

Además consideramos que, tal vez, pudiera ser de interés receptar alguna de las ideas francesas que reseñamos a continuación, paradigmáticamente la figura de la violencia económica.

XIII. Nuevas orientaciones del derecho moderno en materia de vicios del consentimiento: la violencia económica

La realidad de nuestros días presenta perfiles y situaciones radicalmente distintas a las de hace doscientos años. Pretender aplicar a los actos de nuestra época criterios extraídos del Código francés de 1804 sin adaptación alguna, involucra alguna dosis de ingenuidad.

El legislador suele correr a la malicia y al delito desde atrás. Bien ha expuesto un autor francés que en el derecho moderno, se analiza "cuáles

(101) Dicho artículo se encuentra ubicado en el Libro Segundo, titulado "De la parte general", Título V, "De los vicios de la voluntad y de los actos jurídicos", Capítulo III, "Violencia".

(102) El art. 323 del Proyecto establece: "El dolo que provoca la invalidez del acto puede provenir de alguna de las partes o de un tercero. Si al tiempo de la celebración del acto una de las partes tuvo conocimiento del dolo cometido por un tercero, debe responder solidariamente con éste por los daños causados. En los demás casos el tercero es el único responsable".

son aquellas condiciones en que la ley puede dar validez a un contrato, lo que lleva a preguntarse de manera muy concreta, si debe o no privilegiarse una concepción extensiva de los vicios del consentimiento (error, dolo o violencia) y de la lesión, debiendo el jurista plantearse el rol dinámico que los tribunales deben hoy hacer jugar a la causa para hacer de ella un instrumento al servicio de un gran equilibrio contractual¹⁰³.

No debe asombrar que habiendo entendido la magnitud de los valores en juego y las dificultades existentes, el legislador francés haya parcializado el derecho, creando instituciones adaptadas más eficazmente a cada parcela. En el caso que nos ocupa, por ejemplo, el derecho anticoncurrencial francés, ha creado una causal de violencia más fina, más sutil que la clásica violencia civilista: la violencia económica.

Una consecuencia obvia de la entronización de la figura de la violencia económica es que por aplicación de ella, la violencia puede emanar tanto de una persona jurídica como ser ejercida sobre una sociedad¹⁰⁴.

También el derecho consumerista francés ha adoptado "su" concepto de violencia. Es del caso recordar que la violencia, en el derecho francés del consumo, vicia las hipótesis en que el consumidor se encuentra en una situación tal que él contrate bajo los efectos de una coacción. Esta situación se caracteriza menos por su fuerza o su virulencia, su carácter determinante o ilegítimo (como en el derecho común de las obligaciones), que porque sus víctimas se encuentran en situación de debilidad o de ignorancia. Para comprender el concepto, debe entenderse que a *contrario* sensu, la violencia no se configurará si el contratante no era ignorante o débil¹⁰⁵.

Para tener una idea completa de la existencia de nuevos paradigmas de vicios de la voluntad en el derecho francés moderno, debe sumarse a la existencia de estas nuevas figuras, una apreciación más sutil, más fina de las causales clásicas, paradigmáticamente el dolo y la violencia¹⁰⁶.

La regulación anticoncurrencial francesa ha hecho que la teoría de los *vicios del consentimiento* se aplique con importantes adaptaciones al

(103) JAMIN, Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil, Recueil Dalloz, t. 2002, sec. Chroniques, p. 901.

(104) Cfr. NOURISSAT, La violence économique, vice du consentement: beaucoup de bruit pour rien?, en Recueil Dalloz, t. 2000, sec. Chroniques, p. 369.

(105) WILLMANN, A., Violence, contrat et religion, Recueil Dalloz, t. 2000, sec. Jurisprudence, p. 76.

(106) CHAUVEL, PATRICK, Dol, erreur et contrainte, Recueil Dalloz, t. 1997, sec. Jurisprudence, p. 20.

derecho de las ententes y que, por caso, la figura de la violencia sea aprehendida con mayor amplitud que en derecho civil, captando también la violencia económica¹⁰⁷.

Un meduloso estudio sobre dicha causal, expresa agudamente que "La jurisprudencia reciente registra un cambio de paradigma sobre el punto muy sensible de la violencia. Abandonando la idea de la violencia que naturalmente pudiera causar impresión sobre una persona razonable, que establece una relación de fuerza de persona a persona, ella ha tomado en cuenta el parámetro de la fuerza económica que, en ciertas circunstancias, puede degenerar en abuso. También se ha dicho que ella ha transferido el centro de gravedad de la violencia del individuo al mercado. Es allí donde tal o cual persona—física o moral—que hace presión sobre su cocontratante, puede producir una fuerza económica dominante que somete a una fuerza económica dominada. En adelante, no será cosa de dos personas que se contraponen sino de dos sujetos del mercado que se enfrentan, y el contrato es la expresión de este enfrentamiento. Del simple "cambio de valores", que hacía abstracción del mercado, hemos pasado a la idea de "posición económica"¹⁰⁸.

La teoría de la violencia económica intenta desanudar un nudo gordiano, que se presenta como una aporía: en un régimen liberal, donde florecen los contratos, existe una contradicción original: de una parte, se da una desigualdad económica entre los contratantes, que es consustancial al mercado; y de otra parte, la libertad del consentimiento debe ser respetada. ¿Cómo conciliar la desigualdad con la libertad? Esa es la cuestión que ha procurado responder la teoría francesa de la violencia económica¹⁰⁹.

Con gran tino se ha expuesto, intentando disolver el dualismo, que "las presiones ejercidas sobre un contratante al momento de la formación del contrato, y susceptibles de afectar su libertad y su voluntad, son múltiples y escapan, por ello, a toda tentativa de clasificación. Estas presiones constituyen la esencia de los lazos que se tejen en el período que precede a la conclusión del contrato. El fenómeno es muy banal para ser recordado: empleador/asalariado, cliente/vendedor, empresa/

(107) MALAURIE-VIGNAL, Marie, Droit de la concurrence et droit des contrats, Recueil Dalloz, t. 1995, sec. Chroniques, p. 51.

(108) EDELMAN, De la liberté et de la violence économique, en Recueil Dalloz, t. 2001, sec. Chroniques, p. 2315.

(109) EDELMAN, De la liberté et de la violence économique, en Recueil Dalloz, t. 2001, sec. Chroniques, p. 2315.

proveedor (...), todos los contratantes sufren presiones e influencias. Y será prueba de una cierta candidez jurídica negarlo u ocultar esta realidad... El derecho no tiene vocación de tenerlo en cuenta, salvo que la fuerza devenga en violencia: la fuerza es la negación del derecho, y la violencia, del contrato. Los redactores del Código Civil no lo han olvidado, reservando a la violencia, vicio del consentimiento, una plaza de cierta importancia (al menos cinco artículos)¹¹⁰.

El núcleo de la teoría de la violencia económica radica en dejar de lado los extremos y, entonces, no convertir en violencia cualquier presión, pero tampoco en cerrar los ojos antes graves cercenamientos de la libertad real de negociación, por la existencia de manejos económicos gravemente irregulares, orientados a anular la libertad contractual de una de las partes.

Esta elaboración partió de la base de que si la desigualdad económica no es tenida en cuenta en absoluto, el contrato termina transformándose en un instrumento de sometimiento en el propio nombre de la libertad que el vínculo contractual suprime o reduce, resultando paradójal que alguien utilice la libertad para alienar la ajena.

La teoría francesa de la violencia económica asimila la desproporcionada potencia económica de uno de los contratantes a un supuesto de violencia, y la presenta como una fuerza cuasi irresistible, paralizante, que reduce a su "víctima" al estado de esclavo¹¹¹. En algún caso ha juzgado la Corte de Casación que "la coacción económica guarda relación con la violencia"¹¹². Ello implica no solamente que la psicología de los contratantes es económica, sino también que ella está determinada por la lógica del mercado.

Se juzguen aplicables al derecho argentino o no estas elaboraciones, lo concreto es que ellas demuestran acabadamente que el juez que deba resolver planteos de anulación de actos por violencia, deberá juzgarlos con los ojos bien abiertos y con una actitud proactiva. En esta materia, ni ingenuidades ni preconceptos dan buenos resultados y la única herramienta útil es una contemplación acabada y aguda de parte del juez de las circunstancias del caso y de la situación real de las partes.

(110) WILLMANN, A., Violence, contrat et religion, Recueil Dalloz, t. 2000, sec. Jurisprudence, p. 76.

(111) EDELMAN, De la liberté et de la violence économique, en Recueil Dalloz, t. 2001, sec. Chroniques, p. 2315.

(112) Corte de Casación, 1ª Cám. Civ., 30/5/00, en Dalloz, t. 2000, sec. Jurisprudence, p. 879 y en "Revue Trimestrielle de Droit Civile", t. 2000, p. 827, con observaciones de J. MESTRE Y B. FAGES.

XIV. Observaciones

Somos partidarios de un derecho vivo, práctico –pero no por ello superficial–, y creemos por ende que la teoría general de la violencia debe ser remozada para ser aplicada a la praxis y no para ser conservada en anaqueles y vitrinas, a la manera de los objetos suntuarios destinados a un sueño eterno, interrumpido fugazmente en aquellos pequeños momentos, en que son contemplados por diletantes.

No creemos en un derecho formalizante, morador de arcanos apenas frecuentados por iniciados, que permanezca incomprendible para la mayoría de los operadores jurídicos.

Hemos procurado que nuestra teoría general de la violencia no encaje dentro de aquella genial expresión crítica del maestro PENA LÓPEZ: "¿Se tratará de una "figura fantasmagórica", aparecida en un sueño más del conceptualismo jurídico, que habitase, en un palacio construido en el aire y enclavado en el territorio donde los soldados de plomo montan pomposamente a lomos de caballos de papel: el territorio de las quimeras jurídicas de Wangerow, en el "palacio encantado del Derecho" de Sohm, en cuyos pasadizos se afanase en sorprender a misántropos juristas aficionados, como Dumoulin, a perderse, tan lúdica como inútilmente (al decir de Mainz), por sus "inextricables" y conceptuosos laberintos, en pos del hallazgo de la "sala de las momias" jurídicas?"¹¹³.

Por nuestra parte no creemos ni en los sueños del conceptualismo jurídico ni, menos, en los palacios construidos en el aire, ni en ideas jurídicas abstractas e inaplicables, custodiadas por soldados de plomo montados sobre caballos de papel maché.

Es por eso que no se hallará en nuestro estudio ni sedimentos de un conceptualismo vano, ni inquietudes abstractas, ni artificios sin mayor utilidad.

Nuestra teoría de la violencia como causal de inexistencia del acto dista bastante, entonces, de ser una figura fantasmagórica, constituyendo una herramienta sencilla pero útil en el combate contra la malicia, a condición de ser empleada por manos diestras.

La idea ha sido mostrar una faceta diferente de una herramienta clásica –prácticamente no utilizada– de modo de darle una nueva funcionalidad.

(113) PENA LÓPEZ, JOSÉ M., prólogo a la obra de JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO, La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual, Ed. Tecnos, Madrid, 1998, p. 16.

Hemos intentado construir una teoría general para ser aplicada a la praxis de un país, que muestra diariamente una violencia descarnada y creciente, lo que obliga a pensar que ella también cotidianamente debe afectar las voluntades exteriorizadas en actos jurídicos. Juzgue el lector si esto último es cierto y si hemos logrado nuestro propósito.



LA INTIMIDACIÓN COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO

FÉLIX A. TRIGO REPRESAS

I. Los actos voluntarios

Después de precisar en su art. 897 que los hechos humanos pueden ser voluntarios e involuntarios, nuestro Código Civil nos dice que: "*Los hechos se juzgan voluntarios, si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad*"; o sea, dicho de otra manera, que la voluntariedad del acto requiere que el mismo provenga de un obrar inteligente y libre, que emane de una autodeterminación de su autor.

Pero esa referencia a los requisitos internos de la voluntad se complementa más adelante, con lo que también se dispone en su art. 913 sobre la necesidad de exteriorización o declaración de la misma: "*Ningún hecho tendrá el carácter de voluntario, sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste*". De manera que es preciso que la voluntad interna de un sujeto que tiene discernimiento, intención y libertad, se manifieste además mediante un hecho exterior que permita conocerla e interpretarla⁽¹⁾; debiendo igualmente concordar lo querido, es decir la voluntad interna, con lo expresado.

Precisamente, la intención consiste en el designio o propósito del agente, de realizar precisamente el acto que de hecho llevara a cabo; o sea que media intención cuando existe adecuada correspondencia entre lo enten-

(1) BOFFI BOGGERO, LUIS MARÍA, "Actos voluntarios" en "Estudios jurídicos. Primera serie", Bs. As., Cooperadora del Centro de Derecho y Ciencias Sociales, 1960, ps. 59 y sigtes.; RIVERA, JULIO CÉSAR, "Instituciones de derecho civil. Parte general", Bs. As., Abeledo-Perrot, 1993, t. II, p. 460, n° 1067.

dido y lo actuado, cuando se ha realizado el acto tal como se lo había pensado hacer⁽²⁾.

II. Los eventuales defectos del acto voluntario

Sucede empero, que a veces se produce en los hechos una falta de coincidencia entre la voluntad interior y lo declarado, lo cual puede obedecer entre otras causas a la existencia de un defecto o "vicio" en alguno de los elementos internos del acto voluntario; disponiéndose sobre el respecto en el art. 922 del Código Civil lo siguiente: "*Los actos serán reputados practicados sin intención cuando fueren hechos por ignorancia o error, y aquellos que se ejecutaran por fuerza o intimidación*".

O sea en suma, que la ignorancia y el error son vicios de los actos voluntarios que afectan a la intención; mientras que, pese a que la citada norma alude asimismo a continuación a aquellos actos "*que se ejecutaren por fuerza o intimidación*", en rigor en estos casos el elemento interno afectado no es ya la intención, sino la libertad. Habiendo señalado Segovia que con relación a este último elemento del acto voluntario, la norma del art. 922 tiene perfecta concordancia con otras preceptivas, particularmente con los arts. 897, 900, 936 y con la última frase de la nota al art. 941 "El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia..."⁽³⁾.

Por ello es que cuando aparece una falla en cualquiera de esos tres componentes del obrar humano: el discernimiento, la intención o la libertad, la voluntad resulta "viciada" y el acto ya no es "voluntario". En efecto, la existencia de "vicios" de la voluntad determina que ésta resulte alterada en su formación, como así que también lo sea su ulterior exteriorización en razón de tal antecedente⁽⁴⁾.

Y nuestro Código reconoce como vicios del consentimiento a dos que afectan a la intención: el dolo y el error; y a otro que incide sobre la libertad de los sujetos: la violencia; la que a su vez puede ser física o moral.

(2) ARÁUZ CASTEX, "Derecho Civil. Parte general", Bs. As., Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1974, t. II, p. 161, n° 1344; BREBBIA, ROBERTO H. "Hechos y actos jurídicos", Bs. As., Astrea, 1979, t. I, p. 48, § 8; RIVERA, ob. cit., t. II, p. 465, n° 1077; CIFUENTES, SANTOS en el "Código civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado" de BELLUSCIO, AUGUSTO C. Y ZANNONI, EDUARDO A. Bs. As., Astrea, 1982, t. 4, art. 897, p. 23, § 6.

(3) SEGOVIA, LISANDRO, "El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas", Nueva edición, Bs. As., Librería y Editorial La Facultad, 1933, t. I, p. 251, nota 16 a su art. 923.

(4) COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H., "El negocio jurídico", Bs. As., Astrea, 1992, p. 224, § 73.

III. Violencia

La violencia es siempre una coerción que se ejerce sobre una persona para obligarla a la realización de un acto; bien utilizando la fuerza física, que en rigor puede destruir por completo la voluntad del sujeto coaccionado, o bien bajo la amenaza de provocarle un daño a él o a un tercero, es decir que "inspirando miedo se induce a otro a consentir"⁽⁵⁾.

En este último caso, la víctima obra bajo el temor fundado de sufrir un mal inminente y grave, lo que impide un desarrollo pleno del acto voluntario; de manera que el sujeto pasivo en definitiva va a querer realizar el acto, pero en razón de hallarse afectado el proceso de deliberación que lo precede, por la falta de uno de los elementos internos de la voluntad: la libertad⁽⁶⁾.

Nuestro Código Civil se ocupa de la "intimidación" en su art. 937, cuando dice que: "*Habrà intimidación, cuando se inspire a uno de los agentes por injustas amenazas, un temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona, libertad, honra o bienes, o de su cónyuge, descendientes o ascendientes, legítimos o ilegítimos*".

En este caso, la *vis compulsiva* no es entonces *stricto sensu* la fuerza física o violencia material, sino la violencia moral que se ejerce por alguien sobre el ánimo de la persona de la víctima; aunque también puede existir intimidación por constreñimiento corporal o fuerza física, según se le preveía en el art. 489 del "Esboço" de Freitas⁽⁷⁾, si así se infunde el temor de que se prolonguen o se reiteren malos tratamientos ya soportados con anterioridad.

(5) STOLFI, GIUSEPPE, "Teoría del negocio jurídico", trad. de Jaime Santos Briz, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1959, p. 195, § 48.

(6) BREBBIA, "Hechos y actos jurídicos" cit., t. I, ps. 435 y sigte, § 1; COMPAGNUCCI DE CASO, ob. cit., ps. 292 y sigte., § 95; DEMOGUE, RENÉ "De la violence comme vice du consentement", en el tomo del año 1914 de la "Revue Trimestrielle de Droit Civil", Paris, p. 435; JOSSERAND, LOUIS "Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado", trad. de Eligio Sánchez Laríos y José Ma. Cajica, Puebla (México), Ed. José Ma. Cajica Jr., 1946, p. 86, n° 71; SPOTA, ALBERTO G. "Tratado de derecho civil", Bs. As., Depalma, 1957, t. I "Parte general", vol. 3 sub 6 (8), p. 621, n° 1935; STARCK, BORIS - ROLAND, HENRI - BOYER, LAURENT "Droit civil. Obligations", 4ª ed., Paris, Litec, 1993, t. 2, ps. 203 y sigtes, n° 477 a 479.

(7) "Art. 489: La intimidación puede resultar, o de un constreñimiento corporal o de amenazas. Habrá intimidación por constreñimiento corporal, cuando alguien hubiere obligado al agente a practicar el acto, ya sea por medio de cualquier ofensa física en su persona y malos tratamientos, o por medio de privación de su libertad en cárcel privada o prisión pública por persona que no tuviera autorización para detenerlo" (FREITAS, AUGUSTO TEIXEIRA DE, "Código Civil. Obra fundamental del Código Civil Argentino". Bs. As., A. GARCÍA SANTOS - J. ROLDÁN, 1909, t. I, p. 258).

Se trata pues más precisamente, del "*metus*" o sea el "miedo" de los romanos, o la "*crainte*" o "por temor de que" de los franceses⁽⁸⁾, que al infundirse sobre el espíritu provoca en el mismo una perturbación angustiosa, que va a traer como consecuencia que quien lo experimenta procure apartarse de todo lo que considere peligroso o simplemente arriesgado, o recelar de peligros o de daños futuros; "de manera que, sean cuales fueren los medios empleados para producirlo, afecta la entidad moral de la persona..., que puede traducir los efectos del miedo pero no experimentarlo"⁽⁹⁾.

No obstante, es bueno insistir que en este supuesto, el vicio va a consistir sólo en una alteración del normal proceso formativo de la voluntad, atento que mediando intimidación "*en realidad se quiere lo que se hace, aunque "no se lo quiere con absoluta libertad", se quiere "pero sin libertad de querer"*⁽¹⁰⁾; puesto que tanto el constreñimiento corporal como la amenaza y el temor que inmediatamente provocan, tienen que dejar lugar al conocimiento, la deliberación y la decisión, aunque perturbados éstos, obviamente, por la representación del acto intimidante y sus efectos⁽¹¹⁾. O sea en suma, que la víctima de la violencia moral obra en definitiva por su propia determinación, la cual aunque tomada bajo la presión del miedo, lo ha sido al fin por ella misma y para evitar que la amenaza se cumpliera⁽¹²⁾. Vale decir que la existencia de la intimidación puede influir de manera más o menos intensa, pero no excluye por completo la voluntad en cuanto al querer del amenazado, quien puede elegir entre el daño y la declaración que se le exige, y que si opta por esto último lo hace por considerar que ello es lo menos penoso o lo que más le conviene⁽¹³⁾; en tal situación

(8) SALVÁ, VICENTE, "Nuevo Diccionario francés-español y español-francés", edición revisada y corregida por H. de Belmonte, Bs. As., Biblioteca Nueva, 1950, p. 197, voz "Crainte".

(9) AGUIAR, HENOCH D., "Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley", Bs. As., TEA, 1950, t. I, p. 214, n° 79.

(10) CIFUENTES, SANTOS, "Negocio jurídico", 2ª ed., Bs. As., Astrea, 2004, ps. 545 y sigtes., § 265.

(11) AGUIAR, ob. cit., t. I, p. 215, n° 79; CIFUENTES, "El negocio jurídico" cit., p. 547, § 265.

(12) AGUIAR, ob. cit., t. I, ps. 216 y sigtes., n° 80.

(13) CARIOTA FERRARA, LUIGI, "El negocio jurídico", trad. de Manuel Albadalejo, Madrid, ed. Aguilar, 1956, p. 453, n° 117; Cifuentes "Negocio jurídico" cit., p. 547, § 265; COMPAGNUCCI DE CASO, "El negocio jurídico" cit., p. 205, § 97; GALGANO, FRANCESCO, "El negocio jurídico" trad. de Francisco de F. Blasco Garcó y Lorenzo Frafs Albentosa, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 1992, p. 312, n° 74; MESSINEO, FRANCESCO, "Manual de Derecho Civil y Comercial", trad. de Santiago Sentís Melendo, Bs. As., Ediciones Jurídicas Europa-América (E.J.E.A.), 1954, t. II, ps. 441 y sigte., § 42, n° 10; Spota "Tratado de derecho civil. Parte general" cit., t. I, vol. 3 sub 6 (8), p. 633, n° 1937; VON TUHR, ANDREAS, "Derecho civil. Teoría general del

psicológica —dice Betti—, la realización del negocio importa "el resultado de un *juicio de conveniencia*, por el cual la víctima de la violencia estima preferible someterse a aquélla como un mal menor, con tal de evitar el mal amenazado, considerado por él como de mayor importancia"⁽¹⁴⁾, lo cual es coincidente con lo que bien señalara el propio Vélez Sarsfield en su nota al art. 935, cuando dice que: "Tampoco la violencia quita la libertad, rigurosamente hablando, porque ha podido elegirse el mal mayor".

Empero, como de todas maneras "sin la intimidación el amenazado no hubiera tenido la voluntad que declarara, la ley le concede la posibilidad de destruir su declaración mediante impugnación"⁽¹⁵⁾, a través de la acción de anulabilidad (arts. 941, 1045 y concordantes del Código Civil)⁽¹⁶⁾, que conduce inevitable y necesariamente a la ineficacia del acto así obrado.

IV. Condiciones que debe reunir la "intimidación"

El ya mencionado art. 937, complementado por sus subsiguientes 938 y 939 de nuestro Código Civil, exigen sin embargo el cumplimiento conjunto de ciertas condiciones, para que la violencia moral pueda ser causa de anulación.

Elas son, y serán analizadas a continuación, las siguientes: 1) que se trate de **amenazas injustas**; 2) que el mal amenazado sea **inminente y grave**; 3) que el temor que se provoque **sea fundado**; 4) que por las **condiciones personales** de la víctima, la intimidación haya tenido que causarle una fuerte presión; 5) que el mal amenazado apunte a bienes o valores espirituales que puedan afectar a la víctima de la violencia; y 6) que la

derecho civil alemán", trad. de Tito Ravà, Bs. As., Depalma, 1947, vol. II sub 2 (4), p. 299, n° II-1.

(14) BETTI, EMILIO, "Teoría general del negocio jurídico, trad. de A. Martín Pérez, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, s/f., p. 342, n° 56-B).

(15) VON TUHR, ob. cit., vol. II sub 2 (4), p. 299, n° II-1; De Castro y Bravo, Federico "El negocio jurídico", Madrid, Ed. Civitas S.A., 1997, p. 146, § 192.

(16) ARÁUZ CASTEX, ob. cit., t. II, ps. 375 y sigte., n° 1818; BORDA GUILLERMO A., "Tratado de derecho civil. Parte general", 6ª ed., Bs. As., Perrot, 1976, t. II, p. 333, n° 1167; BREBBIA, ob. cit., t. I, p. 457, § 16; LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN, "Tratado de derecho civil. Parte general", 7ª ed., Bs. As., Perrot, 1978, t. II, p. 509, n° 1786; Rivera, ob. cit., t. II, p. 817, n° 1371; SALVAT, RAYMUNDO M. - LÓPEZ OLACIREGUI, JOSÉ MARÍA, "Tratado de derecho civil argentino. Parte general", Ed. del Cincuentenario, Bs. As., TEA, 1964, t. II, ps. 608 y sigtes., ns. 2411 a 2413; y en el extranjero: BETTI, ob. cit., p. 343, n° 56-B); CARIOTA FERRARA, ob. cit., ps. 457 y sigtes., n° 117; STOLFI, ob. cit., ps. 199 y sigtes., § 48.

evitación del mal amenazado haya sido **determinante** de la realización del acto ⁽¹⁷⁾.

V. Que se trate de amenazas injustas

Este primer presupuesto, obliga primeramente a precisar que se entiende por "amenaza" y que por "injusta".

Con relación a lo primero, de acuerdo a la definición de la Real Academia Española, "amenazar" es "dar a entender con actos o palabras, que se quiere hacer algún mal a otro" ⁽¹⁸⁾.

Pero nuestro Código civil también exige para que se vicie la voluntad, que las "amenazas" puedan ser tenidas como "injustas"; vale decir como contrarias a derecho o antijurídicas, o bien que configuren un ejercicio abusivo de los derechos. Así se establece en este sentido en el art. 939 que: "No hay intimidación por injustas amenazas, cuando el que las hace se redujese a poner en ejercicio sus derechos propios". Sin embargo sobre el respecto, la doctrina ha efectuado varios distinguos: así se ha dicho que la amenaza es siempre antijurídica cuando promete un mal injusto, aunque persiga un fin lícito, como por ejemplo amenazar con lesionar al deudor para que pague; o bien que puede ser injusta la amenaza de un mal justo, verbigracia denunciar al autor de un delito que realmente cometió, si no dona cierta suma de dinero ⁽¹⁹⁾; etc.; todo lo cual es, por cierto, de una gran relatividad. Aunque en síntesis, podría decirse en general, que "deberá juzgarse primeramente el resultado que se persigue, los medios que se usan para su logro y la relación que vincula a las partes" ⁽²⁰⁾; quedando en definitiva a la discrecionalidad de los jueces, "la delicada tarea de distinguir entre: las presiones usuales de la vida de los negocios que, como

(17) AGUIAR, ob. cit., t. I, ps. 221 y ss., ns. 82 a 86 y 88; CIFUENTES, "Negocio jurídico" cit., p. 548, § 266; COMPAGNUCCI DE CASO, ob. cit., p. 296, § 97; RIVERA, ob. cit., t. II, ps. 814 y ss., n° 1370. Comparar: ARAÚZ CASTEX, ob. cit., t. II, ps. 374 y sigtes., ns. 1813 a 1817; BORDA ob. cit., t. II, ps. 330 y sigtes., ns. 1162 a 1165; LLAMBIAS, ob. cit., t. II, ps. 505 y sigtes. ns. 1779 a 1782; SALVAT-LÓPEZ OLACIREGUI, ob. cit., t. II, ps. 596 y sigtes., ns. 2395 a 2409-A.

(18) "Diccionario de la Lengua Española", 20ª ed., Madrid, Real Academia Española, 1984, t. I, p. 83, 3ª columna, voz "Amenazar", 1ª acepción.

(19) ALBADALEJO, MANUEL, "Derecho civil. Introducción y parte general", 5ª ed., Barcelona, Ed. Bosch, 1978, t. I, vol. 2, p. 193 y sigte., n° 84; BARBERO, DOMÉNICO, "Sistema de derecho privado", trad. de SANTIAGO SENTÍS MELENDO, Bs. As., Ediciones Jurídicas Europa-América (E.J.E.A.), 1967, t. I, p. 529, n° 247-I; CIFUENTES, "Negocio jurídico" cit., ps. 550 y sigte., § 268; COMPAGNUCCI DE CASO, ob. cit., p. 296, § 97-a); GALGANO, ob. cit., p. 312, n° 74; MESSINEO, ob. cit., t. II, p. 443, § 42, n° 10 in fine; STOLFI, ob. cit., p. 197; VON TUHR, ob. cit., t. II sub. 2 (4), p. 300.

(20) COMPAGNUCCI DE CASO, ob. cit., ps. 296 y sigte., § 97-a).

tales, se estiman permitidas, de aquellas otras claramente reprobadas" ⁽²¹⁾, cuestión de hecho en cuya apreciación deberán tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso ⁽²²⁾.

Y así se ha entendido que si la amenaza de ejercer un derecho tuviese un móvil antijurídico, constituye un verdadero "chantaje" valiéndose de medios legales, sería en verdad un "abuso de derecho" y tornaría anulable el acto ⁽²³⁾. En tanto que la amenaza de lograr un embargo o hacer intervenir a la autoridad ⁽²⁴⁾, o la de reclamar ciertas garantías a favor del acreedor ⁽²⁵⁾, han sido excluidas por nuestra jurisprudencia de la *vis compulsiva*, sosteniéndose que no constituyen verdaderas amenazas injustas.

VI. Mal inminente y grave

El concepto de "inminencia" que contiene el art. 937 del Código Civil, ha sido interpretado en el sentido de que no se refiere necesariamente a un mal presente o inmediato a la recepción de la amenaza; o sea que no tiene que ser por fuerza breve, dado que lo que quiere la ley es que la víctima cuente con el intervalo de tiempo adecuado como para poder evitar aquélla o requerir el auxilio de la fuerza pública ⁽²⁶⁾. Aunque empero el plazo debe ser más bien próximo ⁽²⁷⁾, o con mayor precisión no podría ser muy extenso, puesto que en rigor "carece de fuerza intimidatoria un

(21) DE CASTRO Y BRAVO, ob. cit., p. 145, § 189.

(22) CIFUENTES, "Negocio jurídico" cit., p. 551, § 268-b); SALVAT-LÓPEZ OLACIREGUI, ob. cit., t. II, ps. 597 y sigte., ns. 2398 y 2398-A; CNCivil, sala D, 29/12/59, "Matera c. Bencich", JA, 1960-II-480, ED, 5-852 y LA LEY, 99-317.

(23) BORDA, ob. cit., t. II, p. 330, n° 1163; CIFUENTES, "Negocio jurídico" cit., p. 551, § 268-b); LLAMBIAS, ob. cit., t. II, ps. 505 y sigte., n° 1779; RINESSI, JUAN ANTONIO, "Las pruebas legales y las reglas de la sana crítica con motivo del vicio de intimidación", nota a fallo en LA LEY, 1993-E, 198, n° I; RIVERA, ob. cit., t. II, p. 814, n° 1370-a); SALVAT-LÓPEZ OLACIREGUI, ob. cit., t. II, p. 597, n° 2397.

(24) CNFed., sala IIª Civ. Com., 27/6/73, "J. Romanos Agropecuaria e Inmobiliaria (S.C.A.) c. "La Naviera", Línea Arg. de Navegación Marítima y Fluvial (S.A.)", LA LEY, 153-380, JA, 21-1974-368 y ED, 53-431; C2ª Civ. Com. La Plata, sala IIª, 16/10/62, "Vogt c. Odelli", LA LEY, 110-30 y ED, 3-621.

(25) CNCivil, sala F, 12/11/73, "Hosca y Cía. S.A. c. Banco de Avellaneda, S.A.", ED, 53-497; CCiv. 2ª Cap., 10/6/43, "Lapuyole c. Etchegoyen (suc.)", JA, 1943-III-126.

(26) BREBBIA, ob. cit., t. I, ps. 448 y sigte., § 8; CIFUENTES, "Negocio jurídico" cit., p. 553, § 270.

(27) AGUIAR, ob. cit., t. I, ps. 226 y sigte., n° 84; CIFUENTES en el "Cód. Civil..." cit. de BELLUSCIO-ZANNONI, t. 4, p. 242, § 5; LLAMBIAS, ob. cit., t. II, p. 507, n° 1781; CNCivil, sala E, 15/2/93, "B., L. N. c. V., E.", LA LEY, 1993-E, 199.

daño, lesión o mal grave en la persona, parientes o bienes, que se proyecta en un futuro lejano, en donde queda a la vista que la víctima ha debido tener posibilidades de adoptar medidas defensivas".⁽²⁸⁾

No obstante, hoy en día la doctrina se inclina a aceptar, siguiendo a Orgaz, que "inminente" sería lo que suscita el temor fundado de que el mal es ineludible⁽²⁹⁾; sea en el sentido de que la víctima no podría articular tempestivamente las defensas exigidas por las circunstancias del caso, o bien de que la amenaza recae sobre cuestiones que la víctima no quiere revelar, siendo por ello que se encuentra impedido de recurrir a la autoridad⁽³⁰⁾, o, en fin, en que el auxilio posible no fuese eficaz y por ende resultase verosímil el mal amenazado. Tal como lamentablemente puede suceder hoy en día, ante el auge de amenazas dirigidas por asociaciones de delincuentes, poniendo precio a la libertad y/o a la vida de sus víctimas; lo cual puede razonablemente infundir en los amenazados o sus familiares, el temor fundado del art. 937 del Código Civil⁽³¹⁾.

En lo que atañe a la "gravedad" del mal amenazado, ello quiere decir que el mismo debe ser importante, considerable, apto para infundir racionalmente un temor fundado en la víctima, todo de acuerdo a las circunstancias de las personas del tiempo y del lugar; lo que en definitiva habrá de ser valorado por los magistrados encargados de juzgar los casos que acaezcan⁽³²⁾. Tal era también, por otra parte, el principio de las leyes romanas que exigían el "metus atroz"; como lo es asimismo el del art. 1435 del Código Civil italiano de 1942, que dispone: "La violencia

(28) CIFUENTES, SANTOS, "La intimidación como causal de nulidad de los negocios jurídicos", nota a fallo en L.L. 2002-C, p. 579, n° 4; ídem "Negocio jurídico" cit., p. 553, § 270; Borda, Guillermo (h.) en el "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial" de ALBERTO J. BUERES Y ELENA I. HIGHTON, Bs. As., Hammurabi, 1998, t. 2-B, p. 500, § 2-b); CNCom., sala A, 19/5/67, "La Argentina S.A. c. Confederación de Empleados de Comercio", ED, 19-310; CNCivil, sala M, 12/2/2001, "M., B. T. M. c. A., J. E.", LA LEY, 2002-C, 576.

(29) ORGAZ, ALFREDO, "A propósito de la intimidación, de la analogía y de la interpretación de las leyes" en LA LEY, 68, p. 361; BREBBIA, ob. cit., t. I, p. 449, nota 31; CIFUENTES, "Negocio jurídico" cit., p. 554, § 270; COMPAGNUCCI DE CASO, ob. cit., p. 300, § 97-b); SPOTA, ob. cit., t. I, vol. 3 sub 6 (8), p. 643, n° 1940; CNCivil, sala D, 15/9/52, "R., V.J. c/F., D.", LA LEY, 68-366; CNCom., sala A, 19/5/67, "La Argentina S.A. c. Confederación de Empleados de Comercio", ED, 19-310.

(30) RIVERA, ob. cit., t. II, ps. 814 y sigte., n° 1370-b).

(31) CIFUENTES, "Negocio jurídico" cit., p. 554, § 270.

(32) ARÁUZ CASTEX, ob. cit., t. II, p. 375, n° 1817; BREBBIA, ob. cit., t. I, p. 449, § 9; CIFUENTES, "Negocio jurídico" cit., ps. 555 y sigtes., § 272; COMPAGNUCCI DE CASO, ob. cit., p. 299, § 97-b)-2); SALVAT-LÓPEZ OLACIREGUI, ob. cit., t. II, p. 598, n° 2400; SPOTA, ob. cit., t. I, vol. 3 sub 6 (8), p. 643, n° 1940-b).

debe ser de tal naturaleza que haga impresión sobre una persona sensata y le haga temer exponerse o exponer sus bienes a un mal injusto y considerable".

La magnitud del mal debe estar con relación con las circunstancias personales de la víctima (art. 938 Cód. Civil), ya que como dice Llambías: "cuanto más valga para el agente el bien amenazado, más grave será el mal que pueda sufrir la víctima de la violencia..."⁽³³⁾. No obstante lo cual cabe señalar que no se puede prescindir para apreciar el mal, de la importancia que éste tenga en sí mismo; ya que sólo teniendo cierta entidad dicho perjuicio, podría "racionalmente hacerle una fuerte impresión" a la víctima, tal como lo exige el *in fine* del citado art. 938 del Código Civil⁽³⁴⁾. Por otra parte este recaudo tiene estrecha vinculación con el subsiguiente sobre "temor fundado", que se trata a continuación.

VII. Que se provoque un temor fundado

La ley exige también que las amenazas injustas hayan ocasionado un *temor fundado* en la víctima y que el mismo haya sido el *factor determinante* de la declaración de voluntad; o sea que tiene que haber una relación de causalidad entre las amenazas y la realización del acto a raíz del temor experimentado, de manera tal que sin aquéllas, "racionalmente" (art. 938 *in fine* Cód. Civil) no se habría llegado a obrar como se lo hizo⁽³⁵⁾.

A veces se ha exigido que el temor sea real y actual, sin que baste con la mera sospecha de que el mal pueda llegar a producirse⁽³⁶⁾; pero como bien se ha dicho, lo que en definitiva interesa, es que la víctima esté convencida de la probabilidad de que el mal que se le anuncia ocurra efectivamente, que crea razonablemente que el riesgo es real aunque en verdad

(33) LLAMBÍAS, ob. cit., t. II, p. 507, n° 1781; GALGANO, ob. cit., p. 314, n° 74; Rivera, ob. cit., t. II, p. 815, n° 1370-b).

(34) AGUIAR, ob. cit., t. I, p. 229, n° 86; BREBBIA, ob. cit., t. I, p. 449, § 9.

(35) BREBBIA, ob. cit., t. I, ps. 451 y sigte., § 11; COMPAGNUCCI DE CASO, ob. cit., p. 303, § 97-d); CARIOTA FERRARA, ob. cit., p. 455, n° 117; DE CASTRO Y BRAVO, ob. cit., ps. 138 y sigte., § 178; CARBONNIER, JEAN, "Derecho Civil", trad. de la 1ª ed. francesa y adiciones de derecho español de Manuel Mª Zorrilla Ruiz, Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1971, T. II, vol. II, ps. 209 y sigte., n° 104; Rivera, ob. cit., t. II, p. 817, n° 1370-f); VON TUHR, ob. cit., t. II, sub 2 (4), p. 300, § 68-II-2; C.S. Sta. Fe, 7/6/89, "Mauri c. Municip. Santo Tomé", Doctr. Jud. 1990-1-91.

(36) CIFUENTES, "Negocio jurídico" cit., p. 556, § 273; CNCivil, sala D, "R., V.J. c/F., D." 15/9/52, LA LEY, 68-366; ídem sala E, 10/10/60, "Fernández Bueno c/ Fernández Vergara", LA LEY, 101-788; ídem sala F, 19/7/62, "Dodero c. Duarte de Perón (suc.)", ED, 3-655 y LA LEY, 108-330.

no lo fuese ⁽³⁷⁾; de manera que este requisito al igual que el precedente, resultan íntimamente vinculados con el de las condiciones personales de la víctima, que se pasa a considerar.

VIII. Que la intimidación haya tenido que causarle una fuerte impresión a la víctima, por sus condiciones personales

Tanto la gravedad del mal amenazado, como el temor fundado que el mismo pueda inspirar, resultan ser en definitiva recaudos relativos, cuya trascendencia puede variar según quienes resulten las personas afectadas; puesto que lo que pueda ser grave o importante para uno, bien puede no serlo para otro. En este sentido se ha dispuesto en el art. 938 de nuestro Código Civil que: "*La intimidación no afectará la validez de los actos, sino cuando por la condición de la persona, su carácter, actitudes o sexo, pueda juzgarse que ha debido racionalmente hacerle una fuerte impresión*"; tratándose indiscutiblemente de una enunciación que no es limitativa, por lo que habrá que tener en cuenta también para calificar el temor, según los casos, otras circunstancias como: la edad, grado de instrucción, coeficiente mental de inteligencia, fortaleza física y moral, medio ambiente en que se desarrolla la acción intimidatoria, etc. ⁽³⁸⁾.

De forma que se ha establecido un sistema subjetivo de valoración de la intimidación, en el que han de tomarse en consideración todas las condiciones personales de quien sufre la amenaza: su carácter, grado de instrucción, cultura, condición física y social, edad, etc.; puesto que sin duda la coacción moral puede afectar mucho más a unas personas que a otras, como verbigracia a un anciano y enfermo que a un hombre joven y sano ⁽³⁹⁾.

Cifuentes, ha venido en definitiva a sostener lo mismo, cuando dice que: "El criterio del art. 938 del Código *no es puramente subjetivo*, puesto que a la vez que atiende a las condiciones de la persona, ... las valora desde

(37) ALBADALEJO, ob. cit., t. I, vol. 2, p. 195, § 84-C; Aráuz Castex, ob. cit., t. II, p. 374, n° 1815; Cifuentes "Negocio jurídico" cit., p. 556, § 273; DE GASPERI, LUIS - MORELLO, AUGUSTO MARIO, "Tratado de derecho civil", Bs. As., TEA, 1964, t. I, p. 463, n° 330-b)-1°.

(38) BREBBIA, ob. cit., t. I, p. 453, § 12; CIFUENTES, "Negocio jurídico" cit., 560, § 274 in fine; COMPAGNUCCI DE CASO, ob. cit., p. 298, § 97-b) 1; Salvat-López Olaciregui, ob. cit., t. II, ps. 602 y sigte., n° 2405; C.S.N°, 28/10/63, "Doderó c. Duárte de Perón (suc.)", ED, 8-387 y LA LEY, 108-330; CNCivil, sala E, 15/2/93, B., L. N. c. V., E.", LA LEY, 1993-E, 198.

(39) BREBBIA, ob. cit., t. I, p. 453, § 12 in fine; COMPAGNUCCI DE CASO, ob. cit., p. 299, § 97-b) 1, in fine; RIVERA, ob. cit., t. II, p. 815, n° 1370-b)-in fine.

un punto de vista racional, es decir, requiere que racionalmente las amenazas le hayan causado, atendiendo a dichas condiciones, una fuerte impresión"; añadiendo más adelante que: "no se tienen que perder de vista las circunstancias del caso..., de tal modo que sólo si no hay tales elementos concretos de la intimidación al individuo de que se trate podría aplicarse el estándar de una persona sensata o razonable. Pero en caso de que se haya logrado acreditar la presión intimidante causada al sujeto, *tales cartabones me parecen inaplicables y se debe proteger de todas maneras a la víctima*, pese a que una persona idealmente considerada no habría de caer en el temor que invalida el negocio" (los subrayados son nuestros) ⁽⁴⁰⁾.

Siendo en suma necesario el análisis de todas esas circunstancias personales de la víctima, para poder juzgar si las *amenazas injustas* recibidas por la víctima, debieron *racionalmente* producir en ella el *temor fundado* de sufrir un mal *grave e inminente*, apto o idóneo para viciar su consentimiento. O sea en suma, que "la amenaza del mal... no es independiente de la persona a quien va dirigido" ⁽⁴¹⁾.

Inclusive se resolvió en un caso, que la propia relación de pareja, enlazada con el trato diario y con una actitud de malos tratos por parte del varón, puede producir un permanente estado de temor en la mujer, que la impulse a realizar los actos requeridos por aquél, para evitar así el cumplimiento de las amenazas ⁽⁴²⁾; pronunciamiento que mereciera el comentario elogioso de Cifuentes, quien señalara que: "Ello sobre todo tiene mayor contundencia, si hay además hechos producidos en la vida de relación que demuestran la forma como la convivencia se iba imponiendo. Pienso que no existe mayor muestra de tal estado, que cuando el análisis de la prueba revela que las amenazas en más de una ocasión pasaron a la realidad y se cumplieron, demostrándose los efectos de los malos tratamientos, el resultado de golpes y sevicias que dejaron huellas. Y aun los inútiles intentos de la intimidada en obtener la salvaguardia" ⁽⁴³⁾.

(40) CIFUENTES, "Negocio jurídico" cit., ps. 558 y ss., § 274.

(41) RINESSI, nota a fallo citada en LA LEY, p. 1993-E, 199, n° II in fine; CIFUENTES, "Negocio jurídico" cit., p. 559, § 274.

(42) CNCivil, sala M, 12/2/2001, "M., B. T. M. c. A., J. E.", LA LEY, 2002-C, 576.

(43) CIFUENTES, nota citada al fallo mencionado en la nota precedente, en LA LEY, 2002-C, p. 581, n° 7 in fine.

IX. Que el mal amenazado se dirija contra bienes o valores espirituales que puedan afectar a la víctima

Esto también resulta del ya mencionado art. 937 del Código Civil, que alude a que el temor fundado del mal inminente y grave, puede resultar de la circunstancia de que las injustas amenazas apunten a causar un daño a la "persona, libertad, honra o bienes" de la víctima; lo cual es comprensivo tanto de bienes espirituales como materiales, como si por ejemplo: se ataca la integridad corporal del individuo o sus derechos personalísimos que hacen a la dignidad, honra, libertad o privacidad; o a su patrimonio, verbigracia si se tratase de una amenaza de incendiarle la casa o destruirle el automóvil, etc. ⁽⁴⁴⁾.

Y además de las amenazas dirigidas a quien se quiere forzar en su voluntad, el Código contempla también el mal que se le podría ocasionar a su cónyuge, descendientes o ascendientes, legítimos o ilegítimos. Tratándose de una enumeración meramente ejemplificativa conforme a la unánime opinión de nuestra doctrina ⁽⁴⁵⁾, atento que así lo destaca el propio Vélez Sarsfield en el penúltimo párrafo de su nota a los arts. 936 a 938, cuando dice que el "art. 937 no es limitativo a las personas que en él se designan", ya que las amenazas de "arruinar a un hermano, o de infligir malos tratamientos a uná persona de mi amistad, o de asesinar a una persona que me es extraña si se quiere", también pueden producir una violencia moral.

No obstante la interpretación de la parte final de esta normativa ha generado algunas discrepancias.

Así para Aguiar y Salvat, cuando la amenaza recae sobre alguno de los sujetos expresamente mencionado en el precepto, se presume que "es lo mismo que las dirigidas contra la víctima"; en tanto que las amenazas contra otras personas no enumeradas (un hermano, un amigo), no pueden ser causa de nulidad, si no se acredita "que por las relaciones de amistad y afecto existentes entre la víctima y la persona a la que iban dirigidas

(44) BORDA, ob. cit., t. II, p. 332, n° 1164 in fine; BREBBIA, ob. cit., t. I, p. 450, § 10; CIFUENTES, "Negocio jurídico" cit., p. 562, § 277; COMPAGNUCCI DE CASO, ob. cit., p. 301, § 97-c); DE GÁSPERI-MORELLO, ob. cit., t. I, p. 461, n° 330; GALGANO, ob. cit., p. 312, n° 74; LLAMBIAS, ob. cit. t. II, p. 507, n° 1782; RIVERA, ob. cit., t. II, p. 815, n° 1370-d); SALVAT-LÓPEZ OLACIREGUI, ob. cit., t. II, p. 599, n° 2401; STOLFI, ob. cit. p. 196, § 48; VON TUHR, ob. cit., t. II sub 2 (4), p. 301.

(45) AGUIAR, ob. cit., t. I, ps. 237 y ss., n° 39; BORDA, ob. cit., t. II, ps. 332 y sigte., ns. 1165 y sigtes.; CIFUENTES, "Negocio jurídico", p. 562, § 277; COMPAGNUCCI DE CASO, ob. cit., p. 301, § 97-c); LLAMBIAS, ob. cit., t. II, p. 507, n° 1782; SALVAT-LÓPEZ OLACIREGUI, ob. cit., t. II, ps. 600 y sigtes., n° 2404; SPOTA, ob. cit., t. I, vol. 3 sub 6 (8), ps. 647 y sigtes., n° 1941.

esas amenazas, han podido producirle una impresión decisiva bastante para determinarlo a ejecutar el acto que se le exigía" ⁽⁴⁶⁾.

Brebbia y Llabías consideran que no hay que probar la relación de amistad o afecto, pero si la impresión que la amenaza ha producido en la víctima ⁽⁴⁷⁾.

Finalmente otra postura hoy mayoritaria, que compartimos, sostenida por Borda, Cifuentes, Compagnucci de Caso y Spota, entiende que la amenaza dirigida contra un extraño está también comprendida en el art. 937 sin recaudos particulares de prueba, bastando con que el juez llegue al convencimiento, de que el acto se llevó a cabo sólo para evitar a un tercero el mal grave e inminente que lo amenazaba ⁽⁴⁸⁾.

X. Que la evitación del mal amenazado haya sido determinante del consentimiento prestado

Finalmente es necesario que la violencia moral haya tenido una influencia directa y determinante sobre la realización del acto cuya anulación se persigue ⁽⁴⁹⁾.

En consecuencia, las declaraciones de voluntad que no reconozcan en la intimidación su antecedente inmediato e impulsivo no están viciadas de nulidad; como tampoco lo están aquellas declaraciones que igualmente habrían sobrevenido aunque no hubiese mediado la *vis compulsiva* ⁽⁵⁰⁾.

(46) AGUIAR, ob. cit., t. I, p. 240, n° 39; SALVAT-LÓPEZ OLACIREGUI, ob. cit., t. II, p. 601, n° 2404.

(47) BREBBIA, ob. cit., t. I, ps. 450 y sigte., § 10; LLAMBIAS, ob. cit., t. II, ps. 508 y sigtes., n° 1784;

(48) BORDA, ob. cit., t. II, ps. 332 y sigte., n°s. 1165 y sigtes; CIFUENTES, "El negocio jurídico" cit., ps. 562 y sigte., § 277; COMPAGNUCCI DE CASO, ob. cit., ps. 302 y sigte., § 97-c); SPOTA, ob. cit., t. I, vol. 3 sub 6 (8), ps. 649 y sigte., n° 1941. En el derecho italiano, que cuenta con el criterio amplio del art. 1436 del Código Civil de 1942, que deja todo a la prudencia de los jueces: BARBERO, ob. cit., t. I, p. 529, n° 247-I; GALGANO, ob. cit., p. 312, n° 74; MESSINEO, ob. cit., t. II, p. 442, § 42, n° 10; STOLFI, ob. cit., ps. 196 y sigte., § 48.

(49) BREBBIA, ob. cit., t. I, p. 452, § 11; CIFUENTES, "Negocio jurídico" cit., ps. 560 y sigte., § 275; COMPAGNUCCI DE CASO, ob. cit., p. 303, § 97-d); RIVERA, ob. cit., t. II, p. 817, n° 1370-f).

(50) BREBBIA, ob. cit., t. I, p. 452, § 11; CIFUENTES, "Negocio jurídico" cit., p. 560, § 275; CNCivil, sala A, 19/11/64, "Olivera de Ferrari c/Estancias Santa Rosa S.A.", LA LEY, 118-331; ídem sala D, 29/12/59, "Matera c. Bencich", JA, 1960-II-480, ED, 5-852 y LA LEY, 99-317; CCiv. 1ª Cap., 16/5/32, "Bambill c/Bambill", JA, 38-210; CNCom., sala A, 19/5/67, "La Argentina S.A. c. Confederación de Empleados de Comercio", ED, 19-310.

XI. El temor reverencial

Siempre ha existido entre ciertas personas, como ser: padres e hijos, maestros o profesores y alumnos, patronos y empleados, etc., un cierto grado de obediencia y respeto, y a veces hasta de sumisión; lo cual podría dar lugar a lo que se conoce como "*metus reverentialis*", es decir: llegar a provocar que la voluntad de alguno de los sujetos en situación de subordinación, no llegue a desarrollarse en plena libertad, como en cambio si lo hubiera hecho en un trato con terceros por completo extraños.

Pero este caso de ninguna manera puede confundirse con el miedo resultante de una intimidación, ya que en definitiva la voluntad no resulta verdaderamente afectada y por ende el acto es perfectamente válido. Pues en rigor, quien por respeto y consideración a quien debe moralmente obediencia, en razón de su situación de superioridad jerárquica, obra en contra de su íntimo querer, lo hace de todas maneras libremente, al margen de que en definitiva realice algo que en el fondo hubiese preferido no hacer. Sobre el respecto bien ha destacado Cifuentes, que tal forma de actuar "nace de un impulso espontáneo, por temor a desagradar, a mostrarse desagradecido o hasta de recibir el reproche o la desaprobación de una persona con la cual se tienen sentimientos de reverencia, de veneración"⁽⁵¹⁾; atento que, como a su turno lo señalara Barbero: "No hay violencia por el simple hecho de que no hay amenaza; el temor proviene de hechos objetivos o de impresiones subjetivas de la víctima, sin que en ello coopera la voluntad o la acción de la persona temida"⁽⁵²⁾.

En este sentido el art. 940 de nuestro Código Civil, copiado casi a la letra del art. 495 inc. 3º del *Esboço* de Freitas, dispone que: "*El temor reverencial, o el de los descendientes para con los ascendientes, el de la mujer para con el marido, o el de los subordinados para con su superior, no es causa suficiente para anular los actos*".

La norma comprende ante todo el caso de los descendientes con los ascendientes sin limitación de grados, debiendo entenderse que se refiere tanto a las filiaciones matrimoniales, como a las extramatrimoniales⁽⁵³⁾.

(51) CIFUENTES, "Negocio jurídico" cit., p. 567, § 281.

(52) BARBERO, "Sistema de derecho privado" cit., t. I, p. 530, n° 247-III; CIFUENTES, "Negocio jurídico" cit., p. 567, § 281.

(53) AGUIAR, "Hechos y actos jurídicos..." cit., t. I, p. 233, n° 87; CIFUENTES, "Negocio jurídico" cit., p. 567, § 282; SALVAT-LÓPEZ OLACIREGUI "Tratado... Parte general" cit., t. II, p. 610, n° 2414.

Pero además se ha entendido por la doctrina, de manera uniforme, que la enunciación de la norma es meramente ejemplificativa y que desarrolla un concepto amplio, el cual incluye a cualquier tipo relación de subordinación: ya sea del maestro sobre el alumno, el funcionario y el empleado subalterno, el militar y el soldado, el patrón y el dependiente, etc.⁽⁵⁴⁾.

Y así se ha resuelto que el temor reverencial no es causa suficiente para anular los actos jurídicos, mientras no se encuentre afectada la voluntad del agente mediante una amenaza que hubiese provocado aquel temor⁽⁵⁵⁾; habiéndose considerado encuadrado en dicha preceptiva, verbigracia, al caso de la venta de un inmueble efectuada por los hijos, bajo la influencia del carácter autoritario del padre, quien sin embargo no había obrado en la emergencia restringiendo la libertad de aquéllos al celebrarse el acto⁽⁵⁶⁾.

Pero hay que distinguir el solo "temor reverencial" del "*metus* por intimidación", dado que quien se encuentra en situación de superioridad, puede desviar abusivamente su natural influencia, para así poder arrancarle a su inferior la conformidad con un acto, desventajoso para el mismo. Debiendo destacarse que la parte final del citado art. 940 de nuestro Código civil, cuando dice que el temor reverencial "*no es causa suficiente para anular los actos*", permite entender que: si a tal "temor" lo acompaña además una amenaza, aunque ésta no tuviese por sí bastante entidad como para anular el acto, éste podría sin embargo llegar a ser anulado de todas maneras⁽⁵⁷⁾. Habiéndose sostenido que cuando el agente se prevale de la respetuosa sumisión de otro, para intimidarlo, dicho temor reverencial viene a constituirse en una circunstancia agravante, que permite apreciar los hechos con menos severidad que en los casos ordinarios⁽⁵⁸⁾; lo que

(54) AGUIAR, "Hechos y actos jurídicos..." cit., t. I, p. 233, n° 87; ARÁUZ CASTEX, "Derecho civil. Parte general" cit., t. II, ps. 378 y sigte., n° 1824; BREBBIA, "Hechos y actos jurídicos" cit., t. I, p. 454, § 13; CIFUENTES, "Negocio jurídico" cit., ps. 567 y sigte., § 282; COMPAGNUCCI DE CASO, "El negocio jurídico" cit., p. 304, § 98; DE GÁSPERI-MORELLO, "Tratado de derecho civil" cit., t. I, p. 467, nota 28 a); SALVAT-LÓPEZ OLACIREGUI "Tratado... Parte general" cit., t. II, p. 610, n° 2414; SPOTA, "Tratado... Parte general" cit., t. I, vol. 3 sub 6 (8), ps. 651 y sigte., n° 1943; etc.

(55) CNCivil, sala K, 26/8/99, "R., G. F. c. I., E. L.", L.L. 2000-A-78.

(56) CNCivil, sala D, 9/4/73, "Lange - sucesión", ED, 49-701.

(57) CIFUENTES, "Negocio jurídico" cit., p. 568, § 283; Machado "Exposición y comentario..." cit., t. III, p. 161, nota al art. 940; SEGOVIA, "El Código Civil..." cit., t. I, p. 260, nota 39 a su art. 941.

(58) CIFUENTES, "Negocio jurídico" cit., p. 568, § 283; CORDEIRO ALVAREZ, ERNESTO, "Tratado de derecho civil. Parte general y obligaciones", Bs. As., Ed. Bibliográfica Argentina, 1959, t. I, p. 183, n° 14; DE GÁSPERI-MORELLO, "Tratado de derecho civil" cit., t. I, p. 467, n° 331;

contribuye a la vez a mejorar la situación del sometido a la violencia, con relación a la inimputabilidad del acto; puesto que, como bien se ha dicho, la violencia toma su carácter más odioso, cuando la ejerce quien por su condición abusa de los que están bajo su dependencia ⁽⁵⁹⁾.

Por último va de suyo, que si al temor reverencial se le agrega una verdadera intimidación, el acto resultaría sin lugar a dudas viciado y sería por lo tanto susceptible de anulación.

Sobre el respecto se ha resuelto entre nosotros, que si existió un vicio en el consentimiento de la empleada al presentar su propia renuncia, provocada por la intimidación de que fuera objeto por parte del presidente de la sociedad demandada, dicha actitud del empleador convierte al acto jurídico en nulo e ilegítimo ⁽⁶⁰⁾.

XII. La intimidación ejercida por un tercero

La coacción o presión intimidante empleada por un tercero, tiene los mismos efectos que la que ejercida por uno de los propios partícipes del acto así viciado. Tal lo que resulta del art. 941 del Código Civil, que dispone: *"La fuerza o la intimidación hacen anulable el acto, aunque se haya empleado por un tercero que no intervenga en él"*.

Y tal solución es por otra parte lógica y razonable, atento que quienquiera fuese la persona de la cual hubiese podido provenir la intimidación, ella igualmente provoca la ausencia de libertad en el sujeto afectado, en el momento del otorgamiento del acto; lo cual determina, necesariamente, que el mismo deba invalidarse ⁽⁶¹⁾.

Además de la anulabilidad del acto, el vicio provocado por la intervención de un tercero, abre en su contra y a favor de la parte perjudicada la acción de daños y perjuicios (art. 943 Cód. Civil). Y si una de las partes

LLAMBIAS, "Tratado... Parte general" cit., t. II, p. 511, n° 1788; SALVAT-LÓPEZ OLACIREGUI, "Tratado... Parte general" cit., t. II, ps. 610 y sigte., n° 2416; CCiv. 1ª Cap., 16/5/32, "Bambill c. Bambill", JA, 38-210; CNPaz, sala II, 30/10/58, "Muschiatti c. De Carlo", LA LEY, 94-38.

(59) AGUIAR, "Hechos y actos jurídicos..." cit., t. I, p. 232, n° 87.

(60) CTrab. Córdoba, sala 2, 18/6/93, "Juncos Bresoli de Gigena c. Fibas S.A.", LLC, 1995-527.

(61) ARÁUZ CASTEX, ob. cit., t. II, p. 377, n° 1820; BORDA, ob. cit., t. II, p. 334, n° 1168; BREBBIA, ob. cit., t. I, ps. 461 y sigte., § 3; CIFUENTES, "Negocio jurídico" cit., ps. 564 y sigte., § 280; COMPAGNUCCI DE CASO, ob. cit., p. 305, § 99; De Castro y Bravo, ob. cit., p. 142, § 185; Galgano, ob. cit., p. 314, n° 74; LLAMBIAS, ob. cit., t. II, p. 511, n° 1780; RIVERA, ob. cit., t. II, p. 817, n° 1372; SALVAT-LÓPEZ OLACIREGUI, ob. cit., t. II, ps. 611 y sigte., n° 2417.

del negocio jurídico hubiese obrado en complicidad con el tercero autor de la intimidación, o hubiese conocido tal circunstancia, ambos son responsables solidarios, tal como lo establece el art. 942 del Código civil: *"Si la fuerza hecha por un tercero, fuese sabida por una de las partes, el tercero y la parte sabedora de la fuerza impuesta, son responsables solidariamente para con la parte violentada, de la indemnización de las pérdidas e intereses"*.



LA LESIÓN. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

EL ANTIGUO DERECHO ESPAÑOL

MARÍA LUISA CASAS DE CHAMORRO VANASCO

I - Introducción

La lesión, incorporada a nuestra legislación positiva con la ley 17.711, es una institución de larga trayectoria en el Derecho comparado.

Como nota destacada, es de advertir que esa historia no sólo se prolonga a lo largo de muchos siglos sino que es particularmente cambiante, tanto en los juicios que merece a los estudiosos cuanto en las condiciones requeridas para el funcionamiento de la figura.

Para apreciar mejor tales variantes, conviene esbozar una noción, aunque sea muy elemental de la lesión, que muestre sus notas más características. Con esta finalidad, puede decirse que se ha considerado que existe cuando, en un contrato, las prestaciones a cargo de cada una de las partes no guardan el equilibrio propio del tipo contractual de que se trata ⁽¹⁾.

En cualquiera de las posiciones adoptadas por la legislación y la doctrina se encuentra este punto de partida, pero no todas aquellas ni todos los autores estiman suficiente la mencionada nota para tipificar a la lesión.

Se plantea, así, la primera de las variantes que ha enfrentado a las corrientes doctrinarias: para una basta con el desequilibrio de las presta-

(1) Ver GIORGI JEREZ, "Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno", Revista de la Ilustración, Madrid, 1911, t. IV, p. 126.

ciones recíprocas, para otra es necesario que a esto se agregue un elemento subjetivo: el aprovechamiento por uno de los sujetos del acto de la inferioridad de poder contractual con que cuenta el otro.

La primera manera de pensar concluye con la consagración de la denominada lesión objetiva, conocida desde antiguo y a la que se refiere nuestro codificador en su célebre nota que sigue al art. 953 del Código Civil.

Es correcta la denominación de "objetiva", utilizada en este caso, ya que, para determinar la existencia de la lesión y ponderar su gravedad, el acento se afirma en el objeto de las obligaciones asumidas por las partes. Para que no haya lesión se requiere la paridad de las prestaciones comprometidas.

Hay una clara aproximación entre este modo de considerar la lesión y la admisión de la teoría del justo precio en la compra y venta, ampliamente difundida en el Derecho medioeval.

Tal concepción no pudo mantener su vigencia desde el momento en que la economía cerrada de la Edad Media, dejó su lugar a un sistema de mercado abierto, donde la ley de la oferta y la demanda es fundamental para la fijación de los precios.

Como es sabido, Vélez Sársfield descartó firmemente aquella teoría, a punto tal que sancionó con la nulidad a cualquier compra y venta en la que se estableciera, como contraprestación por la transferencia del dominio de la cosa, el justo precio de la misma ⁽²⁾.

Precisamente, esta manera de pensar puede ser juzgada como el fundamento de la posición adoptada por él en materia de lesión, institución a la que sometió a una seria y severa crítica en la nota antes mencionada.

Por cierto, no era sólo ésta la causa de su objeción, sino que también tenía relevancia la defensa de la seguridad jurídica, a la que, sin duda, otorgaba suma importancia.

De todos modos y sin perjuicio de formular más adelante un juicio comparativo entre las dos posiciones, objetivista y subjetivista, es evidente que, en la historia, la lesión aparece en su versión objetiva, a través de la tan mentada Ley segunda del Libro IV, Título XLIV del Código de Diocleciano y Maximiano, a la que luego hemos de referirnos ⁽³⁾.

(2) Ver Código Civil, art. 1355.

(3) Ver acápite III de este trabajo.

Frente a esta línea de pensamiento, que persigue un ideal de equidad, a través de la equivalencia, al menos aproximada, de las prestaciones asumidas por las partes en un contrato y parece encontrar base en concepciones como las de Aristóteles sobre el sinalagma, vale decir, otorga preeminencia al cambio de bienes o de hechos comprometidos, se eleva la concepción opuesta, que apunta más directamente a los sujetos del acto y origina la expresión más moderna de la lesión subjetiva ⁽⁴⁾.

Para aclarar el sentido de este segundo enfoque, parece imprescindible señalar que, por mucho énfasis que se ponga sobre los aspectos subjetivos, siempre se mantiene, como una columna incommovible la exigencia del desequilibrio de las prestaciones, que constituye la base esencial de la institución, sin la cual pierde todo sentido, puesto que no sería necesario encontrar remedio si no existiese tal disparidad.

La novedad, por consiguiente, aportada por la tesis subjetivista reside en la consideración de las cualidades personales de los sujetos del contrato y la relación en que se encuentran en lo atinente a su respectivo poder contractual.

Hay, por ello, una estricta consideración de los elementos vinculados a la voluntad —en el caso del contrato, concretada en el consentimiento, típica manifestación de la bilateralidad del acto jurídico—, que se suma a la disparidad de prestaciones antes comentada.

No es de extrañar que esta concepción haya sido posterior en su aparición histórica, debido a su estrecha relación con la consideración del contrato como acto validado por la voluntad de las partes y, en definitiva, con la elaboración de una teoría general de esa figura como acto voluntario. Esta teoría no fue conocida en gran parte de las etapas recorridas por la evolución del Derecho Romano. Las primeras fundamentaciones de la obligatoriedad de las estipulaciones libremente consentidas por las personas que contratan entre sí, aparecen recién en los trabajos de los juristas teólogos del medioevo.

La afirmación del consensualismo, acentuada durante el desarrollo de la Edad Moderna y volcada en las disposiciones del Código Napoleón constituye una base imprescindible para asignar preeminencia a los factores integrantes de la voluntad de los contratantes. Sólo con este punto de partida, se abren los caminos para una mejor comprensión del acto jurídico, sus cualidades, requisitos y valor, que encuentran un símbolo muy destacado en las investigaciones de Savigny y los demás juristas germanos que preanuncian la consagración de la tesis subjetiva en el Código Alemán de 1900 ⁽⁵⁾.

(4) Ver RIVERA, JULIO CÉSAR, "Elementos y pruebas de la lesión subjetiva", ED, 74-346.

(5) Ver Código Civil Alemán, art. 138.

Por el respeto a lo querido por las partes y a la consiguiente necesidad de asegurarse que cada una de ellas haya obrado con pleno discernimiento, intención y libertad, adquiere una nueva fisonomía la figura de la lesión, puesto que, para defender la equidad, se toman en cuenta las cualidades de los sujetos del acto y de la relación existente entre sus respectivas condiciones personales.

De ahí que en el art. 138 del Código Alemán se requiera, para que funcione la figura, que el desequilibrio de las prestaciones nazca del aprovechamiento por una de las partes de la necesidad, ligereza e inexperiencia de la otra, términos recogidos en la ley 17.711, al reformar el art. 954 de nuestro Código Civil.

Reviste, por consiguiente el problema, mayor complejidad, ya que no se persigue la vigencia de la equidad mediante la simple comparación de los valores recíprocamente prometidos, sino que, para hacerlo, se pondera la conducta de los contratantes en su relación jurídica.

Hay, por consiguiente, una clara aproximación entre la lesión, contemplada desde este punto de vista y el tratamiento de los vicios de la voluntad, lo cual aparece muy elocuentemente demostrado en la versión actual de nuestro Código Civil, que trata, precisamente, a la lesión en el mismo precepto en que enumera —aunque defectuosamente— a los referidos vicios.

Esto explica que algunos autores se muestren reticentes respecto a la admisión de la lesión, por entender que una correcta evaluación de las disposiciones sobre el dolo sería suficiente para corregir los males que aquélla procura evitar.

Sin embargo, es evidente que se alcanza mayor precisión en determinadas situaciones si se da cabida a la figura que tratamos y que tiene la ventaja de comprender en su ámbito a los antecedentes construidos por aquella primera manifestación, referida exclusivamente al elemento objetivo ⁽⁶⁾.

La institución ha pulido sus aristas y aclarado su significado a través de una evolución multiseccular y el Derecho perdería ese importante acervo si la subsumiese en la noción, más amplia y, por lo tanto, más difusa, del dolo.

De ahí que, sin desconocer la clara aproximación que existe entre la lesión y la teoría de los vicios de la voluntad, sea conveniente conferir a aquélla notoria autonomía para que, sin extraerla del campo de la voluntad jurídica, pueda servirse de los antecedentes originados por la exigen-

(6) Ver MOSSET ITURRASPE, JORGE, "Justicia contractual", Ediar, Buenos Aires, 1978, p. 165.

cia del equilibrio de las prestaciones y fundarse en una construcción compleja presidida por la ambición de alcanzar la equidad, sobre la base de la libertad de las manifestaciones voluntarias de los contratantes, sumada a la conveniente equivalencia de las obligaciones contraídas por ellos.

En toda la teoría de la lesión, se observa, por consiguiente, un deseo de adaptar la legislación a las exigencias de la Justicia, lo que condice con la consideración del hombre como ser digno de sumo respeto y únicamente jugarían los elementos tomados en cuenta para medir la magnitud de la violación que, en un contrato lesivo, haya podido producirse con relación a la equidad.

Estimamos que así puede sintetizarse la primera variante que se encuentra en el estudio y en la evolución legislativa de la lesión: objetivistas y subjetivistas buscan igual finalidad, pero el criterio para apreciar el defecto de un acto jurídico difiere de unos a otros sin afectar esa unidad substancial que señala la búsqueda de la vigencia de la Justicia.

La segunda variante se refiere al ámbito de la aplicación de la figura: nació, sin duda, referida exclusivamente a la compra y venta, pero la necesidad de procurar relaciones justas en todo el campo contractual han motivado que legislaciones y estudiosos la extiendan al campo propio de otras especies contractuales.

No es exclusiva de la lesión esta manera de avanzar, ya que son varias las instituciones que los juristas crearon para la compra y venta y luego adquirieron una vigencia mucho más extendida. El pacto comisorio, aparecido en Roma frente a problemas surgidos en contratos de compra y venta, ha llegado a ser de aplicación general para todos los contratos bilaterales, donde las leyes modernas —inclusive nuestro Código Civil, después de la sanción de la Ley 17.711— admiten el derecho del contratante cumplidor de resolver el contrato ante la inejecución de las obligaciones de su contraparte.

La Ley Segunda, que antes mencionamos, fue dictada, precisamente, con referencia a una venta realizada por un precio inferior al valor que tenía un fundo enajenado.

O sea que se ve muy claramente que la institución nace en el ámbito de la compra y venta pero, posteriormente, en pleno período medioeval, existen antecedentes que muestran cómo se extendió la lesión a otros tipos contractuales, como, por ejemplo, la permuta, la locación, la constitución de usufructo, el préstamo o el depósito ⁽⁷⁾.

(7) Ver GARCÍA VALLÉS, RICARDO, "Rescisión por laesio ultradimidium", Bosch, Barcelona, 1962, p. 29.

No es fácil determinar, dentro de los módulos elegidos por las legislaciones contemporáneas para clasificar a los contratos, en qué categorías funcionarían la lesión en su ámbito ampliado.

En rigor, no todas las figuras contractuales mencionadas, ni menos otras que cabría agregar a la nómina, pueden agruparse dentro de los contratos bilaterales o de los onerosos.

Parece, por ello, imprescindible retroceder algunos siglos en el tiempo y volver a viejas elaboraciones, formuladas, precisamente, en épocas muy significativas del antiguo derecho español y europeo.

En tal sentido, es del caso recordar el análisis de Santo Tomás de Aquino sobre las diversas especies de la Justicia y, con el criterio que informa su trabajo se puede afirmar que todos los contratos en que se aplica la lesión están regidos por la justicia conmutativa⁽⁸⁾.

Es lógico que así sea, puesto que la nota más elemental que caracteriza a aquélla es el desequilibrio de las prestaciones y eso sólo puede tener lugar cuando existe alguna especie de cambio.

Esto merece una aclaración.

No podría pretenderse anular por lesión una donación pura y simple, por cuanto la esencia misma de esa figura determina que no puede haber equilibrio entre las prestaciones de donante y donatario⁽⁹⁾.

Pero sí podría funcionar la lesión en una donación con cargo, para impedir que un donatario inexperto se comprometiera, por ejemplo, a cumplir en beneficio de un aprovechado donante, hechos que le signifiquen un grave perjuicio, totalmente desproporcionado con el escaso valor de la cosa que le había sido obsequiada.

De ahí que este criterio tan general, de la distinción entre la justicia distributiva y la conmutativa adquiriera, en la institución que nos ocupa, una singular relevancia, que justifica emplearla como criterio por encima de otros módulos más utilizados en el orden jurídico contemporáneo.

Efectuada esta somera presentación de la figura en análisis, cabe formular una reflexión que conceptuamos de interés: las dos variantes antes contempladas se han presentado a lo largo de las diversas manifestaciones positivas del antiguo Derecho Español.

Como veremos, éste se inspiró, a partir del Fuero Real, en las enseñanzas romanas y, concretamente, en la célebre Ley Segunda, con su ámbito

(8) Ver SANTO TOMÁS DE AQUINO, "Suma Teológica", Club de Lectores, Buenos Aires, 1948, t. XI, p. 163.

(9) Ver SANTO TOMÁS DE AQUINO, op. cit., loc. cit.

restringido y su enfoque objetivista, pero, en diversos momentos de su evolución transformó su primitivo criterio ya sea para conceder un ámbito más extenso a la lesión, ya sea para admitir la consideración del elemento subjetivo, aspecto en que el Derecho medioeval puede ser considerado un importante antecedente de las legislaciones contemporáneas por encima del cambio que significó el espíritu que inspiró, por ejemplo, a Vélez Sársfield al redactar su admirable obra legislativa.

Es de notar, por otra parte, que el mismo modo de pensar de nuestro codificador aparece reflejado en el Código Español, donde la lesión ha sido prácticamente proscripta⁽¹⁰⁾.

Se trata de un caso en que los numerosos y variados antecedentes provenientes de sabios cuerpos legales han cedido frente a la influencia de ideas por parecer más modernas y llamativas.

Quizás por la mayor influencia que en el antiguo Derecho Español ejerció el Cristianismo con su filosofía humanista, aquél fue receptor de una institución que un Derecho de época posterior, más adelantada en muchos aspectos pero menos espiritualista, dejó de lado.

La reaparición de la lesión en las relaciones más modernas, a partir de 1900, año de la sanción del Código Alemán, puede ser un indicio de un retorno a esos valores espirituales que el Derecho nunca puede desconocer.

II - El campo de nuestra investigación: legislaciones más representativas del antiguo Derecho Español

En la actualidad, la expresión España tiene un significado histórico y geográficamente definido y el Derecho Español también presenta una determinación muy clara y concreta, que no deja lugar a duda alguna.

Pero, no siempre fue así: a raíz de las sucesivas invasiones que se volcaron sobre la Península Ibérica y especialmente la ocupación musulmana y la lucha por la reconquista, muchos y profundos fueron los cambios experimentados en aquella tierra.

(10) Ver Código Español, art. 1293. Con relación al Derecho Español moderno, es muy representativa la definida posición de García Goyena, Florencio, "Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español", Sociedad Tipográfica - Editorial, Madrid, 1852, t. III, p. 177.

(11) Ver FARINA, JUAN M., "Lesión", en Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, 1964, t. XVII, p. 229; GIORGI, J., op. cit., t. IV, N° 111, p. 129.

Si el Cristianismo significó un factor de unidad, la estructura feudal, común en la Edad Media europea, representó, por el contrario, un elemento de división, aunque no afectara la unidad substancial del pueblo y la civilización hispanos.

Esa unidad sólo se consumó mediante la unión matrimonial de los Reyes Católicos, ya que Isabel y Fernando eran soberanos de las dos partes que habían prevalecido y España apareció, en la hora del descubrimiento y la colonización americana, es decir, en el momento de su despertar como Nación, como la suma de las coronas de Castilla y Aragón.

III - Antecedentes romanos relativos a la lesión

De acuerdo a sus características, el Derecho Romano no conoció una teoría general de la lesión, pero, conforme también el principio de equidad que informaba sus soluciones, muestra antecedentes valiosos, que, naturalmente, sirvieron de base para las elaboraciones posteriores.

Aún antes del Derecho justiniano, donde está expresamente consagrada la facultad del vendedor para resolver una operación en que se hubiese comprometido a enajenar una cosa por menos de la mitad de su valor real⁽¹¹⁾, la Ley Segunda del Libro IV Título XLIV, del Código de Diocleciano y Maximiano constituye un hito utilizado reiteradamente por los estudiosos de la institución⁽¹²⁾.

Sin embargo, hay quienes afirman, sin aportar elementos demasiado convincentes en favor de su posición, que antes de la mencionada Ley, se conoció el instituto, se resolvieron casos en los que estaba en juego la buena fe y en los que se utilizaron criterios semejantes a los que informan a la figura en estudio.

Por cierto que si esto fuera exacto, los contornos de la lesión aparecerían muy difusos e imperfectos y no podrían haber llegado a constituir sino remotos antecedentes, que hubieran requerido un serio trabajo de elaboración.

Al respecto, cabe recordar lo dicho por un autor de la jerarquía de Giorgi quien, tras mencionar expresiones de romanistas destacados, afirma textualmente "tenemos argumentos para creer que aún antes de las

(12) Ver GARCÍA VALLÉS, R., op. cit., p. 11; MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "La lesión y el nuevo art. 954 del Código Civil", Víctor P. de Zavala, Buenos Aires, 1976, p. 25; Morixe, Horacio, "Contribución al estudio de la lesión", La Facultad, Buenos Aires, 1929, p. 17; MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "La lesión en los actos jurídicos", Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1965, p. 25.

célebres leyes de los emperadores Diocleciano y Maximiano se conocía en la jurisprudencia romana el remedio de la lesión"⁽¹³⁾.

Optamos, por ello, por comenzar el análisis de los antecedentes romanos por la Ley Segunda, ya que ella reviste un verdadero valor, que la hace incuestionable.

Esto sin perjuicio de admitir que su texto puede haber llegado a nosotros con algunas modificaciones, introducidas en épocas posteriores, con el fin de adaptarla más perfectamente al modo de pensar del momento en que, tiempo después de su aparición, fue aplicada en el Medioevo cristiano⁽¹⁴⁾.

Es evidente que, en la actualidad, aparecen algunas dificultades de interpretación, ya que, en la Edad Media, el latín era de uso corriente, a pesar de la disminución de su pureza lingüística, mientras que hoy se hace necesario un esfuerzo mayor para su comprensión.

El texto, sin duda es de un valor substancial en la historia de la lesión, ya que establece algunos puntos de partida que se mantienen hasta hoy, aún cuando hayan sido complementados con otros requisitos, como consecuencia de una larga evolución que ha dado lugar a una profundización del estudio de la institución.

Desde aquella antigua Ley se consagra la base del criterio objetivo⁽¹⁵⁾: el desequilibrio en que se colocan los contratantes permite deshacer el negocio, por no resultar humano (la expresión debe ser interpretada en lenguaje actual con el significado de equitativo) que una de ellas obtenga un resultado favorable del acto, mientras la otra queda en manifiesta inferioridad.

No surge, por el contrario, que pudiera imputarse al comprador una conducta desleal para obtener la cosa a menor precio ni tampoco que haya habido, por ende, un aprovechamiento de su mayor poder contractual, frente a un contratante inexperto o sometido a una necesidad imperiosa de vender.

Tampoco podemos inferir la posibilidad de extender el remedio a otros contratos. Los romanos se abocaron a la solución de situaciones particulares que requerían la intervención del magistrado por razones de equidad y, por consiguiente, frente a una compra y venta, el Emperador dio su decisión.

La Ley fijó una pauta para determinar cuándo existía desequilibrio y estableció que ello ocurría cuando el precio pactado era inferior a la mitad del valor real de la cosa.

(13) Ver GIORGI, J., op. cit., T. IV, p. 129; MOISSET DE ESPANÉS, L., "La lesión", 1965, p. 24.

(14) Ver GARCÍA VALLÉS, R., op. cit., p. 12.

(15) Ver MOISSET DE ESPANÉS, L., "La lesión", 1976, p. 81.

Sabemos, y bien lo destaca Vélez Sársfield para poner de manifiesto la inseguridad creada por la "lesión enorme", que legislaciones posteriores—inclusive el Código de Napoleón—optaron por otras proporciones, pero, de todos modos, contamos desde aquellos remotos orígenes con un módulo que da una base aritmética para medir la validez o ineficacia del acto.

Se había, por lo tanto, establecido un importante mojón en la historia de la búsqueda de la equidad en las relaciones contractuales. Y nada quita a ello que se entienda que habría dictado, posteriormente, el mismo Diocleciano, otro rescripto en que resolvió un conflicto de manera totalmente opuesta.

En realidad, si bien pueden encontrarse algunas otras manifestaciones, unas favorables y otras contrarias, en textos de diversos Emperadores⁽¹⁶⁾, creemos que merece destacarse, como elemento realmente significativo, la posición del Derecho justiniano.

De ahí que puede afirmarse que el Derecho Romano fue también el creador de esta institución, aún cuando no la haya llevado hasta sus mejores desenvolvimientos.

IV - El trabajo de glosadores y canonistas

Gran mérito les corresponde a los juristas medioevales, glosadores y canonistas, en el desarrollo y perfeccionamiento de la lesión, razón que nos lleva a analizar, aunque sea someramente, su contribución en este tema.

Creemos, por ello, necesario comenzar por una aclaración: no todo el antiguo derecho español experimentó su influencia. Más aún, el Fuero Juzgo, punto de partida para la consideración de la figura en ese ámbito, fue anterior en varios siglos a las sutiles elaboraciones de aquellos estudiosos.

Un análisis muy simple de la obra de los glosadores permite apreciar de inmediato que ellos aportaron dos elementos fundamentales en el desarrollo de la lesión: la importancia de los aspectos subjetivos y la ampliación de su campo de vigencia.

La profundización que hicieron en el terreno de esta institución les demostró que no podía quedar totalmente separada de la teoría de los vicios de la voluntad y ello, lógicamente, los condujo a enfrentar el tema con plena consideración del elemento subjetivo.

(16) GARCÍA VALLÉS, R., op. cit. p. 16, se refiere a pasajes de los Códigos Gregoriano y Hermodeniano y, especialmente, al Teodosiano.

El punto de contacto entre ambas materias se presentó en el dolo, vicio particularmente importante para quienes estimaban que la buena fe en la relación humana era indispensable y que el engaño y el fraude debían ser severamente juzgados y castigados.

La desproporción entre las prestaciones, elemento esencial y pauta única para la concepción objetivista, sustentada por el Derecho Romano, dejó de ser sólo elemento a tomar en cuenta y pasó a ocupar un lugar, siempre preponderante, pero que le daba calidad de presunción de la existencia de un engaño, o sea, de un vicio de dolo.

Esta aproximación con ese vicio de la voluntad sirvió para facilitar el funcionamiento de la lesión como causal de resolución del contrato y, por consiguiente, amplió sus posibilidades de remedio a favor de la equidad.

Prueba de la importancia que le asignaron es el entusiasmo con que la Ley Segunda fue elogiada en algunos de los más importantes trabajos de estos infatigables analistas y renovadores del Derecho Romano: según García Vallés, Accursio la calificó de famosa, Cino de Pistoia de famosísima y Bartolo de solemne⁽¹⁷⁾.

La ausencia de estudios anteriores les permitió elaborar una interpretación amplia y novedosa de la ley y allí se hizo presente el espíritu humanista de una sociedad que, pese a todos sus defectos, armaba sus instituciones sobre la base del pensamiento cristiano.

Por esa vía hizo su entrada el elemento subjetivo, substancial para la aproximación con el dolo e, inclusive, llegó a facilitarse la prueba de la presencia de ese vicio mediante la presunción inferida del desequilibrio de las prestaciones convenidas.

No es demasiado arriesgado sostener que, en los trabajos de los glosadores se encuentran reunidos los elementos de la corriente denominada subjetiva-objetiva, admitida por el Código Alemán e introducida en nuestro Código Civil por la ley 17.711, que, precisamente, asigna al desequilibrio de las ventajas obtenidas una función instrumental de presunción de la existencia de la lesión.

En los trabajos de Cino de Pistoia apareció, por otra parte, la expresión "lesión enorme", que habría de ser utilizada asiduamente por los juristas posteriores y que Vélez emplea en su célebre nota⁽¹⁸⁾.

Hay, inclusive, una especie de concepción de un dolo objetivo, que surgiría de la naturaleza de las cosas y que se manifestaría en la circuns-

(17) Ver GARCÍA VALLÉS, R., op. cit., p. 25; MOISSET DE ESPANÉS, L., "La lesión...", 1965, p. 43.

(18) Ver GARCÍA VALLÉS, R., op. cit., p. 27.

tancia de resultar perjudicada una de las partes en una medida de gran magnitud.

Con esto se vincula la expresión "deceptus", que puede traducirse por "desaventajado" y que se pondría de relieve cada vez que alguien vende algo a menos de la mitad de su justo precio.

El otro punto en que la labor de glosadores y postglosadores merece ser destacada es en la ampliación del ámbito de la lesión a otros contratos, o sea, en la superación del límite marcado por la compra y venta.

Había antecedentes al respecto en la obra de Justiniano, pero aquí debe verse una consecuencia de las circunstancias económicas propias de la Edad Media, donde la compra y venta no era un contrato de frecuencia dominante, por la escasa cantidad de transacciones sobre inmuebles que realizaron los hombres de aquel tiempo y la inexistencia de un mercado, por el funcionamiento de un sistema de economía cerrada⁽¹⁹⁾.

Si bien este mecanismo económico facilitaba la determinación del justo precio —reemplazado en siglos posteriores por el precio de mercado—, también es cierto que restringía el campo de las ventas y asignaba comparativamente mayor importancia a otras figuras contractuales.

La consecuencia de la inclusión de otros contratos en el terreno de vigencia de la lesión conduce inevitablemente a la generalización de la institución y al otorgamiento de una excepción de dolo a cualquier contratante perjudicado en la medida indicada, con lo cual surge una elaboración de la teoría de la lesión, que afinará sus notas hasta ser consagrada en las leyes civiles más adelantadas de nuestro tiempo.

Es de notar que, ante este aumento de las aplicaciones de este remedio de equidad, comenzaron a hacerse comunes las cláusulas de renuncia anticipada a invocarlo, contra las cuales se hizo necesario luchar para evitar que aquél fuera anulado en su eficacia a través de este instrumento, aparentemente fundado en el respeto a la voluntad de las partes, pero que, en muchos casos, sólo significaba la defensa de abusos injustificables⁽²⁰⁾.

Para cerrar esta breve referencia a los trabajos de los glosadores, estimamos conveniente efectuar una mención del paralelismo que existía entre la tendencia que los inspiraba y la que regía entonces en el antiguo Derecho Español.

(19) Ver GARCÍA VALLÉS, R., op. cit., p. 25.

(20) Ver GARCÍA VALLÉS, R., op. cit., p. 31.

Con ese fin señalamos que éste también generalizó la vigencia de la lesión en numerosos contratos además de la compra y venta. Después hemos de referirnos a esto, pero no creemos posible pasar en silencio que el Ordenamiento de Alcalá dispone que se la aplique "en las rentas y en los cambios y en los contratos semejantes"⁽²¹⁾.

La labor de los canonistas sigue sendas muy parecidas, en las que se acentúa, como elemento vivificante la consideración permanente de la buena fe, exigida aún en los contratos denominados de derecho estricto, conforme al modo romano de considerarlos.

La aplicación de los principios de la Ley Segunda fue común en el Derecho Canónico y pueden citarse, como ejemplo, varios casos.

Así, el resuelto en 1170 ante el reclamo formulado por los Canónigos de Beauvais y el decidido en 1208 a raíz de la causa iniciada por el Ecónomo del Monasterio de San Martín de la Montaña contra los ciudadanos de Viterbo⁽²²⁾.

En ambos procesos se dio cabida a la lesión, por haber efectuado la venta por un precio inferior a la mitad del que correspondía y, también en ambos, se concedió al adquirente la facultad de mantener la eficacia del contrato mejorando la prestación a su cargo.

Es de señalar que, en las Decretales de Gregorio IX, Capítulos III y VI, se trata de la lesión, admitida cuando hubiese precio inferior a la mitad del valor real de la cosa vendida.

Es interesante destacar que en el Libro III Título 17, se invoca al engaño como causa de la resolución de tales contratos⁽²³⁾.

Además cabe agregar que Santo Tomás, con su clarividencia, abre un camino que pone en cuestión la definición totalmente exacta del justo precio, con lo que se anticipa a los siglos que habían de sucederle y que, a raíz de las substanciales transformaciones económicas que habían de tener lugar, deja de lado aquella noción y permite que la ley de la oferta y la demanda determinen los valores de las cosas que se transfieren⁽²⁴⁾.

No parece necesario extremar la argumentación para explicar que, con este modo de pensar, también los canonistas extendieron el ámbito de la lesión más allá de la sola compra y venta.

Lo hicieron hasta comprender todos los contratos registrados por la justicia conmutativa.

(21) Ver Ordenamiento de Alcalá, Título XVII.

(22) Ver GARCÍA VALLÉS, R., op. cit., p. 36. Sobre la labor de los canonistas, en general; ver MOISSET DE ESPANÉS L., "La lesión", 1965, p. 47.

(23) Ver MOISSET DE ESPANÉS, R., op. cit., p. 37, nota 2.

(24) Ver SANTO TOMÁS DE AQUINO, op. cit., T. XI, p. 308.

Es, al respecto, particularmente ilustrativo el análisis hecho por Santo Tomás en la Suma Teológica, al tratar de las diferentes especies de justicia, la distributiva y la conmutativa, dominada esta última por la idea de una igualdad fundada en una proporción aritmética⁽²⁵⁾.

Este criterio le sirve para explicar los casos de los contratos en que se cede una cosa a cambio de otra (en el supuesto de la venta y la permuta) o el uso y goce de la cosa, que habrá de ser recuperada por el primitivo poseedor (se trata de la locación, la constitución de usufructo y los préstamos) o en los que se transfiere la cosa para su custodia y posterior restitución (es el supuesto del depósito y la prenda)⁽²⁶⁾.

Excluye, por el contrario, expresamente a la donación, por entender que, por tratarse de una liberalidad, no puede ser contemplada en función de una equivalencia de prestaciones. La deja, por ello, fuera del ámbito de aplicación de la justicia conmutativa y, por ende, de la lesión⁽²⁷⁾.

La claridad del Doctor Angélico en este tema de la donación es realmente diáfana e ilumina su concepción del sinalagma y el equilibrio de las prestaciones en los contratos conmutativos.

La amplitud que adquiere, así, el campo de aplicación de la lesión es sumamente vasto, con el consiguiente beneficio para la vigencia de la equidad en las relaciones contractuales.

Basta pensar en la importancia del tema en los préstamos usurarios para comprender cabalmente el valor del aporte realizado por los canoistas.

A ello debe agregarse que, por estar en juego un principio esencial, como la justicia conmutativa, privaron de valor a las renunciaciones anticipadas con que se pretendía neutralizar la influencia benéfica de la lesión, todo lo cual obliga a tomarlos en consideración en todo análisis de la evolución de la figura que estudiamos⁽²⁸⁾.

V - La lesión en el Fuero Juzgo

Comenzamos nuestro análisis de la lesión en el antiguo Derecho Español con el Fuero Juzgo, a pesar de no haber admitido éste, la vigencia de aquélla.

(25) Ver SANTO TOMÁS DE AQUINO, op. cit., T. XI, p. 157.

(26) Ver SANTO TOMÁS DE AQUINO, op. cit., T. XI, p. 163.

(27) Ver SANTO TOMÁS DE AQUINO, op. cit., T. XI, p. 163.

(28) Ver GARCÍA VALLÉS, R., op. cit., p. 43.

Ello se debe a que, sancionada en fecha no claramente determinada, pero que, sin duda, debe ubicarse en el siglo VII de nuestra era o en un momento muy próximo al mismo, es la primera compilación de leyes organizadas que se conoce en España.

A través de sus disposiciones, se manifiesta todo el contenido del pensamiento jurídico visigodo, abierto éste a algunas de las influencias del Derecho Romano, las combinó con la supervivencia de otras instituciones aportadas por su tronco germánico,

Autores importantes sitúan la redacción del Fuero Juzgo en el año 634, en que lo habría ordenado el Cuarto Concilio de Toledo⁽²⁹⁾, pero no puede pasarse por alto la mención que figura en su encabezamiento en ediciones que merecen alta consideración.

En las actas de dicho Concilio, que se conservan, no se hace referencia alguna a la redacción de este cuerpo de leyes y parece muy improbable que haya podido pasarse en silencio un acto de tal envergadura.

Para esta corriente de pensamiento el Fuero Juzgo o Code Wisigothorum o Libro de los Jueces, en la versión que pasó a la posteridad, sería el resultado de los trabajos del decimosexto Concilio de Toledo, que habrían tenido como base lo hecho en varios de los concilios anteriores, especialmente a partir del Séptimo⁽³⁰⁾.

La explicación de la mención del Rey Cisanando y del Cuarto Concilio estaría dada por el hecho de haber sido dictada la primera ley de la compilación en el referido Concilio y durante el reinado del nombrado monarca.

De todas maneras, es evidente que el Fuero Juzgo constituye el primer ordenamiento legislativo que hubo en España y que su fecha es anterior a la caída de la monarquía visigoda y el predominio musulmán en la Península.

Esta antigua legislación se ocupó de la lesión, pero lo hizo para proscribirla y lo hace en el Libro V, Título IV, "De las cambias é de las vendiciones"⁽³¹⁾.

El principio sustentado en la Ley Segunda no fue recogido por esta obra primigenia del Derecho Español. No prevalecieron, por consiguiente, las elaboraciones más evolucionadas del Derecho Romano, sino que el legislador visigodo optó por el pleno respeto a la voluntad de las partes.

(29) Ver Fuero Juzgo o Libro de los Jueces, Zeus, Barcelona, 1968, p. 9.

(30) Ver "Los Códigos Españoles ...", t. I, p. XXXIX.

(31) Ver "Los Códigos Españoles ...", t. I, p. 142. Cabe señalar que el Fuero Juzgo fue redactado en latín y que el Rey Fernando III, el Santo, lo mandó traducir al castellano.

Pero, no puede pensarse en estos fundamentos en una obra elaborada antes del siglo VIII de nuestra era, cuando ni siquiera se analizaba demasiado a fondo el fundamento de la fuerza obligatoria de los contratos.

Sólo cabe pensar, por el contrario, que el Derecho visigodo no había evolucionado suficientemente para dar cabida a una institución sutil, que busca la consagración de la equidad por encima de las aparentes manifestaciones de contratantes libres.

No consideramos oportuno extender este comentario y únicamente merece destacarse la amplitud con que enfrenta el problema la referida Ley Séptima.

Es evidente que el texto no dejó resquicio para que una interpretación jurisprudencial constructiva pudiera dar cabida a la institución que tratamos.

VI - La lesión en el Fuero Real

No en vano transcurrieron aproximadamente cinco siglos desde la elaboración del Fuero Juzgo hasta la del Fuero Real ni sucedieron acontecimientos trascendentales a lo largo de ese lapso.

La transformación de las circunstancias era sustancial: había desaparecido el reino visigótico, lo había reemplazado la dominación musulmana y ésta había comenzado a ceder tras varias centurias de lucha, que habrían tenido como punto de partida el triunfo de Pelayo en Covadonga.

Tras el dominio árabe, con profunda influencia en el plano religioso y social, reaparecía la preeminencia del Cristianismo, que había de marcar a España con caracteres particularmente fuertes.

Varios habían sido los señoríos cristianos que habían participado en la Reconquista, que avanzaba en forma cada vez más firme y, por lógica consecuencia, diversos textos normativos habían tenido vigencia parcial en las regiones españolas.

Antes dijimos que no nos ocuparíamos de tales legislaciones y únicamente haremos referencia a ellas para pintar un cuadro algo más aproximado de la situación existente en el momento de la aparición del Fuero Real.

Esto, como veremos enseguida, es obra de la monarquía castellana en un momento singularmente brillante de su historia, pero también Castilla había tenido con anterioridad otra legislación importante conocida con la denominación de Fuero Viejo de Castilla ⁽³²⁾.

(32) Ver "Los Códigos Españoles", t. I, p. 255.

La situación histórica que movió a los soberanos a ordenar la recopilación conocida como Fuero Real se originó, en realidad, bajo el reinado anterior al de Alfonso X, el Sabio, el rey legislador por excelencia, que había de inmortalizar su nombre por medio de otra compilación, las Siete Partidas.

En el momento en que sucesivas victorias ampliaron el terreno regido por su padre, Fernando III, el Santo, San Fernando para la Iglesia Católica, este monarca determinó que era necesario proceder a unificar las diversas legislaciones forales vigentes en sus dominios.

No alcanzó a realizar ese ideal y quedó para su hijo la oportunidad de llevarlo a cabo.

Y así nació el Fuero Real que, como antes señalamos, es la primera obra legislativa de Alfonso el Sabio y cuya redacción puede ubicarse en 1254 o 1255 ⁽³³⁾.

Su período de vigencia fue relativamente breve, ya que el mismo Alfonso el Sabio lo derogó en 1272 ⁽³⁴⁾.

Parecería que el motivo principal de esta duración tan corta residió en que había unificado varias legislaciones, entre ellas la castellana, y que, si los demás pueblos comprendidos en el reino de Don Alfonso aceptaron en general las nuevas leyes, no ocurrió lo mismo con la nobleza de Castilla que añoraba todavía el Fuero Viejo.

Con bastante justificación se conoce, por ello, a esta compilación con la designación de Fuero Real de España: la extensión territorial de los dominios de Alfonso la explican sobradamente.

En materia de lesión, esta primera obra legislativa del Rey Sabio contiene una solución diferente de la que había establecido la ley visigótica.

En efecto, con ámbito reducido, ya que parece acordar únicamente la facultad de resolver el contrato al vendedor y aún esto con las limitaciones relativas a las ventas en almonedas, el Fuero Real da entrada a la institución en el Libro III, Título X, Ley V, donde se nota muy directamente la influencia del Derecho Romano y, más precisamente, del principio consagrado por la Ley Segunda.

El análisis del texto muestra claramente el paralelismo existente con el contenido de la Ley Segunda de Diocleciano y Maximiano, consecuencia directa del mejor conocimiento y la mayor recepción de las soluciones romanas.

(33) Ver ESCRICHE, JOAQUÍN, "Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia", Garnier, París, 1896, p. 734; MOISSET DE ESPANÉS, L., "La lesión", 1965, p. 75.

(34) Ver Escriche, J. op. cit., p. 734, II.

Al igual que en aquella Ley, el derecho a solicitar la resolución por la lesión se refiere al contrato de compra y venta y contempla la situación del vendedor, probablemente por ser él quien, ordinariamente, se encuentra en la necesidad de deshacerse de una cosa que le pertenece con el fin de obtener en cambio fondos que le hacen falta por motivos que pueden ser muy variados.

De ahí que, tal como acontece en el rescripto del Emperador, el Fuero Real se preocupó por proteger al perjudicado injustamente.

También hay plena coincidencia en cuanto a la medida mínima requerida para que el perjuicio faculte al vendedor a dejar sin efecto la operación: debe el precio ser inferior, por lo menos, a la mitad del valor real de la cosa y, si no alcanza ese límite, la institución protectora de la equidad no entra en funcionamiento.

Otra aproximación digna de señalar consiste en que ambos textos prescinden de cualquier referencia a engaño o dolo con que una parte hubiese afectado la libre decisión de la otra, o sea que sólo se tiene en cuenta la desproporción entre las prestaciones y se opta, por consiguiente, por un criterio exclusivamente objetivo.

Así mismo, hay que poner de relieve que se reconoce al comprador la facultad de preservar la vigencia del contrato si ofrece mejorar el precio, de modo de restablecer la equidad en las relaciones entre los contratantes.

Finalmente, cabe destacar que sólo se menciona esta facultad de resolución en el caso de los contratos de compra y venta, es decir que, al igual que en la Ley Segunda, el ámbito de aplicación de la figura no se había extendido a otros espacios contractuales.

De la glosa efectuada, podemos extraer material para algunas reflexiones que estimamos dignas de ser puestas en relieve.

En primer término, es interesante contemplar cómo, a través del tiempo, la Ley Segunda inspiraba a la nueva legislación hispánica y la influía de manera evidente.

Desde otro punto de vista, merece anotarse que, a través de esa aproximación de soluciones, el Derecho Español mostraba una permeabilidad significativa frente a soluciones del Derecho Romano anterior a Justiniano.

Y, lo que no puede considerarse un elogio, el Fuero Real no pasó de los límites establecidos en la Ley Segunda y no alcanzó, por consiguiente, el nivel de las elaboraciones que, desde algún tiempo antes de su sanción construyeron glosadores y canonistas ⁽³⁵⁾.

(35) Ver GARCÍA VALLÉS, R., op. cit., p. 25.

En síntesis, de todos modos no puede desconocerse la importancia que el Fuero Real reviste en este tema, por haber sido la primera compilación de ámbito amplio de vigencia que recogió en España la figura de la lesión.

VII - La lesión en las partidas

Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso X el Sabio constituyen el más importante cuerpo jurídico del antiguo Derecho Español ⁽³⁶⁾.

Con el Fuero Real plantearon dificultades para hacer entrar en vigor a este ordenamiento legal por su elevada calidad, que significaba una verdadera renovación y un cambio de perspectiva en la legislación española ⁽³⁷⁾.

Puede decirse que, a su respecto, el Fuero Real aparece como una obra primera en el tiempo, casi una consolidación de textos, indispensable para que existiera una base uniforme en la regulación de los derechos de los súbditos del Reino de Castilla y sirviera como preparación para esta obra de más elevada jerarquía.

Fue escaso el tiempo que se tardó en comenzar su redacción en relación con la fecha en que se terminó y publicó el Fuero Real. Esto ocurrió en el año 1254 o quizás en 1255, en tanto que el comienzo de la elaboración de las Siete Partidas es de 1256. La tarea demandó aproximadamente siete años, ya que finalizó en 1263, sin perjuicio de haberle sido agregadas en 1265 algunas nuevas expresiones legislativas ⁽³⁸⁾.

La posición humanista y cristiana del legislador y su aproximación con el pensamiento de los glosadores y canonistas se ponen de manifiesto en las Partidas en la relación que se establece entre la facultad de dejar sin efecto una venta por motivos de la injusticia del precio pactado y los vicios de la voluntad, relación que, como veremos de inmediato, se refleja en el contenido mismo que aquéllas dedican a este problema.

El texto que lo trata expresamente, Ley LVI, Título V, de la Partida Quinta, es extenso, lo cual complica, evidentemente, su análisis, pero desde otro punto de vista, aporta algunos elementos dignos de ser tomados en consideración.

36) Ver Sánchez Viamonte, Carlos, "Fueros Españoles", en Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, 1967, t. XII, p. 896; MOISSET DE ESPANÉS L., "La lesión", 1965, p. 57.

(37) Ver acápite VI de este trabajo.

(38) Ver SÁNCHEZ VIAMONTE, C., op. cit., p. 896.

En efecto, el título de la Ley se refiere a compras y ventas efectuadas por un vicio de la voluntad, tema al que está referida la primera parte del texto, que sólo después contempla la lesión.

El comienzo consagra la vigencia del vicio de violencia, al hablar de los contratos celebrados por fuerza o miedo, palabras que traducidas a la lengua contemporánea significan fuerza o intimidación, vale decir, violencia física o moral.

No se la exige para admitir la resolución sobre la base de la desproporción de las prestaciones acordadas en una venta, pero es evidente que el legislador, al incluir en un mismo precepto estas dos situaciones, pone de manifiesto que lo informa un criterio que las aproxima.

No puede, por ello, afirmarse que se haya dado entrada a una posición subjetivista, pero resulta claro que se ha tenido en cuenta que el diferente poder contractual de las partes puede afectar su libertad para la celebración del acto y que es ésta la causa más probable y frecuente de la aceptación por una de ellas de condiciones tan desfavorables como las representadas por la fijación de un precio excesivamente reducido o exageradamente elevado.

En rigor, por consiguiente, cabe sostener que la primera parte de la ley no se refiere específicamente a la lesión, pero da una pauta interpretativa muy importante a su respecto.

A partir del primer Otrosí comienza el tratamiento propio de la institución que nos ocupa.

Esta parte inicial se refiere al derecho del vendedor para resolver la venta en que se hubiera convenido un precio inferior a la mitad del "derecho precio", o sea del que en justicia corresponde.

En el título de la ley, se utiliza, precisamente, las expresión "menos del justo precio", lo que nos permite interpretar, sin dificultad, que los términos "justo" y "derecho" deben ser entendidos como sinónimos, sinonimia que ilumina, por cierto, el concepto del derecho que tenían las Partidas, fundado en el sentido de justicia, de rectitud, de equidad, que ya el antecedente romano había preanunciado al decir que era el arte de lo bueno y lo equitativo.

Se agrega una ejemplificación que tiende a hacer bien concreta la medida de la magnitud del desequilibrio requerida para que se pueda poner fin a los efectos de la convención: esa medida es la mitad y el ejemplo menciona la venta de la cosa que vale diez maravedíes por sólo cinco, simple expresión aritmética del concepto antes reseñado.

La novedad más destacada aportada por las Partidas aparece en el período inmediato anterior, es decir, el que sigue al segundo "Otrosí dezimos", que concede al comprador la posibilidad de resolver el contrato.

Sabemos, para justificar la preocupación de los diversos legisladores por proteger al vendedor que malvendió su cosa, que ordinariamente quien celebra el contrato bajo presiones de la necesidad o, al menos, de su menor poder contractual, es el enajenante.

Pero no siempre es así y, por ello, merece elogios la extensión que hacen las Partidas en beneficio del comprador, permitiéndole deshacer la adquisición hecha por un precio excesivo.

Puede decirse, pues, que hay razones originadas por la propia naturaleza del contrato que justifican el otorgamiento de esta facultad al comprador, aún cuando, en la vida real, son menores las ocasiones en que se ejercita ese derecho.

Y, para establecer la medida de la desproporción que debe dar lugar al nacimiento de esa facultad del adquirente, reviste, por otra parte, particular valor la ejemplificación, análoga a la hecha respecto a la posibilidad de invocar la lesión concedida al vendedor.

También aquí la magnitud del desequilibrio debe ser de la mitad del valor real o, si se prefiere para utilizar una terminología más afín con la de las Partidas, la del justo precio.

Quizás valga la pena recordar lo dicho por Santo Tomás en cuanto a que la justicia conmutativa se rige por la igualdad expresada por valores aritméticos, lo que no ocurre con la distributiva, donde impera el criterio de la proporción⁽³⁹⁾.

Para completar la paridad de las situaciones del vendedor y el comprador, las Partidas otorgan a aquél la facultad de mantener la vigencia de la operación, si aceptase reducir el precio, de modo de restablecer la equidad.

Tras el reconocimiento al comprador de un derecho que los legisladores anteriores no habían tenido en cuenta, se incluye una exigencia referida a ambas partes: para que pueda demandarse la resolución de la compra y venta, la cosa no debe haberse destruido ni perdido ni desmejorado mucho, recaudo razonable, que muestra la prudencia del autor de la norma.

La parte final de la Ley LVI se refiere al tema de las renunciaciones anticipadas a invocar la lesión y aquí no alcanzan las soluciones más avanzadas elaboradas por los canonistas y glosadores⁽⁴⁰⁾, aun cuando cabe interpretar que sólo serían admitidas cuando se hiciesen bajo juramento.

(39) Ver SANTO TOMÁS DE AQUINO, op. cit., t. XI, p. 160.

(40) Ver GARCÍA VALLÉS, R., op. cit., ps. 31 y 43.

En efecto, precisamente se proscribió la invocación del desequilibrio entre cosa y precio cuando el contratante que pretenda fundarse en él para resolver el acto, se haya comprometido bajo juramento a no hacerlo.

Hemos de referirnos ahora a otro aspecto que estimamos interesante: el ámbito de aplicación de la lesión en las Partidas.

En general se entiende que se redujo a la compra y venta y que la ampliación que aquéllas introducen consiste en extender al comprador la facultad ordinariamente acordada sólo al vendedor. Pero, creemos que una interpretación valedera permite sostener que el ámbito de aplicación fue más vasto.

Es cierto que la Ley LVI está incluida en el Título V de la Partida V y que aquél se denomina "De las vendidas e de las compras" y admitimos que esto constituye un argumento muy valioso para sostener la posición restringida.

Para oponernos a ella y superar la fuerza del referido argumento, recurrimos a la consideración de la Ley IV del Título VI de la misma Partida.

El Título VI trata "De los cambios que los *omes fazen* entre sí: e que cosa es cambio" ⁽⁴¹⁾. En terminología moderna, diríamos que se refiere al contrato de permuta y para aventar cualquier duda en cuanto a la sinonimia basta analizar el contenido de la Ley I de este Título, donde las Partidas distinguen entre diversas formas de celebrar el contrato, pero sin afectar el fondo del mismo, que aparece diáfananamente expuesto.

Cabe agregar que, en la introducción al Título, se pone de relieve su semejanza con la compra y venta ⁽⁴²⁾.

Esta es importante para definir la posición frente al problema que analizamos por cuanto en nuestra manera de pensar se basa en una remisión hecha, precisamente, al Título V.

El texto tiene tres partes, de las cuales nos interesa particularmente la segunda, ya que la primera y la última tratan de las garantías propias de los contratos onerosos, o sea los vicios redhibitorios al comienzo y la evicción, al final.

La parte intermedia a la que hemos aludido contiene una expresa remisión a las causales por las cuales puede resolverse una compra y venta y, precisamente, entre ellas, la Ley IV incluye el desequilibrio de las prestaciones que exceden la mitad del valor real de una de ellas.

(41) Ver ALFONSO EL SABIO, "Las Siete Partidas", glosadas por el Lic. Gregorio López, Compañía General de Impresores y Libreros del Reino, Madrid, 1843, t. II, p. 737.

(42) Ver Alfonso el Sabio, op. cit. p. 737.

Por consiguiente, estimamos que si, en una permuta ("cambio" para las Partidas), una de las partes se obliga a entregar una cosa que excede el valor de la otra en la mitad del mismo, puede reclamar la resolución del contrato y, salvo que la otra se avenga a completar su prestación de manera de establecer el equilibrio, logrará dejarlo sin efecto.

Esta argumentación permite sostener, a nuestro modo de ver, que las Partidas asignaron a la lesión un ámbito de aplicación que se extiende a otros contratos, al menos, a la permuta.

VIII - La lesión en el Ordenamiento de Alcalá

El Ordenamiento de Alcalá marca, dentro del antiguo Derecho Español, el punto culminante en el avance del proceso del ámbito de aplicación de la lesión, según surge del texto de la ley única de su título XVII que comentaremos en este acápite ⁽⁴³⁾.

Fue Alfonso XI, bisnieto del Sabio, quien, en las Cortes reunidas en 1348 en Alcalá de Henares, dictó esta compilación ⁽⁴⁴⁾.

Los años del comienzo de su reinado fueron, por otra parte, difíciles, ya que, como ponen de manifiesto los Doctores de Asso y de Manuel, en el discurso preliminar con que presentan el Ordenamiento de Alcalá, en la citada edición de los Códigos Españoles ⁽⁴⁵⁾, se multiplicaban en ese tiempo las luchas entre "bandos y parcialidades", que atribuyen a la "ambición de los Grandes y desavenencia de los Tutores".

El joven Rey enfrentó con plausible decisión estos inconvenientes y procedió a eliminarlos en la medida de lo posible: redujo a sus justos límites las pretensiones de los señores, combatió a los delincuentes de todo tipo y restableció la tranquilidad general.

Este nuevo cuadro de situación le permitió llevar adelante el intento renovado de alcanzar la ansiada uniformidad legislativa, por la que tanto habían luchado sus antecesores y alcanzó, mediante sucesivos avances sobre diversos aspectos normativos, un grado de unificación antes desconocido ⁽⁴⁶⁾.

En este sentido, su obra más importante fue, sin duda, el Ordenamiento de Alcalá, con el que culminó su esfuerzo, pero existen algunos antecedentes importantes.

(43) Ver GARCÍA VALLÉS, R., op. cit., p. 30.

(44) Ver Vivanco, Antónino C., "Ordenamiento de Alcalá", en Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, 1964, t. XXI, p. 105.

(45) Ver "Los Códigos Españoles", t. I, p. 429.

(46) Ver "Los Códigos Españoles", t. I, p. 429.

Además, en las Cortes de la Ciudad Real, en 1346 compaginó las llamadas Leyes de Villarreal. Sus dieciséis disposiciones se incorporaron luego, en 1347, en las Cortes de Segovia, a un nuevo Ordenamiento, todas cuyas normas, salvo un número muy reducido, fueron, a su vez, incluidas en el Ordenamiento de Alcalá.

Sobre la lesión, el Ordenamiento de Alcalá contiene la Ley Unica del Título XVII que, como antes señalamos, constituye el texto que otorga mayor amplitud al campo de vigencia de la institución.

Es de notar que Vélez se refiere a esta Ley, en su nota sobre la lesión, cuando cita la L. 4, Tít. 7, Lib. 5, Ord. Real ⁽⁴⁷⁾, ya que ésta reproduce el contenido de aquélla.

Varias reflexiones cabe formular en relación con su texto y el avance que significó en la regulación positiva de la lesión.

En primer lugar, en comparación con el Fuero Real, se ha señalado una diferencia substancial vinculada con la inclusión expresa de las ventas "hechas en almoneda", las que habían sido excluidas del ámbito de la lesión por lo dispuesto en la Ley 220 del Estilo ⁽⁴⁸⁾.

Debe destacarse la importancia de la Ley 220, que impedía al vendedor resolver la venta aunque el precio fuera inferior a la mitad de su valor real, si la operación había sido hecha en remate público.

Con lo dicho en el Ordenamiento de Alcalá, Alfonso XI priva de todo efecto a la Ley 220 y resuelve explícitamente el problema mediante la extensión a las ventas efectuadas en remate otorgando la facultad al vendedor y al comprador de resolver el contrato en que se hubiera fijado un precio inequitativo.

Puede discutirse el acierto de esta decisión y sostenerse que disminuye la seguridad de las ventas en remate, pero no cabe negar que, desde el punto de vista de la lesión, significó una clara expansión de su vigencia.

En segundo término, es interesante señalar que, por primera vez, aparece un plazo de prescripción relativa a la acción de resolución del contrato por lesión: el término fijado es amplio y no cabe duda que no coarta el ejercicio de la facultad acordada a los contratantes, ya que éstos han gozado de un tiempo amplio para considerar la justicia o injusticia del precio establecido en el contrato y, de acuerdo a ello, requerir su resolución.

Pero, el aspecto más importante de la Ley Unica del Título XVII radica en la extensión expresa del remedio de la lesión a otras figuras contractuales, además de la compra y venta.

(47) Ver "Los Códigos Españoles", t. VI, p. 408.

(48) Ver "Los Códigos Españoles", t. I, p. 336.

En este aspecto, el contenido del texto va mucho más allá de la denominación del Título XVII, puesto que aquél sólo se refiere a las ventas y las compras. No es el único aspecto en que tiene más extensión el contenido de la ley que su designación, ya que en ésta se habla del vendedor y posteriormente se contempla por igual su situación y la del comprador.

Más allá, por lo tanto, del nombre del Título y más aún de la Ley, ésta extiende la protección por la falta de equidad del precio fijado a otras figuras contractuales en que es fundamental la equivalencia de las prestaciones.

Al analizar las Partidas hicimos notar que, por vía de remisión, el legislador extendía a la permuta el campo de aplicación de la lesión ⁽⁴⁹⁾, pero es evidente que el Ordenamiento de Alcalá va mucho más lejos.

No se trata de una simple remisión, donde adquiere un valor fundamental la interpretación que se haga de su amplitud, sino que existe una mención expresa y verdaderamente enérgica la que, en castellano actual, dice: "eso mismo queremos que se guarde en las rentas, en los cambios y en otros contratos semejantes".

Esta referencia a los contratos semejantes permite sostener que la lesión debía aplicarse en todos aquéllos que estuvieran regidos por la justicia conmutativa, para utilizar las expresiones de Santo Tomás de Aquino ⁽⁵⁰⁾.

Las más avanzadas construcciones de los glosadores y los canonistas habían entrado en el Derecho Español mediante este notable texto del Ordenamiento de Alcalá.

Como es sabido, las Ordenanzas Reales de Castilla constituyen una recopilación dispuesta por los Reyes Católicos y encomendada a D. Alfonso Díaz de Montalvo, con el fin de poner en claro el contenido de la legislación vigente en su época, adicionando no sólo las leyes dictadas después del Fuero Real, las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá, sino también las decisiones de los tribunales y opiniones de las escuelas ⁽⁵¹⁾.

Estimamos, por todo ello, que debe interpretarse que el criterio de Isabel la Católica y Fernando de Aragón coincidía con el consagrado en el Ordenamiento de Alcalá por Alfonso XI, en cuanto a la amplitud que debía darse a la vigencia de la lesión.

(49) Ver acápite VII de este trabajo.

(50) Ver SANTO TOMÁS DE AQUINO, op. cit., t. XI, p. 162.

(51) Ver "Los Códigos Españoles", t. VI, p. 249.

Debe juzgarse, en definitiva, que la relevancia mayor que presenta el Ordenamiento de 1348 respecto a la lesión reside en esa expresa ampliación de su campo de aplicación.

IX - La lesión en la Novísima Recopilación

Tratamos la lesión en la Novísima y no en la Nueva Recopilación porque en aquélla se encuentra todo lo que, sobre este instituto, contenía la última, de manera que nada se agrega si se analiza lo dicho por la compilación dispuesta por Felipe II en 1567 ⁽⁵²⁾.

Es cierto que la Nueva Recopilación llegó a tener vigencia en el territorio de lo que hoy es la Argentina y que no ocurrió lo mismo con la Novísima por causa de la lucha por la independencia, pero no es menos cierto que Vélez Sársfield, al citar las disposiciones del Derecho Español vinculadas con la lesión, hace referencia a la Novísima, de la que tenía, lógicamente, cabal conocimiento.

Silenciar la obra posterior en el tiempo podría quitar algún matiz, mientras que comentar la más antigua nada agregaría y sólo daría lugar a una repetición inútil.

La Novísima Recopilación fue publicada en 1805, fecha que explica que no haya sido aplicada en las Provincias Unidas del Río de la Plata.

El trámite de su confección fue un tanto inesperado, ya que debió ser una simple reedición depurada de la obra de Felipe II —que había conocido, por otra parte, numerosas ediciones que la actualizaban— y se concretó en la aparición de una nueva colección de disposiciones positivas, ordenadas con una metodología algo diferente ⁽⁵³⁾.

En efecto, a raíz de la sanción de nuevas leyes, después de cada nueva publicación de la Nueva Recopilación, se agregaban aquéllas a las anteriores y ello había dado lugar a que existieran dentro de la compilación textos no siempre coherentes entre sí y, en algunos casos, hasta opuestos los unos a los otros.

En tales circunstancias y por agotarse los ejemplares existentes de la obra de Felipe II, en su última versión, se hizo necesario buscar una solución y Don Carlos IV confió a Don Juan de la Reguera Valdés, tomar la misión de realizar una nueva tirada con las correcciones y adiciones necesarias.

(52) Ver Vivanco, Antonino C., "Nueva Recopilación de las Leyes de España", en Enciclopedia Jurídica Omeba, OMEBA, Buenos Aires, 1964, t. XX, p. 448.

(53) Ver "Los Códigos Españoles", t. VII, p. VIII.

A pesar de mantenerse buena parte de las fallas que se procuraba enmendar, el Rey, por Cédula del 15 de julio de 1805, en que explicó el proceso de su elaboración, la aprobó con la denominación de Novísima Recopilación de las Leyes de España ⁽⁵⁴⁾.

Puede afirmarse que no hay una construcción moderna, hecha en el tiempo de la publicación, sino sólo la reiteración de los viejos textos, los cuales, por otra parte, son presentados en su versión final, ya que algunas décadas más tarde habían de dejar su lugar al Código Civil.

La Novísima Recopilación dedica al tema de la lesión algunas de las primeras leyes del Título Primero, "De los contratos y obligaciones en general", el Libro Décimo, "De los contratos y obligaciones ; testamentos y herencias" ⁽⁵⁵⁾.

La sola denominación del Título muestra la extensión que se le ha asignado, ya que no está tratada en una parte referida exclusivamente a la compra y venta, sino bajo un rubro mucho más amplio, el de los contratos y obligaciones en general.

El texto de la primera parte de la Ley II del referido Título confirma esa amplitud, puesto que reproduce la del Ordenamiento de Alcalá, todo lo cual obliga a poner en duda la afirmación que incluyó Vélez en su célebre nota sobre la lesión.

Dijo allí el codificador: "La L. 2. Tít. 1, Lib. 10, Nov. Rec., concedió el remedio de la lesión al comprador cuando ella importase más de la mitad del justo precio, pero no generalizó su disposición" ⁽⁵⁶⁾.

En su encabezamiento, expresa la norma contenida en la Novísima Recopilación: "Ley II.- Rescisión de las ventas y demás contratos en que intervenga engaño en más de la mitad del justo precio ; y casos exceptuados de ella". Y aclara: Ley 1a. Tít. 17 de dicho ordenamiento (se refiere al de Alcalá, citado en la Ley I del mismo título) ⁽⁵⁷⁾.

El encabezamiento que venimos de transcribir agrega un argumento más en favor de la vastedad del ámbito que se asignó en la compilación de 1805 a la figura de la lesión, ya que, además de la venta se incluye a los "demás contratos", mención totalmente congruente con el texto de la Ley II más arriba citado y, en general, con la posición del Ordenamiento de Alcalá.

La vinculación de la lesión con el vicio del dolo aparece después, reflejada en el contenido de la Ley III del mismo Título Primero, que es interesante.

(54) Ver "Los Códigos Españoles", t. VII, p. XV.

(55) Ver "Los Códigos Españoles", t. IX, p. 304.

(56) Ver nota de Vélez Sársfield al Código Civil, después del art. 943.

(57) Ver "Los Códigos Españoles", t. IX, p. 304.

Se reitera en esta Ley que sólo cuando se haya fijado un precio que difiera del justo en más de la mitad, funcionará la lesión, pero se agrega que, en los contratos viciados por dolo, es una causal diferente que permite dejarlos sin efecto.

El criterio relativo a la lesión es objetivo, ya que toma en cuenta una diferencia de la mitad en relación con el justo precio pero ello no obsta para que los contratos en que no llega a presentarse tal diferencia sean invalidados si fueron obrados con dolo.

Por ello, aún cuando no cabe desconocer la preeminencia del criterio objetivo para la vigencia de la lesión, se puede sostener que el legislador sintió la importancia que, en alguna medida debía asignarse al elemento subjetivo.

Esta ponderación se hace también presente en la ley siguiente, que priva de la facultad de invocar a la lesión a los locadores de obra por la aptitud técnica que cabe atribuirles.

Por otra parte, es de destacar que, tanto funcionaba la lesión en todos los contratos regidos por la justicia conmutativa, que se juzga necesario excluir a aquellos en que una de las partes, por su oficio o profesión debía forzosamente conocer el valor de la obra que emprendía, lo que robustece aún más la reflexión sobre el amplio campo acordado a la figura por la Novísima Recopilación.

En síntesis, cabe afirmar que la Novísima Recopilación, como antes la Nueva —cuyas disposiciones referidas a la lesión reprodujo—, acordó a la figura que analizamos un campo de aplicación muy amplio, mantuvo la vigencia del criterio objetivo, fundado en una diferencia superior a la mitad del justo precio, excluyó de su protección a quienes, por su calificación técnica, debían ser impedidos de invocarla y dio así entrada a un elemento subjetivo que también parece atisbarse a través de la metodología seguida en el tratamiento dado a los contratos por las Leyes II y III del Título Primero del Libro Décimo.

X - La lesión en el actual Derecho Español

La legislación vigente en la actualidad está ausente de nuestra investigación, no obstante lo cual no creemos posible omitir una muy breve mención de la transformación operada en el Derecho Civil positivo español.

El Código Civil, en su art. 1293, excluye expresamente la lesión, salvo en hipótesis particulares (art. 1291), en que aquélla, en rigor, no es necesaria.

Es sorprendente que con antecedentes tan añejos y valiosos, el legislador moderno haya optado por esa solución. Y, además de sorprendente, es de lamentar que así lo haya hecho.

Ni siquiera puede decirse que se deba a la influencia del Código Napoleón y que éste, aún con la restricción de su ámbito, ha admitido, en cierta medida, a la lesión en la compra y venta, cuando el vendedor resultara perjudicado por haber convenido un precio inferior en siete doceavos al valor real de la cosa vendida.

Ha sido, en realidad, dejada de lado la tradición del derecho castellano, el Fuero Real, las Partidas, el Ordenamiento de Alcalá, las Ordenanzas Reales, la Nueva y la Novísima Recopilación y se ha retornado a la situación vigente en el período visigótico, cuya preeminente inspiración germánica fue seguida, por ejemplo, en las normas positivas de Aragón.

O sea, que los más importantes monumentos jurídicos españoles recibieron de influencia en el Código Civil.

Solamente cabe señalar, como nota interesante que la lesión está consagrada en la Compilación de Cataluña de 1960⁽⁵⁸⁾ y en la de Navarra de 1973⁽⁵⁹⁾, destacable, por muchos motivos esta última, en opinión de Moisset de Espanés, quien pone de relieve la elogiable ponderación del elemento subjetivo, que surge de su Ley 499.

XI - Conclusiones

Del análisis del antiguo Derecho Español pueden extraerse diversas conclusiones, algunas de las cuales señalamos a continuación.

Es evidente que la lesión no fue tomada en cuenta por el derecho de la época visigoda, como lo manifiesta el Fuero Juzgo y únicamente ingresó en España a través de la intensificación de la influencia del Derecho Romano, que impulsó a la consagración de los principios que habían inspirado la Ley Segunda de Diocleciano y Maximiano.

Admitida la institución, su primer ámbito de aplicación radicó en la compra y venta, pero su campo se amplió posteriormente en relación con otros contratos, donde también cabe exigir el equilibrio entre las prestaciones de las partes.

(58) Ver GARCÍA VALLÉS, op. cit. p. 75, sobre la lesión en Cataluña; MOISSET DE ESPANÉS, L. "La lesión...", 1976, p. 60, sobre la Compilación de 1960.

(59) Ver MOISSET DE ESPANÉS, L. "La lesión...", 1976, p. 66.

Esa ampliación se manifiesta tímidamente en las Partidas por vía de remisión, pero se afirma posteriormente en disposiciones expresas contenidas en el Ordenamiento de Alcalá, las Ordenanzas Reales y la Nueva y la Novísima Recopilación.

La medida de la desproporción entre las prestaciones está dada por la mitad del precio justo, sea en menos o en más, medida que las Partidas aclaran con un ejemplo concreto y que luego aparece reiterada explícitamente en las compilaciones posteriores.

Como concreta manifestación del sentido de equidad que inspira a la regulación de la lesión, se admite, en todos los casos, que la parte lesionante ofrezca mejorar la relación establecida, de modo de equilibrar las prestaciones y mantenga así la validez y eficacia del contrato.

Si bien cabe sostener la preeminencia del criterio objetivo respecto a la lesión, debe admitirse que, en varios textos, existen manifestaciones del criterio subjetivo que merecen ser puestas de relieve.

En síntesis, el antiguo Derecho Español otorgó a la lesión una manifiesta relevancia y constituyó, a lo largo de su fecunda evolución, un acervo realmente importante que, en varios aspectos, está a la altura de las más perfeccionadas soluciones del Derecho contemporáneo.



A PROPÓSITO DE LA LESIÓN SUBJETIVA

MANUEL O. COBAS

I. Introducción

Han transcurrido más de treinta y cinco años desde la reforma del Código Civil por la ley 17.711, y la denominada "lesión subjetiva" introducida de la mano de la misma en la estructura legal, cuya arquitectura diseñó el genio jurídico de Dalmacio Vélez Sarsfield, aún continúa provocando discusiones sobre su teoría, que se proyectan a no dudar sobre su propio alcance y aplicación en los tribunales de nuestro país.

Un análisis exhaustivo de las diferentes cuestiones planteadas a lo largo de este tiempo transcurrido desde su entrada en vigencia excedería los propósitos de este trabajo⁽¹⁾ y por consiguiente hemos seleccionado algunos de los aspectos del tema que realzan su interés. En el Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio del año 1998 se introducen algunos criterios que también merecen atención.

II. Recapitulación

Desde el punto de vista histórico, la doctrina se ha preocupado por señalar la antigüedad del instituto, aunque fuera en forma embrionaria y vinculada en general a la cuestión de los intereses usurarios, y cuya

(1) Para una ampliación del tema ver MOISSET DE ESPANÉS LUIS, La lesión en los actos jurídicos. Ed. Universidad de Córdoba. Carranza Jorge A. El vicio de lesión en la reforma en el Código Civil. Abeledo-Perrot. 1969. BREBBIA, ROBERTO H. Código Civil y normas complementarias. Doctrina y jurisprudencia. Dirección Alberto J. Bueres. Coordinación Elena Highton. Ed. Hammurabi. Comentario al art. 954, t. 2B. MOISSET DE ESPANÉS LUIS. La lesión y el nuevo art. 954. Ed. Universidad de Córdoba.

existencia se remonta a épocas anteriores a la propia Roma. En ésta, los emperadores Dioclesiano y Maximiano incorporan al instituto de la lesión en su faceta objetiva, que recoge Justiniano siguiendo lo que parece un camino similar, refiriéndola exclusivamente al vendedor, y cuando del precio resultara una variación en menos del cincuenta por ciento del mismo⁽²⁾.

La equidad, pasó en el devenir de los tiempos a ser una medida de licitud de las convenciones, y además de descalificar a la usura se acentuó la idea de proporcionalidad en las obligaciones resultantes de un determinado tipo de convención, de tal suerte que si uno da más de lo que recibe, se vicia el consentimiento en el contrato por no ser éste equitativo⁽³⁾.

El Código Civil Francés admitió también la lesión, cuando la disminución del precio en la compraventa superaba las siete doceavas partes, es decir algo más del cincuenta y ocho por ciento del mismo⁽⁴⁾.

Es conocida la posición de Vélez sobre el particular y en especial los términos de su nota al art. 943 en la que explica las razones de su rechazo al instituto de la lesión enorme o enormísima, es decir a la lesión de base objetiva que se refería sólo a determinada desproporción entre las prestaciones. Recordada y significativa es su referencia a la inadmisibilidad de enmendar errores e imprudencias, dado que dejaríamos de ser responsables de nuestros actos y a la validez negocial, si el consentimiento de las partes había sido prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por la ley.

Claro está, que la licitud de los actos o negocios jurídicos tiene en el Código de Vélez vallas muy efectivas, como lo son las regulaciones en materia de orden público y buenas costumbres con base en el art. 21 del Código Civil, causa ilícita en el art. 502, y la disposición del art. 953 en materia de objeto ilícito.

(2) MAYNZ CARLOS, Curso de Derecho Romano. Ed. Bordoy, t. II, p. 252. SPOTA ALBERTO G., Lesión subjetiva: una doctrina argentina. LA LEY, 122-199, nota a fallo CNCiv., sala A, Peralta Josefa c. Trepal Lorenzo. S. TOBIAS JOSÉ W. Esencia y Fundamento de la lesión objetiva y subjetiva. ED, 110-975. SPOTA ALBERTO G. Curso sobre temas de Derecho Civil. Ed. Depalma, p. 169. RABINOVICH BERKMAN RICARDO. Derecho Civil. Parte General. Astrea, p. 719.

(3) BORDA GUILLERMO A., Tratado de Derecho Civil. Parte General. 11ª Ed. Perrot. t. II, p. 312 y su cita de POTHIER, Obligations, Nº 33. Tobias José W. Esencia y fundamento de la lesión objetiva subjetiva. Op. cit, p. 977 y su cita de POTHIER en nota 22. FISSORE DIEGO. Tres fallos que ejemplifican el tratamiento de la lesión por la jurisprudencia argentina, en RIVERA JULIO C. Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Civil Parte General. Ed. La Ley, p. 355.

(4) Código Civil Francés, art. 1674.

Precisamente, antes de la introducción de la lesión subjetiva en el año 1968, la jurisprudencia de nuestros tribunales venía haciendo aplicación de esta última norma al constatar la existencia de un negocio usurario⁽⁵⁾ o la vileza de una prestación.

Jalón imprescindible en el desarrollo judicial de la lesión, es la sentencia recaída en los autos "Peralta Josefa del Carmen c. Trepal Lorenzo S." dictada por la sala A de la Cámara Nacional en lo Civil⁽⁶⁾ integrada por los Dres. Guillermo A. Borda, Rodolfo de Abelleyra y Jorge J. Llambías, en el cual el Dr. Borda en su carácter de vocal preopinante, despliega el concepto de lesión subjetiva para resolver el conflicto planteado, al admitir que la demandante Srta. Peralta se encontraba en una situación de inferioridad ante su cocontratante, mediando en la especie una grosera falta de equidad en las contraprestaciones recíprocas, que cuando es excesiva o desmesurada, como en dicho caso, ofendía a las buenas costumbres, de tal manera —agregó—, que el negocio penetraba en el ámbito de aplicación del art. 953 del Código Civil, tal como lo sostuvo alguna doctrina de la época, sin perjuicio de que detrás de esa mención normativa se ocultara en realidad la idea de la lesión⁽⁷⁾.

El tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en Córdoba en el año 1961, avaló por su parte la admisión del instituto de la lesión, en su recomendación Nº 14, en la que se sostuvo que "Podrá demandarse la nulidad o la modificación de todo acto jurídico bilateral oneroso, en el cual alguien aprovechando la necesidad, penuria o inexperiencia extremas de otro, se hiciere prometer u otorgar para sí o para un tercero, ventajas patrimoniales en evidente desproporción a su prestación..."⁽⁸⁾.

La posición de los juristas participantes de dicho Congreso se enmarcó en la nueva tendencia que había abierto en principio, el art. 138 del Código Civil alemán del año 1900⁽⁹⁾, en cuyo primer párrafo se nulificaban los actos jurídicos contrarios a las buenas costumbres y en su segundo párrafo en particular el acto jurídico en el cual mediante la explotación de la

(5) SPOTA ALBERTO G., Curso sobre temas de Derecho Civil. Ed. Instituto Argentino de Cultura Notarial, p. 171. BUERES ALBERTO J. Objeto del Negocio Jurídico. Ed. Hammurabi, p. 199.

(6) LA LEY, 122-198, con nota aprobatoria de SPOTA GUILLERMO G.

(7) BORDA GUILLERMO A., Tratado de Derecho Civil. Parte General. t. II, p. 314. LÓPEZ DEL CARRIL NELSON. Enfoque económico de la lesión subjetiva. LA LEY, 138-1327.

(8) III Congreso Nacional de Derecho Civil año 1961 Actas, t. II p. 777.

(9) Para consultar una traducción al español de dicho art. 138 y los comentarios sobre el mismo ver BREBBIA ROBERTO H. Código Civil. Dirección ALBERTO J. BUERES. Coordinación ELENA HIGHTON. Comentario al art. 954, t. 2-B, p. 612.

necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra parte, se obtuvieran ventajas patrimoniales originadas en una desproporción chocante entre las prestaciones, y que evidenciaba la adopción de un criterio objetivo-subjetivo como fundamento de la lesión.

La ley 17.711 del año 1968 modificó por su parte el art. 954 del Código Civil, incorporando la lesión a su texto con criterio objetivo-subjetivo, siguiendo las aguas del citado Congreso de Derecho Civil y del Código Civil alemán⁽¹⁰⁾.

En general la codificación civil ha venido admitiendo la existencia de lesión como factor de invalidez negocial, con la excepción parcial a nuestro criterio del Código de Québec, que lo hace si se hallan involucrados incapaces y en los casos expresamente previstos por la ley⁽¹¹⁾.

Por su parte, el nuevo Código Civil de Brasil introduce la lesión en su art. 157, admitiendo la misma cuando una persona en estado de necesidad o por inexperiencia, se obliga a una prestación manifiestamente desproporcionada al valor de la contraprestación.

III. Ambito de aplicación

El instituto de la lesión, tiene su emplazamiento en nuestro derecho en el ámbito de los actos o negocios jurídicos⁽¹²⁾.

Posicionado el instituto, sus alcances se extienden naturalmente a la especie del acto jurídico que es el contrato y en particular a los que revisten el carácter de onerosos conforme su definición en el art. 1139 del Código Civil.

De los actos o negocios onerosos, los conmutativos, es decir aquellos en los que una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa equivalente,

(10) CNCiv., sala E, noviembre 28 de 1991. CNCivil, Secretaría de Jurisprudencia Base de datos Sumario 0002252. "Con la reforma introducida al Código Civil por la ley 17.711, se incorporó a nuestra legislación el vicio de lesión como causal de nulidad de los actos jurídicos, requiriendo el art. 954 la concurrencia de dos elementos, el objetivo que radica en la notable desproporción entre las prestaciones de ambas partes; y el subjetivo que consiste en la explotación de la situación de inferioridad de uno de los contratantes por el otro, aún cuando la doctrina y jurisprudencia más modernas se inclinan por desdoblarse este último en dos: por un lado la necesidad, ligereza o inexperiencia del sujeto que lo sufre y por el otro, el aprovechamiento de tal situación por el beneficiario del acto".

(11) ROLLAND LOUISE, Faculté de Droit Université de Montreal, p. 7, art. 1405 y 1406 Código Civil Québec.

(12) RISOLÍA MARCO AURELIO. Sobre el ámbito de aplicación de la lesión subjetiva. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Anales Segunda Epoca año XXIV N° 17 julio de 1979, p. 481.

conociendo desde el inicio la extensión o alcance de las mismas⁽¹³⁾ configuran el ámbito general del instituto de la lesión, por las razones que resultan del propio concepto de conmutatividad antes dado, y aunque no fuere exacta la equivalencia de las prestaciones, "pues cada cual procura obtener una ventaja en el negocio y ello no compromete la licitud del acto"⁽¹⁴⁾.

Podría una convención de carácter aleatorio, integrar el ámbito de la lesión? La respuesta negativa pareciera imponerse en la medida que las prestaciones comprometidas pueden por definición no ser equivalentes.

Sin embargo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, tuvo oportunidad de dar una respuesta afirmativa a ese interrogante, al decir por intermedio de su sala C, que "El art. 954 del código Civil no tiene restringido su ámbito de aplicación a los contratos conmutativos, de tal modo que es dable invocar la lesión subjetiva en los aleatorios cuando la ventaja que obtiene una de las partes es excesiva o desproporcionada con relación al alea normal o riesgo del propio contrato y ha mediado el aprovechamiento del estado de inferioridad del afectado"⁽¹⁵⁾.

Dentro de los contratos onerosos, también deben ser comprendidos en el ámbito de la lesión, aquellos que revisten el carácter de unilaterales, como el mutuo oneroso⁽¹⁶⁾, si se suman los elementos que componen éste instituto y sin perjuicio de las acciones que podrían originarse en otras normas, como la del art. 953, en el caso de los intereses usurarios.

Y también, desde que el art. 832 del Código Civil califica a la transacción como acto jurídico, haciendo extensible a la misma las disposiciones en materia de nulidades, no veo qué razones excluirían a la misma de la aplicación de la lesión prevista en el art. 954, y sin perjuicio de que las concesiones que se efectuaren las partes no requirieran de equivalencia.

(13) GARRONE JOSÉ A., Diccionario Manual Jurídico, Ed. Abeledo-Perrot. P. 218.

(14) CNCiv., sala B diciembre 27 de 1991. Parenti Luis A. c. Colmegna S.A. LA LEY, 1992-E, 280.

(15) CNCiv., sala C febrero 24 de 1983. F.E. c. Suarez Emilio y otro. LA LEY, 1983-D, 42. Con nota de Marco Aurelio Risolía. La presunción legal de lesión subjetiva en contrato de renta vitalicia. En contra: CNCiv., sala J, junio 14 de 1994. Aguilar José Clemente c. Mohamud de Calmejane Nélica. "De la lesión están excluidos los actos jurídicos unilaterales, pues si la lesión procura corregir la desproporción que pudiera existir y restablecer el equilibrio entre las prestaciones a cargo de cada una de las partes, no puede hablarse de desproporción ni de desequilibrio en negocios unilaterales".

(16) BORDA ALEJANDRO. Ponencia. XVII Jornada de Derecho Civil. Libro de ponencias, p. 11. "Es invocable la lesión no sólo cuando se trata de actos jurídicos bilaterales sino también cuando son actos unilaterales onerosos".

En efecto, si la transacción efectuada no puede ocultar la notoria desproporción entre las concesiones que mutuamente se hacen las partes y ello permite presumir la explotación de una de ellas, que se encuentra en estado de inferioridad, y tal desproporción no encuentra justificación, la norma del art. 954 impone la nulidad de la transacción⁽¹⁷⁾. Ello a mi criterio puede tener especial aplicación en el ámbito laboral, dada en general la posición de inferioridad económica y social del trabajador frente a su empleador, y aunque la misma hubiera recibido homologación administrativa.

Desde mi punto de vista, la intervención de profesionales en el asesoramiento de las partes, no deja sin efecto el razonamiento anterior, pero debiera excluir la presunción establecida en el tercer párrafo del art. 954⁽¹⁸⁾.

Por otra parte, los actos de comercio no estarían exceptuados de la aplicación de este instituto, ya que tal carácter del negocio ni la profesión de quien los otorgó parecen óbice para la aplicación del instituto de la

(17) CNCivil, sala I, septiembre 2 de 1997 V. O. c. Omega Cooperativa de Seguros Ltda. LA LEY, 1998-E, 292, con nota aprobatoria de XANTHOS, Nulidad de una transacción que verso sobre el monto del resarcimiento, por configurar lesión subjetiva. CCiv., Comercial y de Garantías en lo Penal de Necochea, junio 22 de 2004. Peralta Noris A. c. Martitegui Claudina y otros. "Respecto del monto de la indemnización otorgada y al escueto agravio acerca de que el límite de la indemnización reclamada estaría dado por la suma que la actora creyó estar recibiendo, cabe precisar que el vicio de la voluntad al que se hace referencia en autos es el que surge del contraste de las circunstancias de la actora y la evidencia de la causa con relación a la naturaleza de su reclamo y la correlativa desproporción de la indemnización recibida. En este sentido se ha dicho que la lesión subjetiva no implica un defecto en la formalización de la voluntad, sino una anomalía en el negocio, consistente en el perjuicio patrimonial que se provoca a una de las partes, obteniendo de ella prestaciones desproporcionadas mediante el aprovechamiento de su necesidad, ligereza o inexperiencia". CIFUENTES SANTOS, *Negocio Jurídico*. 2ª Ed. Astrea. p. 591. Ponencia de los doctores JORGE A. ZAGO y MANUEL O. COBAS en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil año 1999. Comisión I Perfiles actuales de la lesión. Libro de Ponencias, p. 23. En contra de esta posición CNCiv., sala I, julio 3 de 1997. Sansierra María del Rosario c. Línea 170 Empresa San Fernando SA. CNCivil, Secretaría de Jurisprudencia Base de datos. Sum. 0015157. La ley no exige como requisito de la transacción que haya paridad de concesiones, ni ello podría imponerse, por que la importancia del sacrificio que cada cual realiza es de apreciación eminentemente subjetiva, no habiendo pauta válida para su medición. El Instituto de la lesión que contempla el art. 954 del Código Civil no es aplicable para oponerse a la transacción. En similar sentido CNFed. Civ. y Com., sala II, junio 25 de 2004. Ferreira Iris Del Valle c. Caja de Seguros S.A.

(18) CNCiv., sala E, noviembre 28 de 1991. Arizcuren Rosa c. Casano Leticia. CNCivil Secretaría de Jurisprudencia. Base de datos sumario 0003050. "La presunción establecida por el art. 954 cae cuando se encuentra acreditado que quienes alegan el vicio de lesión se

lesión y con ello compartimos el criterio expresado en este sentido por Cifuentes⁽¹⁹⁾. Sin perjuicio de ello, cabe señalar las discrepancias que existen sobre el particular, en tanto la actitud y capacidad profesional que se exige a los comerciantes, dificulta a su respecto, la admisión de elementos subjetivos como la ligereza o la inexperiencia⁽²⁰⁾.

En la actualidad, parece imponerse un criterio de amplitud en la consideración del ámbito de aplicación del instituto de la lesión⁽²¹⁾, que en particular creo que continúa autorizando el emplazamiento de la lesión en la estructura legal del acto jurídico.

IV. Naturaleza Jurídica

El maestro Borda se refirió a la lesión como un vicio del acto jurídico y en su trabajo sostuvo que la equidad es el gran fundamento moral de la lesión como vicio de ellos, para afirmar lo cual, se apoyaba en las enseñanzas de Pothier⁽²²⁾.

Y tal como lo señalaba Borda, creo que el tercer párrafo del art. 954 del Código Civil y de cuya reforma fue mentor este brillante jurista, tiñe a toda la disposición poniendo el acento en lo notable de la desproporción entre las prestaciones, de tal magnitud, que hace presumir al legislador la explotación de quien resulta beneficiado por el acto.

Como enseñaba Federico Videla Escalada, la lesión se relaciona "con una noción de equidad que intenta establecer un cierto equilibrio entre las prestaciones recíprocas de las partes y mantener la paridad que resulta característica saliente del contrato"⁽²³⁾.

encontraban debidamente asesorados por profesionales abogados cuando celebraron el negocio, sin que sea del caso examinar si lo fueron correcta o incorrectamente. En igual sentido CNCiv., sala F, mayo 5 de 1997, con voto de la doctora Highton de Nolasco. CNCivil, Secretaría de Jurisprudencia. Base de datos sumario 0010266. CNFed. Civ. y Com., sala II junio 25 de 2004. Ferreira Iris del Valle c. Caja de Seguros S.A.

(19) CIFUENTES SANTOS, *Negocio Jurídico*. Ob. cit, p. 593 BORDA GUILLERMO A., *Acerca de la lesión como vicio de los actos jurídicos*. LA LEY, 1985-D, 985. En igual sentido ver Brebbia Roberto H. Código Civil Op. cit. t. 2-B, p. 604. CNCom., sala C Coppo Cora E. c. Lacoste y Cía., junio 4 de 2004.

(20) CNCom., sala B, julio 2002. Establecimiento Frutícola Sede S.R.L. c. Coto S.A.

(21) SCHMIDT HOTT CLAUDIA Y. *Ampliación del ámbito de aplicación de la lesión, en Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI*. Libro de Homenaje al Prof. Roberto M. López Cabana. Ed. Abeledo-Perrot. p. 930.

(22) BORDA GUILLERMO A., *Acerca de la lesión como vicio de los actos jurídicos*. LA LEY, 1985-D, 987.

(23) VIDELA ESCALADA FEDERICO, *Visión general del contrato*. p. 70, en *Contratos I*, Ed. Víctor P. de Zavalía.

La situación de inferioridad en que debe encontrarse ineludiblemente la parte perjudicada queda a mi criterio subsumida en la explotación, de tal suerte que presumida ésta, también debe presumirse aquella, quedando a cargo del lesionante la prueba de la justificación de la notable desproporción o de la inexistencia del estado de inferioridad⁽²⁴⁾.

Buena fe significa para Spota, entre las obligaciones de las partes de un negocio, la abstención de realizar actos antifuncionales⁽²⁵⁾. Por consiguiente —sostiene—, contrarios a la buena fe lealtad o buena fe probidad.

Sin perjuicio de ello, la buena fe es también a nuestro criterio un presupuesto objetivo del acto jurídico y como tal se halla presente en el acto desde su génesis hasta el plano funcional. Con ello, establecemos un punto de contacto con la tesis del Prof. Bueres, que ve en la lesión también un defecto causal instalado en ambos planos⁽²⁶⁾.

Precisamente al referirse a la cuestión, el despacho votado por mayoría en la Comisión I de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en el mes de septiembre del año 1999, afirmaba que "La lesión incorporada al Código Civil en su art. 954, de naturaleza objetiva-subjetiva, se ha perfilado como un vicio propio de los actos jurídicos, por afectar la buena fe lealtad"⁽²⁷⁾. En este sentido, la Dra. María E. Lloveras de Resk en su ponencia a dicho certamen decía que: "el instituto de la lesión "constituye un vicio del acto jurídico por lesión a la buena fe, requisito esencial en el acto jurídico"⁽²⁸⁾. Se trata la lesión por consiguiente de un vicio del acto jurídico, por defecto de la buena fe exigida por el art. 1198 del Código Civil⁽²⁹⁾.

(24) COBAS MANUEL O., La lesión subjetiva y la carga de la prueba. LA LEY, 1997-D, 83. En contra Brebbia Roberto. Código Civil. Op. cit., p. 608 doctrina y jurisprudencia allí citados.

(25) SPOTA ALBERTO G., Instituciones de Derecho Civil. Contratos. Volumen III Ed. Depalma, p. 351.

(26) BUERES ALBERTO J., Objeto del negocio jurídico. Ed. Hammurabi. p. 202.

(27) JA, 2000-I-1035.

(28) XVII Jornada Nacional de Derecho Civil Libro de ponencias, p. 27. Ponencia de las doctoras Lloveras de Resk y Plovánich de Hermida.

(29) MOISSET DE ESPANÉS LUIS, La lesión en los actos jurídicos. Ed. Universidad de Córdoba. p. 240. Piñón Benjamín P., p. Lesión: Comparación crítica del art. 954 del Código Civil y del art. 327 del Proyecto de 1998, en: Estudios sobre el Proyecto de Código Unificado de 1998. Ed. Zavala p. 160 No comparten este criterio y configuran la lesión como un vicio de la voluntad, CIFUENTES, SANTOS, Negocio Jurídico. 2ª ed. p. 586; o un vicio del consentimiento ZAGO, JORGE A., Lesión. En CIFUENTES SANTOS Negocio Jurídico 1ª ed. p. 473. BUERES, al referirse al tema señala concomitante con la falla de buena fe, la existencia de un defecto causal. BUERES ALBERTO J., Objeto del negocio jurídico, p. 202. BREBBIA sostiene por su parte el carácter ambivalente del instituto de la lesión, como un acto en el que la voluntad de la víctima se encuentra viciada y existe mala fe del explotador. BREBBIA, ROBERTO H. Código Civil y normas

V. Una mirada a los elementos configurativos de la lesión

Los elementos que concurren a la configurar la estructura de la lesión, tal como la diseñó la reforma del año 1968, pueden dividirse por su naturaleza en elementos de carácter objetivo y subjetivo.

El elemento objetivo está configurado en principio por la evidente desproporción o inequivalencia en las prestaciones a cargo de las partes⁽³⁰⁾, pero que, como se sostuvo en las mencionadas Jornadas Nacionales de Derecho Civil "puede surgir de la comparación entre las ventajas y sacrificios patrimoniales correlativos, es decir entre los resultados económicos que obtuvieron las partes y no necesariamente de la inequivalencia entre las prestaciones"⁽³¹⁾.

El legislador no estableció en que medida, o proporción matemática, se configuraba el elemento objetivo de la lesión, apartándose así, de los antecedentes romano y francés, que tasaban la inequivalencia en determinadas proporciones, y creo que con acierto, sólo se limitó a calificarla como evidente o notable, dejando a criterio del juez la admisión de la misma sobre la base de dicha calificación. La compulsiva jurisprudencial no permite apreciar la existencia de críticas sobre el particular.

La desproporción, debe existir en el momento del otorgamiento del acto, y subsistir hasta el momento de promoverse la correspondiente demanda, estando a cargo de quien lo alega probar la existencia de la misma⁽³²⁾.

Los elementos subjetivos están configurados el primero, desde el punto de vista de quien se aprovecha del acto, por su explotación del estado de inferioridad en que se encuentra la otra parte. Von Tuhr concibe a la explotación como un consciente aprovechamiento del estado de necesidad,

complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Ed. Hammurabi, t. 2-B Comentario al art. 954, p. 601.

(30) CNCiv., sala C, septiembre 5 de 1995. CNCivil, Secretaría de Jurisprudencia. Base de datos: "En la lesión, la desigualdad debe ser acentuada, evidentemente desproporcionada, exagerada e injustificable, de un grado tal que no deje la menor dudas que resulta contraria a elementales principios de equidad; porque siendo la lesión una excepción a la regla que obliga al cumplimiento de los contratos es de interpretación restrictiva, debiendo optarse en caso de duda por el cumplimiento, para no destituir el principio de seguridad en los actos jurídicos".

(31) XVII Jornadas de Derecho Civil. Conclusiones punto 3, JA, 2000-I-1036.

(32) CNCiv., sala A, febrero 24 de 2004. Figueras, Leonardo c. Almagro Construcciones S.A. LA LEY, Diario del 24 de agosto de 2004. CNCiv., sala H, mayo 8 de 2003. Basili Leonida c. Almagro Construcciones. LA LEY, 2003-E, 920.

ligereza o inexperiencia⁽³³⁾ sobre ello volveremos. El segundo elemento de carácter subjetivo, en este caso está evidenciado por el estado de necesidad, ligereza o inexperiencia de la víctima, a los que hace referencia el art. 954 a nuestro entender de manera enunciativa⁽³⁴⁾ y que por consiguiente puede sustentarse en otros supuestos que acrediten que el lesionado se encontraba con la otra parte, en un estado de desigualdad, que hacía incompatible la negociación, sin otro resultado que no fuera la desventaja patrimonial.

La explotación, supone la obtención de una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.

No implica de manera alguna, que el explotador haya incidido sobre la conducta del explotado, mediante una maniobra, ardid o engaño que hubiera configurado la hipótesis de dolo como vicio de la voluntad, definido en el art. 931 del Código Civil. Se trata aquí a nuestro criterio, de la realización del negocio lesivo a sabiendas de la desproporción evidente de las prestaciones y de la situación de inferioridad en que se encontraba la otra parte, y que motorizaba o daba pie a esa desproporción.

Desde este punto de vista, la inexistencia de este conocimiento, por ejemplo en un negocio entre ausentes o a distancia, en principio restaría la explotación por inexistencia de mala fe⁽³⁵⁾.

Pero si la buena fe es un elemento objetivo del negocio, con el alcance que antes le asignamos, la explotación se produce al margen de la actitud subjetiva de quien asuma dicho rol y como consecuencia de la evidente o notable desproporción, y a todo evento en este último supuesto no funcionará la presunción establecida en el tercer párrafo del art. 954, restando a la víctima la posibilidad de acreditar los extremos requeridos por el instituto al momento de accionar.

Se ha dicho que "el principio de buena fe como esencia en las relaciones contractuales es el parámetro básico y estructural que deben tener los

jueces"⁽³⁶⁾. Pareciera entonces difícil admitir en justicia la validez de un negocio impugnado por lesión, cuando al momento de demandar aparecen reunidos todos los elementos de la misma, incluida la evidencia de explotación manifiesta en ese momento, junto con la subsistente desproporción.

El estado de necesidad, que configura uno de los supuestos de la posición de inferioridad de la víctima, es un estado en el cual ésta opta frente a dos males o soluciones disvaliosas, por elegir el menor o la solución menos disvaliosa o menos dañosa según su propio criterio. Desde este punto de vista, distingo la lesión de aquellos estados de necesidad, en los que una de las partes del acto o negocio carece en realidad de libertad para celebrarlo, como aquel que para conseguir salvar su vida en inminente peligro de perderla, opta por ceder al reclamo del pago de una fuerte suma de dinero hecha por quien cuenta con los medios necesarios para ayudarlo, y que llevaría a la nulidad del acto por su falta de voluntariedad, a mérito de lo dispuesto por la regla del art. 900 del Código Civil.

El nuevo Código de Brasil legisla precisamente sobre el estado de peligro, que se configura según dicha normativa, cuando alguien apremiado por salvar de grave daño su vida o la de un familiar, asume una obligación excesivamente onerosa⁽³⁷⁾.

El estado de ligereza tradicionalmente se ha fundado en una hipótesis de debilidad mental, en un estado psíquico de orden patológico,⁽³⁸⁾ como aquella comprendida en el inciso segundo del art. 152 bis del Código Civil, sustentándose esta posición ante otras razones en la letra del párrafo 138 del Código Civil alemán⁽³⁹⁾.

No coincidimos con tal criterio, dado que puede actuarse irreflexiblemente o de manera ligera y en estado de inferioridad, sin estar afectado necesariamente por un estado patológico de debilidad mental.

(36) LÓPEZ FIDANZA ALBERTO J., El principio de la buena fe. La Ley, Diario del 24 de agosto de 2004.

(37) Código Civil de Brasil, art. 156: "Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa."

(38) CNCiv., sala D, Bootello Miguel c. Cooperativa Agrícola Ltda. de Obera, septiembre 9 de 1997. CNCivil, Secretaría de Jurisprudencia Sum. 0002252. Dentro de los elementos que configuran la lesión, como vicio de los actos jurídicos, la "ligereza" alude a un estado psíquico y patológico en el que se encuentra el sujeto, que no mide el alcance de las obligaciones que contrae, no porque no quiera verlo, sino porque no puede hacerlo, en razón de su situación de inferioridad mental". BREBBIA ROBERTO H., Código Civil. Ob.cit, p. 611.

(39) BREBBIA ROBERTO H., Código Civil. Ob. cit, p. 612 nota 32 para consultar una traducción del párrafo 138 del Código Civil Alemán y su comentario.

(33) VON TUHR ANDREAS, Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil Alemán. Vol. III (1). Ed. Depalma, p. 48

(34) CIFUENTES SANTOS, Negocio Jurídico. 2ª ed. p. 600. XVII Jornada Nacionales de Derecho Civil. mayoría: La actual enumeración del art. 954 es meramente enunciativa.

(35) CNCiv., sala D, septiembre 22 de 1997. CNCivil, Secretaría de Jurisprudencia Base de datos Sum. 0010585. Bootello Miguel c. Cooperativa Agrícola Ltda. de Obera. Dentro de los elementos que configuran la lesión, como vicio de los actos jurídicos, para que pueda hablarse de explotación, es necesario que el explotador haya tenido conocimiento de los estados de necesidad, ligereza e inexperiencia de la víctima, correspondiendo a esta última la carga de la prueba de ambos extremos, aunque tal carga se encuentra morigerada, en tanto la ley presume la existencia de tales elementos, en la medida en que se encuentre demostrada la notable desproporción de las prestaciones.

Ya el maestro Borda al rechazar esta interpretación judicial del art. 954 sostuvo que se hacía decir a la ley lo que ésta no dice, ya que la norma citada sólo habla de ligereza a secas sin agregarle ninguna otra condición⁽⁴⁰⁾.

Cifuentes sustenta una posición similar al enseñar que la ligereza puede provenir de distintos estados de la persona, como una enfermedad orgánica, no necesariamente psíquica o la complejidad del propio negocio, pero que se trasluce en la evidente o notable desproporción de las prestaciones que es dice, el punto álgido de la cuestión⁽⁴¹⁾. Así se ha dicho puede tratarse en la víctima de un estado de avanzada edad y delicada situación sentimental⁽⁴²⁾.

La inexperiencia, último supuesto del estado de inferioridad enumerado por la ley, se refiere a la falta de conocimientos que tiene el lesionado con referencia en particular al acto otorgado⁽⁴³⁾. Quizá se trate éste del elemento más difícil de apreciar, dado que por un lado linda de manera perceptible con el vicio de ignorancia y por el otro con el límite de la diligencia, la información y la prudencia con la que todos debemos actuar en nuestros negocios para descartar la negligencia o la impericia, anatematizadas por Vélez y con razón en la parte final de su nota al art. 943 del Código Civil.

VI. La carga de la prueba en materia de lesión

Incumbe probar los extremos que justifican la existencia de lesión, a quien invoca la misma por imperio de lo dispuesto en el art. 377, del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial en el ámbito nacional.

Empero el tercer párrafo del art. 954, y sobre el cual ponía el acento Borda⁽⁴⁴⁾, establece una presunción de explotación en caso de notable desproporción de las proporciones, salvo prueba en contrario.

(40) BORDA GUILLERMO A., Acerca de la lesión como vicio de los actos jurídicos. LA LEY, 1985-D, 986 con cita de CNCiv., sala A, fallo del 16 de abril de 1985 publicado en LA LEY, 1985-C, 487.

(41) CIFUENTES SANTOS, Negocio Jurídico. Ob. cit, p. 604.

(42) CNCiv., sala H. Bufalo Golf Dora c. Moran Juan, noviembre 20 de 2002, LA LEY, 2003-A, 397.

(43) CNCiv., sala D, septiembre 22 de 1997. Bootello Miguel c. Cooperativa Agrícola Ltda. De Obera. CNCivil Secretaría de Jurisprudencia Base de datos. Sum 0010584. Dentro de los elementos que configuran la lesión, como vicio de los actos jurídicos, la "inexperiencia" es la falta de conocimientos que se adquieren con el uso y la práctica, estado que el tribunal deberá atender según las circunstancias de cada caso concreto y determinar entre otras cosas, si hubo culpa de la víctima, pues en tal caso no podrá prosperar la lesión".

(44) BORDA GUILLERMO A., art. cit., LA LEY, 1985-986.

Teníamos dicho que para nuestro criterio, los adjetivos calificativos "evidente" y "notable", utilizadas por el legislador en materia de lesión, no son sinónimos, por lo menos en el ámbito jurídico y la última de ellas refería una desproporción tal, que no solo saltaba a la vista, sino que por su magnitud, por el grado de su vileza, era incontrastable, no admitía discusión alguna, y precisamente por tal carácter fundaba la presunción de explotación, aunque ésta admitiera en lo subjetivo, prueba en contrario⁽⁴⁵⁾.

Y siguiendo el hilo de la presunción nos permitimos acompañar la posición de Cifuentes, cuando en un mentado fallo, resolvió como integrante de la sala C de la Cámara Civil de la Capital Federal, que la explotación presumida, lo era con relación a la víctima y comprendía por consiguiente el estado de inferioridad en que ella se encontraba⁽⁴⁶⁾.

En este estado decíamos con Zago, que la lesión se acercaba al criterio inicial del instituto en el derecho romano, cuando la situación de necesidad en que podía encontrarse el vendedor, era absorbida por el elemento objetivo de la desproporción⁽⁴⁷⁾, sin perjuicio claro está que a diferencia de aquella figura, la de nuestro Código Civil contemple la existencia de elementos subjetivos y malgrado de la presunción establecida cuando la desproporción es notable, admita prueba en contrario para desvirtuar la misma, acreditando causales de justificación o la inexistencia del estado de inferioridad de la contraparte.

VII. La lesión subjetiva desde la perspectiva del Proyecto de Código Civil de 1998

El Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio del año 1998, legisla en materia de lesión en su art. 327, tratando conjuntamente en el Título V y en diferentes capítulos, los vicios de la voluntad y del acto jurídico.

Innova el Proyecto en el listado de situaciones de inferioridad, agregando a los estados de necesidad, ligereza e inexperiencia, los que refieren condiciones de carácter económico, social o cultural que conducen

(45) COBAS MANUEL O., La lesión subjetiva y la carga de la prueba. LA LEY, 1997-D, 87.

(46) CNCiv., sala C, octubre 8 de 1981, LA LEY, 1982-31, con nota de Jorge Bustamante Alsina. La presunción legal en la lesión subjetiva. En igual sentido ver CNCiv., sala H, noviembre 20 de 2002. Bufalo Golf Dora c. Moran Juan C. LA LEY, 2003-A, 397.

(47) XVII Jornada Nacionales de Derecho Civil. Ponencia Zago Jorge A. Cobas Manuel O. Libro de ponencias, p. 23.

a la incomprensión de las obligaciones asumidas; la avanzada edad, el sometimiento al poder de la autoridad de la contraparte o de una relación de confianza.

A partir de conceptualizar a la actual enumeración del art. 954 como ejemplificativa o enunciativa, y sin perjuicio de los distintos antecedentes legales que pueden servir de fuente a la ampliación proyectada, me parece innecesaria la misma. Sin perjuicio de ello, la avanzada edad podría estar comprendida en la propia situación de ligereza y a través de la misma ser invocada para justificar la existencia de lesión, si se dieran los restantes elementos requeridos por la misma.

La enunciación del factor "sorpresa" debe entenderse a mi criterio, como un elemento del factor explotación, pero que ofrece un flanco de crítica —además de las formuladas por distintos sectores de la doctrina—⁽⁴⁸⁾, en razón de que como tal, parece comprender una actitud dinámica del explotador, más propia del que actúa con dolo, ajena a la tradicional actitud pasiva del mismo en materia de lesión, destacada por la doctrina de manera casi unánime. Precisamente al referirse a la actitud sorpresiva del acreedor en materia de pago legislada en el art. 775 del Código Civil, se ha sostenido que la misma implica "una suerte de dolo de tono menor, que si bien no supone la maniobra engañosa, comporta deslealtad o abuso de confianza por parte del acreedor"⁽⁴⁹⁾.



(48) CIFUENTES SANTOS, La lesión subjetiva en el Proyecto de Código Civil de 1998. Oh..., sorpresa! JA, 1999-III-972. BREBBIA ROBERTO H. lesión subjetiva en el Proyecto de 1998, en Estudios sobre el Proyecto de Código Unificado de 1998. Ed. Zavallia, p. 146.

(49) ALTERINI Atilio A.; AMEAL OSCAR J.; LÓPEZ CABANA ROBERTO M., Derecho de Obligaciones. Civiles y Comerciales. 2ª ed. Ed. Abeledo-Perrot, p. 131, con cita de LLAMBLAS.

ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

JOSÉ W. TOBIAS - ISIDORO H. GOLDENBERG

I. La autonomía de la voluntad en el negocio jurídico: vaivenes y fragmentación

El rol esencial atribuido tradicionalmente a la autonomía de la voluntad en el negocio jurídico y, aún, la vigencia y razón de ser de la categoría misma, están siendo sujeto a replanteos y reconsideraciones.

Una manifestación de ambos fenómenos lo constituye un dato —sobre el que ha llamado recientemente la atención— que se presenta como paradójico: mientras en los negocios extrapatrimoniales y de familia se asiste a una renovada expansión de la relevancia atribuida a la voluntad¹, en el sector de los negocios jurídicos patrimoniales —y en particular en el del contrato, en donde se originó— la autonomía vive "*a partir de la aparición del mercado como escenario central de una economía globali-*

(1) DE LORENZO, M. El péndulo de la autonomía de la voluntad, en Derecho Privado. Libro homenaje a Alberto J. Bueres, Ed. Hammurabi, p. 447 y sigtes. Este autor cita la elaboración del llamado "consentimiento informado" en relación con un derecho a la autodeterminación del paciente; la tendencia a expandir la disposición contractual en materia de partes renovables del cuerpo humano; las propuestas para ampliar las facultades de interdictos e inhabilitados en base al principio que tienen derecho a actuar en la vida de relación en la medida de su idoneidad; los pactos de solidaridad y convivencia (como el regulado en el art. 515-1 del Código Civil francés); la tendencia a posibilitar a los cónyuges la celebración de convenciones matrimoniales; las sugerencias de suprimir la prohibición del pacto de herencia futura; la recepción de instrumentos contractuales —con alcances post mortem— como el fideicomiso y el trust. Habría que agregar, todavía, otras manifestaciones: en materia de transexualismo se ha fundado la licitud del denominado "cambio de sexo" en el principio de la libre determinación de la persona (fallo del Tribunal Supremo de España citado en Lacruz Berdejo, J., Elementos de Derecho Civil. Parte General del Derecho Civil, vol. 2 Personas 1990, J.M. Bosch, p. 18 y pronunciamiento

zada los mayores sobresaltos y debates”²; se propone un tránsito del “negocio voluntad” al “negocio confianza” (“el contrato vincula no tanto porque alguien haya querido obligarse sino porque, en todo caso otro ha confiado en ese compromiso”)³; se considera que la voluntad no es el único factor de atribución negocial ejemplificándose con hipótesis contractuales no voluntarias como la buena fe, la apariencia y la auto responsabilidad⁴ y, en enfoques más radicales, se ha sugerido el reemplazo de la “libertad negocial” por criterios y métodos aptos para desarrollar un principio de “justicia contractual” basado en lo justo y en lo útil⁵. Más limitadamente, se propone restringir el alcance del principio ampliando la enumeración de sus límites.

Es perceptible que los vaivenes experimentados por el principio de la autonomía privada, su real vigencia y, en todo caso la delimitación de sus contornos, está fuertemente influenciada por la primacía de las ideologías y las corrientes políticas y político económicas vigentes en un determinado momento histórico. En ese orden —y en referencia al ámbito patrimonial— se podría pensar que con el repliegue del intervencionismo estatal en lo económico y la exaltación de las llamadas leyes del mercado, la autonomía habría adquirido una nueva vitalidad. Pero, como se ha observado, ello ha generado opiniones contrapuestas⁶.

del Tribunal Europeo de Derechos Humanos citado en Rivera, J., *Transexualismo: Europa condena a Francia y la casación cambia su jurisprudencia*, ED, 151-915; se sostiene la validez de las disposiciones y estipulaciones para la eventualidad de la propia incapacidad, como la designación de curador, la fijación de las directivas esenciales para su actuación patrimonial o la validez de directivas para el caso de una enfermedad que prive del discernimiento (Taiana de Brandi, N.-Llorens, L., *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, Ed. Astrea); en lo atinente a las prácticas de esterilización prohibidas por la ley 17.132 —salvo que medie indicación terapéutica— se cuestiona por un sector doctrinario la prohibición, su contradicción con el principio constitucional de la libertad y se afirma la primacía de la voluntad de la persona (ponencias Drs. Arribere y Severino Bavio en Comisión “Actos de disposición del propio cuerpo”, XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 2001). Se ha llegado a sostener, incluso, la validez de los pactos liberadores del deber de fidelidad recíproco entre los cónyuges (ponencias Dr. S. Ravinovich y Drs. Fana y Revsin en la Comisión “Autonomía de la voluntad en la relaciones personales de familia”, XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario, 2003).

(2) DE LORENZO, cit., p. 448.

(3) GORLA, G., *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casuistico*, Milano, t. 1, p. 77, cit. por De Lorenzo, M. cit. p. 456.

(4) DE LORENZO, M., *Autoría e imputación en el ámbito contractual. A propósito del art. 473 del Código Civil*, LA LEY, 998-C-1217.

(5) GHESTIN, J., *Traite de Droit Civil, sous la direction de Jacques Ghestin, La formation du contrat*, 3ª ed., L.G.D.J., p. 202.

(6) DE LORENZO, M., cit., en nota 1, p. 450 y sigte.

En suma, se puede decir que exaltada y en expansión la autonomía del negocio en el ámbito extrapatrimonial, subsisten los debates y conflictos en el sector patrimonial. Esta “fragmentación” —así se la ha calificado⁷— de la autonomía privada según la naturaleza del negocio, se acentúa cuando se advierten las nuevas fragmentaciones que se perciben en la especie más importante de los negocios jurídicos patrimoniales, fundadas en la diversa calidad de los sujetos y su diversa posición negociadora: contratos de empresa y contratos de consumo; contratos discrecionales o paritarios, predispuestos y por adhesión, cada una con sus reglas propias y sus propios criterios de interpretación, en donde son diversos los límites que se reconocen en cada sector. De esa manera, se van formando “microsistemas” dentro de la categoría general, en donde el papel de la voluntad y sus contornos son diversos⁸.

II. La protección de la voluntad en los negocios patrimoniales

Independientemente de los debates y posturas de que se da cuenta en 1, se parte, aquí, de la consideración que la autonomía privada se encuentra en la médula del negocio jurídico; éste —en cuanto medio para la autorregulación de los propios intereses— es el instrumento más calificado de la autonomía privada⁹. La cuestión decisiva consiste en determinar cuáles turbaciones o afectaciones a la libertad de decisión tienen la relevancia suficiente como para incidir en la validez del negocio jurídico, lo que requiere determinar —con carácter genérico y sin perjuicio de las reglas propias de las especies “fragmentadas”— los límites del principio de la autonomía.

En ese orden —en el ámbito patrimonial— se ha destacado que el retroceso de la economía dirigista y su reemplazo por él “mercado” como escenario central de una economía globalizada no ha producido una “desregulación” que conduzca a un apogeo de la autonomía sino —mas bien— a una “desregulación-reregulación” —según la expresión de Mengoni— caracterizada por una legislación privatística reguladora del mercado mediante restricciones a la autonomía privada enderezadas a la protección de la concurrencia y a garantizar la corrección y transparencia de los negocios patrimoniales. Se trataría de un nuevo modelo de la intervención pública en la economía “dirigido principalmente a dictar reglas al

(7) DE LORENZO, M., cit., en nota 1, p. 451 y sigte.

(8) DE LORENZO, M., cit., en nota 1, p. 451 y sigte.

(9) DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Indej, Madrid, 1987, p. 31.

mercado para garantizar su corrección o eficacia y no a sustituirlo en su rol de guía del proceso económico"¹⁰.

Para la teoría tradicional —exaltadora de la autonomía negocial— la protección de la voluntad opera a través de un sistema circunscripto a las reglas del discernimiento, la capacidad, los vicios de la voluntad y, a veces, la lesión¹¹. Se partía de la consideración que la seguridad y libertad del comercio exigen que no se puedan alterar fácilmente las convenciones, que la autonomía y la libertad contractual se identificaban con la utilidad social y que el favorecimiento de los intercambios imponía reforzar la estabilidad del contrato¹². El carácter acotado de la construcción de los vicios de la voluntad se correspondía con una interpretación decimonónica fuertemente apegada al *pacta sum servanda* que llevaba a considerar con estrictez todo supuesto que pudiera alterar la estabilidad de los negocios y, por ende, la seguridad jurídica; ello termina confirmando a los vicios de la voluntad un perfil casi académico y de relativamente escasa aplicación práctica; la lesión, a su vez, o no es regulada —como en nuestro Código Civil— o lo es limitada al contrato de compraventa, como en el Código Civil francés.

El acrecentamiento de las exigencias de la buena fe; la consideración de la desigualdad entre las partes, junto con la aparición de las modernas técnicas negociales —contratos por adhesión, contratación masiva— como de comunicación (especialmente los penetrantes métodos publicitarios¹³), conducen a un replanteo acerca de la suficiencia de la técnica legislativa tradicional para regular las nuevas modalidades negociales. A grandes rasgos, puede decirse que el proceso se desarrolla en una doble dirección:

- a) Por vía hermenéutica, “con un nuevo análisis de las normas relativas a los vicios tradicionales que logre un “ensanchamiento” de su cometido y dinámica que las aleje de una concepción individualista y los acerque a una finalidad más fecunda y acorde con su teleología”¹⁴. Son numerosas las manifestaciones de esta tendencia (no siempre mayoritarias):

(10) MENGONI, L, *Autonomía privada e Costituzione, Banco, Borsa e Titoli Credito*, 1997- I-3 y 20.

(11) GOLDENBERG, I., TOBIAS, J., DE LORENZO, M., *Reformas al Código Civil. Parte General*, Dirs. A. ALTERINI, R. LÓPEZ CABANA, Ed. Abeledo Perrot, p. 147.

(12) VETTORI, G., p. 463 y sigte.

(13) CARBONNIER, J., *Flexible Droit*, LGDJ, París, 1969, pág. 185, dice: “*Ce n'est pas toujours la violence qui esta à redouter en l'espèce, ni même le dol, ni même l'erreur, c'est la séduction, et l'étude du contrat é notre époque en devrait pas se séparer d'une étude de la publicité*”.

(14) TOBIAS, J. - DE LORENZO, M., *El dolo en el derecho civil (propuestas para una noción en eclipse)*, LA LEY, 2001-C-1115.

- i) En materia de dolo vicio se propone una concepción independizada del “error provocado” que permita una “flexibilización” del instituto posibilitando abarcar zonas intermedias que no podrían subsumirse en el error, la intimidación o la lesión¹⁵; la progresiva ampliación de la conducta del *deceptor* con la consiguiente restricción del campo del denominado “dolo bueno”¹⁶; la irrelevancia de la inexcusabilidad del error a los fines de caracterizar al dolo vicio¹⁷; el reconocimiento del dolo por omisión en aquellos países que —a diferencia del nuestro— no lo contemplan expre-

(15) Autores y trabajo citado en nota anterior. En rigor, otros enfoques más radicales proponen una “avulsión” del instituto de los vicios de la voluntad y lo consideran como todo comportamiento de mala fe sin el cual la otra parte no hubiera celebrado el negocio (Bonassies, *Le dol dans la conclusion du contrat*, cit. por ROJO AJURIA, L., *El dolo en los contratos*, Ed. Civitas, p. 28, nota 24.). Para Rojo Ajuria la tesis de Bonassies —no recogida por la doctrina francesa— tiene por objetivo “*al centrar todo el problema del dolo-vicio en la intencionalidad, es ampliar su ámbito de aplicación, destipificarlo, incluyendo toda situación en la que una parte abusa de su posición frente a la otra*”.

(16) Afirma TRABUCCHI, A., *Dolo, Diritto Civile*, en *Nov. Dig. It.*, t. VI, p. 151, Turín, 1960 que el jurista moderno debe tener presente que con la afirmación del derecho positivo de una obligación general de actuar con corrección, el campo dejado al dolo bueno se ha venido restringiendo. SACCO, R. - NOVA, R., *Tratato di diritto civile, diretto da R. Sacco, Il contratto*, t. 2º Utet., p. 440, observan que a partir de la caracterización del dolo bueno como aquel que no es idóneo para engañar a una persona de normal habilidad deriva la consecuencia de que todo contratante es libre de especular con la ausencia de habilidad de la otra y agrega “*como ello se concilia con la obligación de lealtad impuesto a las partes en las tratativas, es un misterio*”. Esta convicción es extendida: para Ghestin, *Traité de Droit Civil. Les obligations. Le contrat*, t. I, p. 460 “*el desarrollo de la obligación de información parece no dejar más que un lugar muy reducido al dolus bonus*”. Coincidiendo con el criterio que alarga el espectro de conductas calificables en abstracto como dolosas, Colombo, C., *Il dolo nei contratti: Idoneità del mezzo fraudulento e rilevanza della condotta del deceptus*, *Riv. di Dir. Comm.*, 1993, núms. 5/6, p. 355, advierte sobre el riesgo de que ello se transforme en una “*mina vagante*” para la certeza de las relaciones jurídicas cuando genera el peligro de una excesiva posibilidad de obtener la anulación de los contratos. De cualquier modo, debe tenerse presente que es generalizado —y compatible— el criterio que postula que la configuración del dolo requiere una evaluación intersubjetiva computando el comportamiento del “*deceptor*” y del “*deceptus*”: sólo un examen comprensivo de ambas posiciones permitirá considerar completada la *fattispecie* integrativa de los extremos del dolo negocial (por casi todos, Colombo, C., cit., p. 354 y siguientes).

(17) En nuestro país, Spota, A.G., *Tratado de Derecho Civil*, t. I, vol. 3-6, R. p. 587, sin perjuicio de sostener, además, que el error provocado no necesita ser esencial. También, Cifuentes, S., *Negocio jurídico*, 2ª ed. act. y ampliada, p. 518; López Olaciregui, J., en SALVAT, R. - LÓPEZ OLACIREGUI, J. *Tratado de Derecho Civil argentino*, t. II, n. 2398-A, 1964; ARAUZ CASTEX, M., *Derecho Civil, Coop. de Derecho y Ciencias Sociales*, p. 328; TOBIAS, J. - DE LORENZO, M., *El dolo en el derecho civil (apuntes para una noción en eclipse)*, LA LEY, 2001-C-1102. En España, Rojo Ajuria, L., cit., p. 231, quien cita la opinión concordante de A. Morales Moreno.

samente limitándose a regular la acción dolosa¹⁸, la innecesariedad que el error sea esencial en la configuración del dolo¹⁹; una evaluación "subjetiva" acerca de la excusabilidad del error²⁰; la propuesta *de lege ferenda* de extender la noción a aquellas conductas de influencia indebida sobre el cocontratante (de manera similar a la doctrina de la *undue influence* del derecho anglosajón

En Italia, Cariota Ferrara, L., El negocio jurídico, Aguilar, 1956, p. 461. En Alemania, se considera, al igual que en materia de error-vicio, que tampoco en el dolo es necesario que el error sea excusable (Von Thur, A. Derecho Civil, vol. 2, p. 294, Ed. Depalma; Enneccerus, L. - Nipperdey, H., Derecho Civil (Parte General), trad. Pérez González, B. y Alger, J., vol. 2º, p. 219, Bosch (1935). En el criterio que se expone, subyace la preocupación de dejar en manos de los individuos más despabilados y faltos de escrúpulos tanto a las personas más desprevenidas como a las más honestas y por ello mismo más inclinadas naturalmente a confiar con quienes se relacionan (L. Rojo Ajuria, cit. p. 229). Aunque no se compartiera el punto de vista, la evaluación "subjetiva" de la excusabilidad del error, se compadece mejor que la "objetiva", con la indicada preocupación: parece natural, en efecto, que sean los más débiles, los menos experimentados quienes deban ser mejor defendidos de los comportamientos dolosos y ello se logra más adecuadamente a través de una evaluación "subjetiva" de la conducta del "deceptus". Cfs. Trabucchi, A. cit. p. 152; Bianca, C., Diritto Civile, III, Il contratto, Giuffrè, Milano, p. 626 y sigtes. Contra: por la aplicación de un criterio que recurre a un tipo standard: Funaioli, C. Dolo (Diritto Civile), Enciclopedia di diritto, Giuffrè, p. 746; Galgano, F., El negocio jurídico, trad. De F. De Blasco Gaso y L. Prats Albentora, Tirant le Blanch, p. 291; Santoro Pasarelli, E., Doctrinas generales de derecho civil, Rev. de Der. Priv., Madrid, p. 159, parece ser de la misma opinión, cuando afirma "*la ley tutela la buena fe, no la credulidad*", Boffi Roggero, L., Tratado de las obligaciones, Astrea, t. I, p. 413 y sigtes.; Carranza, J., El dolo en el Derecho Civil y Comercial, p. 41, Buenos Aires, 1973; Aparicio, J., Contratos, Parte General, Astrea, I, 1997, p. 173

(18) El problema del dolo negativo genera un amplio debate en el derecho comparado. La doctrina francesa, italiana y española más reciente no duda en aceptar su existencia pese a la ausencia de previsión legal expresa de la omisión dolosa en sus códigos (como lo hace el nuestro en el art. 933). Aceptada, el debate gira en precisar cuándo se configura la reticencia dolosa y ello se vincula con la existencia de un deber de información. A su vez, la existencia de éste, requiere definir el punto de equilibrio entre el deber de información y el derecho a la reserva y trazar los límites entre el deber de información que grava una parte y la carga de la autoinformación que incumbe a la otra (Galgano, F., cit., p. 258 y ss.). De cualquier modo, una vez tipificado el deber de información, hay que delinear si se está en el ámbito de la invalidez por dolo-vicio o en el de la responsabilidad precontractual (Rojo Ajuria, L., cit., p. 301 y s.).

(19) En nuestro país, LLAMBIAS, J., Tratado de Derecho Civil, Ed. Abeledo Perrot, 10ª edición, act. por P. Raffo Benegas, tomo II, p. 485 y 500; CIFUENTES, S., cit., p. 511, Spota, a. cit. vol 3 6, p. 587.

(20) Supra nota 17.

que comprende hipótesis de temor reverencial²¹. Aun el elemento que se presenta como más seguro no deja de recibir propuestas extensivas: el estado de ánimo exigible en el elemento intencional del dolo —cuyos componentes consistirían en el conocimiento de la falsedad de la representación que se realiza y en el propósito de influir en la formación de la voluntad del otro— plantean el interrogante si esa caracterización no es excesivamente limitada y no debiera comprender supuestos configurativos de un "dolo eventual"²²; se ha sostenido incluso que el concepto abarca lo que se ha denominado, equívocamente, dolo culposo²³.

- ii) En lo relativo a los "perfiles actuales de la lesión" —el tema fue considerado con ese título por la Comisión n° 1 de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, 1999)— es perceptible una expansión del instituto, tanto en la interpretación del derecho vigente como en las propuestas *de lege ferenda*. Así, se sostiene: su ámbito de vigencia comprende no sólo los actos jurídicos bilaterales sino los unilaterales onerosos con efectos obligatorios (v.g. la promesa pública de recompensa), los negocios mixtos *cum donazione* y los contratos aleatorios, agregándose que mediando un complejo de negocios unidos por un nexo en que hay identi-

(21) ALTERINI, A., Bases para armar la teoría general del contrato en el derecho moderno, LA LEY, 1998-B-1181.

(22) Observa ROJO AJURIA, L., cit., p. 22 y ss. que dentro de ese concepto se comprenden una serie de supuestos que se consideran comprendidos en el dolo-vicio, tales como la ausencia de certeza que sin el engaño el contratante no hubiera celebrado el contrato, siendo suficiente la sola conciencia de tal posibilidad (Trabucchi) o la suficiencia del empleo de medios insidiosos con la conciencia que se producirá la captación aunque no se tenga ese propósito (Morales, J.) o el conocimiento que la afirmación, dada por falsa, podría ser cierta.

(23) El tema se ha planteado en materia de reticencia dolosa habiéndose sostenido que cuando existe un deber jurídico de información de una determinada situación de hecho, la omisión en hacerlo por no haber empleado la diligencia debida, configura una actuación culposa —que bien podría identificarse con el dolo— al menos a título de presunción en cuanto supone mantener voluntariamente en un estado de "unscience" allá donde la ley y el contrato imponen el deber de informar (PARRELLA, A., La reticenza nei negozi giuridici in "Temi Emiliana", 1930, p. 251 cit. por Colombo, C., cit., p. 384). Más genéricamente, SACCO, R.-NOVA, R., cit., p. 423), considera que la acción dolosa se configura tanto por un comportamiento intencional como por uno culposo, atribuyendo la interpretación corriente a la historia del instituto en donde el "raggiro" está considerado por los Romanos y la tradición como un hecho intencional, mientras que hoy el acto ilícito es reprimido equiparando el dolo y la culpa. Para una crítica de esta postura, puede verse: Colombo, C., cit., p. 384 y sigtes.

dad de partes y con dependencia bilateral, la existencia del elemento objetivo se debe evaluar unitariamente computando la ventajas y sacrificios patrimoniales de ambos negocios²⁴; la valoración de la evidente inequivalencia debe surgir de la comparación entre las ventajas y sacrificios correlativos, es decir, entre las posiciones patrimoniales de las partes y no necesariamente de la inequivalencia entre las prestaciones²⁵; cuando la inequivalencia es "notable" la presunción abarca la explotación y el estado de inferioridad²⁶; la exigencia legal de la subsistencia de la inequivalencia al momento de la demanda no rige cuando habiendo desaparecido aquella subsiste sin embargo el daño experimentado por el lesionado²⁷; una eventual reforma legislativa debe posibilitar la anulación cuando la explotación emana de un tercero²⁸ y cuando los beneficios de la explotación son para un tercero²⁹; víctima de la lesión puede ser tanto una persona física como jurídica

(24) TOBIAS, J., *Ámbito de la lesión objetiva subjetiva (su aplicación a los negocios jurídicos unilaterales y a los bilaterales gratuitos)*, ED, 129-739; su ponencia en conjunto con M. Bruno y D. Dolhare a las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, 1999). En el dictamen de la mayoría se consideró comprendidos en el ámbito de la lesión a los negocios unilaterales onerosos. Uno de los coautores del Proyecto del Código de 1998 señala que la decisión de regular la lesión en la parte general y no en la de los contratos, tuvo en cuenta los fundamentos desarrollados en la publicación que se indica al comienzo de la nota (Rivera, J., *La lesión en el Proyecto de Código Civil de 1998*, LA LEY, 999-F-1293). Este autor comparte, además, el criterio a adoptar para considerar el elemento objetivo en presencia de complejos de negocios unidos por un nexo (cit. p. 1299 nota 26). S. Cifuentes, cit. p. 590 y sigte. considera comprendidos en el ámbito de la lesión los negocios unilaterales con efectos onerosos y unilaterales onerosos. También, BORDA, A., *Los vicios del consentimiento y en especial el vicio de lesión (Apuntes sobre el Proyecto de Código Civil de 1998)*, LA LEY, 999-E-1311.

(25) TOBIAS, J., *Algunas precisiones acerca del elemento objetivo de la lesión objetiva subjetiva*, LA LEY, 996-E-438; dictamen de mayoría de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

(26) Dictamen de mayoría de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil; ZANNONI, E., en BELLUSCIO, Dir., *Código Civil y leyes complementarias*, cit. t. 4, p. 372; Cifuentes, S., cit. p. 610 y sigte.; Carranza, J., *El vicio de la lesión en la Reforma del Código Civil*, ED, 26-846; Goldenberg, I., - Tobias, J., - De Lorenzo, M., cit., p. 260; BORDA, G., *Acerca de la lesión como vicio de los actos jurídicos*, LA LEY, 985-D-985; BORDA, A., *Los vicios del consentimiento y en especial el vicio de lesión ...*, LA LEY, 999-E-1311; Mosset Iturraspe, J., *Justicia contractual*, Ediar 1978, p. 191.

(27) TOBIAS, J., *Algunas precisiones acerca del elemento objetivo de la lesión objetiva subjetiva*, LA LEY, 996-E-438; dictamen unánime de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

(28) Dictamen mayoría XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

(29) Rivera, J., *La lesión en el Proyecto de Código Civil de 1998*, LA LEY, 999-F-1301.

y también un comerciante³⁰; se acentúa el criterio que la enumeración legal de las situaciones de inferioridad es enunciativa y no taxativa, posibilitando aprehender situaciones no enumeradas (v.g. una situación de dependencia económica)³¹.

- iii) En referencia al vicio de la intimidación, a partir de la consideración que el temor ha de ser racional y fundado y ser además consecuencia de una amenaza, se ha planteado cuál ha de ser el tratamiento jurídico de aquellos negocios celebrados como consecuencia de un estado de peligro real, pero en cuya creación no ha existido una intervención ajena que pueda ser considerada una amenaza directa dirigida a provocar la declaración de voluntad (el llamado "miedo ambiental": bajo el temor inspirado por un hecho revolucionario un régimen despótico o una ocupación enemiga una persona vende a bajo precio sus bienes para huir). Se ha considerado que ciertos casos de temor o miedo ambiental se subsumen en el vicio que se considera (como cuando sin amenaza expresa o directa pero haciendo una oferta, se deja apreciar al destinatario, aún tácitamente, los riesgos —que se perciben en el ambiente— que resultarían de no aceptarla)³².

b) En la otra dirección, el proceso se desarrolla a través de mecanismos preventivos, por medio de técnicas derivadas del orden público de protección generando una ampliación de las tradicionales formas de protección de la voluntad; su intensidad determina la aparición de un nuevo derecho: el derecho del consumo. Puede citarse el nuevo impulso otorgado al formalismo³³; la regulación de la publicidad engañosa; el plazo de

(30) Dictamen mayoría XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Para los actos comerciales, Cifuentes, S., cit., p. 593; Brebbia, R., cit., t. 2, p. 254; BORDA, G., *Acerca de la lesión como vicio de los actos jurídicos*, LA LEY, 985-D-985.

(31) Dictamen de mayoría de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil; RIVERA, J., *Elementos y prueba de la lesión subjetiva*, ED 74-353; Mosset Iturraspe, J., *Justicia contractual*, cit., p. 186; ZANNONI, E., en BELLUSCIO, Dir., *Código Civil*, cit., t. 4, p. 371; Cifuentes, S., cit., p. 599; BORDA, A., *Los vicios del consentimiento ...*, LA LEY, 1999-E-1311; CNCiv., Sala F., LA LEY, 978-C-486.

(32) ALBALADEJO, M., *Derecho civil. Introducción y Parte General*, I, vol. 2, 14ª ed., J.M. Bosch, 1996, p. 185 y sigte. (el autor cita el "clima revolucionario" o "situación de terror" que se vivió en algunos lugares y momentos con motivo de la guerra civil española); ver también Cifuentes, S., cit., p. 554 y 570 y sigte.; Goldenberg, I., - Tobias, J., y De Lorenzo, M., cit., p. 190 y sigte.

(33) Desvinculado de la finalidad otorgada históricamente a la forma, el renacimiento del formalismo le atribuye una función tuitiva —como una protección suplementaria de la

reflexión en el derecho del consumo; la acentuación del deber o carga de informar³⁴.

III. Otras propuestas. Su recepción por el Proyecto de código civil de 1998. El abuso de posición dominante

En el marco del conocido proceso de que se da cuenta en el número anterior —con fundamento en los principios de igualdad y solidaridad— se sostiene en nuestro país la necesidad de acentuar la protección de quien es el “débil jurídico” en la contratación³⁵. Manifestaciones de ello puede encontrarse en la transformación de la regla clásica del “*favor debitoris*” por la del “*favor debilis*”; las particularidades de la relación entre profesionales y profanos con el corolario que la superioridad técnica de los primeros conduce a una superioridad jurídica³⁶ y las propuestas de *lege ferenda* acerca de la conveniencia de extender los supuestos indicativos del estado de inferioridad en la lesión; de tener en cuenta las teorías anglosajonas de la *undue influence* (comprensiva, como se dijo, de supuestos de temor reverencial) y la *unconscionability* y considerar la regulación del abuso de posición dominante en infracción a las reglas de la competencia o por cualquier otra circunstancia que se refleje en un desequilibrio injusto entre las posiciones patrimoniales de las partes³⁷.

voluntad— habiéndose afirmado en ese sentido la existencia de una “función social de las formas” (L. DIEZ PICASO), actuando también como un medio tendiente a asegurar la información de la parte del negocio que se encuentra en inferioridad de condiciones frente a la parte predisponente (GOLDENBERG, I. - TOBIAS, J. y DE LORENZO, M., cit., p. 226 y sigte.

(34) GOLDENBERG, I. - TOBIAS, J. y DE LORENZO, M., cit., p. 148 y sigte.

(35) ALTERINI, A. - LÓPEZ CABANA, R., La debilidad jurídica en la contratación contemporánea, DJ 989-I-817; íd., La autonomía de la voluntad en el contrato moderno, Abeledo Perrot, 1989; Alterini, A.A., Contratos civiles - comerciales - de consumo, Teoría General, Abeledo-Perrot, p. 36 y sigtes.; Brizzio, C., Globalización y debilidad jurídica, en Obligaciones y contratos en los albores del Siglo XXI, Homenaje al Profesor R. LÓPEZ CABANA, Abeledo-Perrot, p. 561 y sigtes. quien cita recomendaciones de diversas jornadas y congresos. En esa misma dirección, se cree advertir una tendencia de varios derechos nacionales, de importantes convenciones de derecho material uniforme y derecho internacional privado a tener en consideración la posición del contratante que sea “débil” por causas de diversas razones inherentes de su calidad (consumidor o no). (Toriello, E., com. art. 9, ley 192 en La subfornitura a cura di G. Alpa e A. Clarizia, Giuffrè, p. 263 y sigte.

(36) ALTERINI, A. - LÓPEZ CABANA, R., Responsabilidad profesional: el experto frente al profano en Derecho de daños (y otros estudios), Ed. La Ley 1992. Ello conduce a postular la existencia de criterios particulares en lo relativo a la apreciación de la culpa; a la carga de la prueba de la culpa y la relación de causalidad, etc.

(37) ALTERINI, A., Contratos civiles - comerciales - de consumo. Teoría General, Abeledo Perrot, p. 82; íd. Bases para armar ..., cit., LA LEY, 998-B-1181.

Esta tendencia se ha reflejado en algunas de las propuestas del Proyecto de Código Civil de 1998. Se considerará aquí, exclusivamente, la de incorporar en la Parte General del Proyecto el “abuso de posición dominante”. A esos fines, previamente, se da cuenta de algunos de los antecedentes legislativos que seguramente han tenido en cuenta los autores del Proyecto.

IV. Francia. El abuso de posición dominante: instrumento del orden público concurrencial (la explotación abusiva de la posición dominante en el mercado y la explotación abusiva del estado de dependencia económica cuando afecta el funcionamiento de la estructura de la competencia)

Observa Ghestin que es dable advertir en la jurisprudencia de su país una cierta tendencia a hacer aplicación del vicio de violencia en la solución de los litigios en que una parte se encuentra en situación de dependencia económica respecto de la otra, en condiciones tales que le resulta difícil defender sus intereses en la negociación de un contrato. Menciona un fallo de la Corte de Apelaciones de París del 27 de septiembre de 1977 que anuló un contrato que no había sido aceptado “libremente” por un concesionario por cuanto “*las partes de un contrato de concesión de automóviles no se encuentran en una situación de igualdad de hecho en vista de “l’égard du concedant” y la situación económica del concesionario ...”* y “*que los primeros jueces habían calificado en buen derecho de contrato de adhesión una tal convención entre un empresario poderoso y un concesionario incomparablemente más débil*”. El fallo fue casado por la Sala Comercial de la Corte de Casación por entender que no se había demostrado que la alegada violencia fuera ilegítima³⁸.

Agrega el autor citado —la edición de la obra es de 1993— que la jurisprudencia de la Corte de Casación esta contradicha por la nueva normativa en materia de derecho de la concurrencia y que el fallo de la Corte de Apelaciones de París quedó justificado por el legislador. Aludía al art. 8 de la Ordenanza 86-1243 del 1º de diciembre de 1986 relativa a la libertad de

(38) GHESTIN, J., cit., p. 563. El autor cita también otro fallo del 25 de mayo de 1978 del mismo Tribunal de cuyos motivos —piensa— puede deducirse que el atentado a la libertad del consentimiento puede resultar de un abuso de posición dominante. El Tribunal observó que la prueba de un vicio del consentimiento y por ende de un abuso de posición dominante no admitido por la Comisión de Acuerdos no es ajena a un litigio entre una sociedad petrolera y una distribuidora.

precios y de concurrencia que prohibía la "explotación abusiva por una empresa o un grupo de empresas: 1) de una posición dominante en el mercado interior o de una parte sustancial del mismo; 2) del estado de dependencia económica en que se encuentra, a su respecto, una empresa cliente que no dispone de una situación equivalente"³⁹.

La Ordenanza 86-1243 fue derogada por la Ordenanza 2000-912 del 18 de septiembre del año 2000 y el régimen allí establecido fue reemplazado en términos parecidos por el nuevo Código de Comercio. En el tema que se considera, reviste significación el art. 420-2, inserto en el título relativo a las "Prácticas contrarias a la libre competencia": "Quedará prohibida la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado interno o una parte sustancial de éste por parte de una empresa o un grupo de empresas, en las mismas condiciones previstas en el art. L. 420-1. Estos abusos podrán sobre todo consistir en la denegación de la venta, en ventas subordinadas a otras o en condiciones de venta discriminatorias, así como en la ruptura de relaciones comerciales establecidas por el simple motivo de que la otra parte niegue a someterse a condiciones comerciales injustificadas. Además estará prohibida la explotación abusiva, por parte de una empresa o un grupo de empresas, del estado de dependencia económica en el que se encuentra con relación a una empresa cliente o proveedora, si pudiera afectar al funcionamiento o a la estructura de la competencia. Estos abusos podrán consistir en particular en la denegación de la venta, en ventas subordinadas a otras prácticas discriminatorias citadas en el art. L.442-6"⁴⁰.

(39) Para STOFFEL-MUNCK, P., L'abus dans le contrat, essai d'une théorie, L.G.D.J., p. 424, esta ordenanza prevé tres tipos de abuso: el de posición dominante que designa toda afectación a la competencia realizada por una empresa dominante; el de dependencia económica cuya hipótesis más relevante es la imposibilidad de la empresa de disponer de soluciones alternativas en el mercado y la de precios "abusivamente bajos" introducido por una reforma de una ley de 1996. El art. 10-1 de la Ordenanza de 1986 quedó redactada así: "Sont prohibées les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abuseusement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits"

(40) Prescribe el art. L. 442-6: "I.- Comprometerá la responsabilidad de su autor y le obligará a reparar el daño causado, todo productor, comerciante, industrial o persona inscripta en el Registro Central de Artesanos, por el hecho: 1° De practicar u obtener de la otra parte en una negociación, precios, plazos de pago, condiciones o condiciones de venta o de compra discriminatorios y no motivados por contrapartidas reales, creando por este hecho, una desventaja en la negociación para la otra parte o una ventaja para la competencia; 2° a) De obtener o intentar obtener de la otra parte en la negociación cualquier

El art. L. 420-3 establece que: "será nulo todo compromiso, contrato o cláusula contractual que incluya algunas de las prácticas prohibidas por los arts. L 421-1 y L 420-2".

La sistematización del abuso de dependencia económica o de posición dominante en el mercado dentro de las normas relativas a las prácticas contrarias a la libre competencia y el propio significado de las normas transcriptas, permiten entender que la configuración de la *fattispecie* está subordinada a la valoración de la posición de la empresa en el mercado y

ventaja que no corresponda a ningún servicio comercial efectivamente prestado o manifiestamente desproporcionado con relación al valor del servicio prestado. Dicha ventaja podrá sobre todo consistir en participación, no motivada por un interés común y sin contrapartida proporcionada, en la financiación de una operación, promoción comercial, de una adquisición o de una inversión, en particular en el marco de la renovación de tiendas o incluso de unificación de firmas o acercamiento entre las centrales de compra; b) De abusar en la relación de dependencia en la que el productor, comerciante, industrial o artesano mantiene a la otra parte en una negociación o de su poder de compra o de ventas sometiéndola a condiciones comerciales u obligaciones injustificadas; 3° De obtener o intentar una ventaja como condición previa para realizar pedidos, sin acompañarlo de un compromiso escrito sobre un volumen de compra proporcionado y, eventualmente, de un servicio solicitado por el proveedor y que hubiera sido objeto de un acuerdo escrito; 4° De obtener o intentar obtener precios, plazos de pago, condiciones de venta o condiciones de cooperación comercial manifiestamente contrarias a las condiciones generales de venta bajo la amenaza de una ruptura brutal o parcial de las relaciones comerciales; 5° Romper bruscamente, incluso parcialmente, una relación comercial establecida sin previo aviso escrito que tenga en cuenta la duración de la relación comercial y que respete el plazo mínimo establecido para dicho aviso por los usos y costumbres del comercio para acuerdos interprofesionales. Cuando la relación comercial corresponda a la provisión de productos bajo marca de distribuidor, la duración máxima del aviso previo será doble de la que sería aplicable si el producto no fuera suministrado bajo la marca del distribuidor. A falta de dichos acuerdos, mediante órdenes del Ministro de Economía se podrá determinar, para cada categoría de productos y teniendo en cuenta los usos y costumbres del comercio, un plazo mínimo de aviso previo y establecer las condiciones de ruptura de las relaciones comerciales, sobre todo en función de su duración. Las disposiciones precedentes no obstaculizarán la facultad de rescisión sin previo aviso en caso de que la otra parte no ejecutase sus obligaciones o en caso de fuerza mayor; 6° De participación directa o indirectamente en la infracción de la prohibición de reventa fuera de la red asignada al distribuidor vinculado por un acuerdo de distribución selectiva o exclusiva no válido por las normas aplicables del derecho de libre competencia; 7° De someter a la otra parte de la negociación a unas condiciones de pago manifiestamente abusivas, considerando las buenas prácticas y costumbres comerciales, apartándose del detrimento del acreedor y sin razón objetiva para ello. II.- Serán nulos los contratos o cláusulas que prevean por parte de un productor, un comerciante, un industrial o una persona inscripta

de los efectos anticoncurrenciales de las prácticas abusivas que ella ha concretado: el abuso tipificado requiere la acreditación de un comportamiento configurativo de un efecto restrictivo de la competencia⁴¹. No será suficiente por ello la existencia de un abuso de la situación de superioridad en la relación individual entre las partes; de ahí que se esté en presencia de aquellos acuerdos negociales que no se deben examinar como contrato individual aislado, sino como fragmento de una actividad de la empresa, cuya valoración está estrictamente conectada con el contexto económico y con la estructura del mercado en el que existe⁴².

Es de interés recordar, por lo que se dirá más adelante, que en el derecho francés el instituto de la lesión tiene un ámbito considerablemente más estrecho que en el derecho argentino: en el Código Civil ella se circunscribe al contrato de compraventa de inmuebles—quedando reservada la acción al vendedor siempre que exista una lesión superior a los siete doceavos del precio— y al convenio de partición (arts. 1674 a 1685 y 887).

en el Registro Central de Artesanos, la posibilidad: a) de beneficiarse retroactivamente de las rebajas, devoluciones o acuerdos de cooperación comercial; b) de obtener el pago de un derecho de acceso a la compra previo a la realización de todo pedido; c) de prohibir al cocontratante la cesión a terceros de los créditos que mantiene con él.- La anulación de las cláusulas relativas al pago conllevará la aplicación del plazo indicado en el párrafo segundo del art. L.441-6, salvo que el órgano jurisdiccional competente pudiera constatar un acuerdo en otras condiciones que considerase justas. III.- La acción será entablada ante la jurisdicción civil o mercantil competente por toda persona que justifique un interés, por el Ministerio Público, por el Ministerio de Economía o por el Presidente del Consejo de la Competencia cuando este último constate una de las prácticas mencionadas en el presente capítulo con ocasión de los asuntos relativos a su competencia. En esta acción, el Ministro de Economía y el Ministerio Público podrán solicitar al órgano jurisdiccional que conociera que ordene el cese de las prácticas mencionadas en el presente artículo. Podrán también, para todas estas prácticas, hacer constar la nulidad de las cláusulas o contratos ilícitos, solicitar la devolución de lo indebido y la sanción civil cuyo importe no podrá exceder de los 2 millones de euros.- Igualmente, podrán reclamar el resarcimiento de los perjuicios sufridos.- IV.- El juez de asuntos sumarios podrá ordenar el cese de las prácticas discriminatorias o abusivas o cualquier otra medida cautelar.

(41) Albanese, A., Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e equilibrio del rapporto, Europa e diritto privato, 1999, fasc. 4 (diciembre), p. 1181 refiriéndose a la Ordenanza 86-1243. Comp., sin embargo Ghestin, J, cit., p. 563 quien parece otorgar al abuso una extensión desvinculada de la posición del abusador en el mercado vinculándolo a la relación entre las partes y encuadrando la situación dentro del vicio de violencia.

(42) Alude a estas situaciones Vettori, G., Autonomía privada y contrato justo en Derecho Privado. Homenaje a Alberto J. Bueres, Ed. Hammurabi, p. 488.

V. Italia: El abuso de dependencia económica: de la disciplina de la libre competencia (o concurrencia en el mercado) a la tutela del contratante débil.

En el año 1998, el Poder Legislativo italiano sancionó la ley 192 que regula el contrato de *subfornitura*: puede decirse que, en sustancia, es la convención por la cual las prestaciones (o la prestación) debidas por el *subfornitore* (proveedor) se insertan en el ciclo productivo del comitente para ser reutilizadas por éste para obtener productos finales⁴³.

El art. 9° de la ley citada prohíbe que una o más empresas abusen “del estado de dependencia económica en el que se encuentra respecto de ella o ellas una empresa cliente o “fornitura”. Se considera dependencia económica la situación en que una empresa está en grado de determinar, en sus relaciones comerciales con otra empresa un excesivo desequilibrio entre derechos y obligaciones. La dependencia económica es valorada también teniendo en cuenta las reales posibilidades de la parte que ha experimentado el abuso de encontrar en el mercado alternativas satisfactorias”. En presencia de esas condiciones, la norma prohíbe el comportamiento abusivo precisando en el segundo párrafo que “el abuso puede también consistir en la negativa a vender o a comprar; en la imposición de condiciones contractuales injustificadamente gravosas o discriminatorias o en la interrupción arbitraria de las relaciones comerciales en curso”. Según el tercer párrafo “el pacto a través del cual se realiza el abuso de dependencia económica es nulo. El juez ordinario competente conoce de las acciones en materia de abuso de dependencia económica, incluida la inhibitoria y la de resarcimiento de daños”.

Como se advertirá, con la *fattispecie* que se analiza el legislador ha atribuido relevancia jurídica al estado de debilidad contractual de una de las partes (aunque con referencia a las relaciones jurídicas entre empresas)⁴⁴.

(43) DELLI PRISCOLI, L. L'abuso di dipendenza economica nelle nuova legge sulla fornitura: rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con le legge antitrust, Riv. Diritto Civile, 1998-I-833/1. El art. 1° de la ley lo define como aquel contrato en que “un imprenditore si impegna a effettuare per conto di una impresa committente lavorazione su prodotti semilavorati o su materie prime fornite dalla committente medesima, o si impegna a fornire, all'impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nelle produzioni di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze teoriche e tecnologiche, modelli o prototipi fornite dall'impresa committente”

(44) Antes de la sanción de la Ley 192/98 y en referencia a la ley antitrust 287 de 1990, bajo el título “I nuovi vizi”. R. Sacco y G. De Nova, cit., p. 482 y sigtes. tratan el “abuso de posición económica” y consideran que el negocio cumplido en condiciones que sólo el

Es significativo destacar que el proyecto originario de ley sobre la *subfornitura* preveía que el abuso de dependencia económica debía encontrar su ubicación en la ley 287 de 1990 (la ley *antitrust*) como art. 3 bis luego de la norma sobre el abuso de la posición dominante⁴⁵, en consideración a que el abuso de dependencia económica coincidía en sustancia con el abuso de posición dominante de la ley *antitrust*⁴⁶.

Sin embargo, en el texto definitivo, el instituto del abuso de dependencia económica fue ubicado en la ley que regula el contrato de *subfornitura*. Un motivo decisivo fue la opinión de la Autoridad garante de la concurrencia, que advirtió al legislador acerca del riesgo de una colocación impropia de la norma apuntando que ella no se dirigía a salvaguardar el proceso concurrencial en el mercado, sino que encontraba su fundamento en la temática del equilibrio contractual y por tanto “en el ámbito de las normas civiles relativas a las obligaciones y los contratos”; de ahí la sugerencia aceptada por el legislador de no unificar en una misma *fattispecie* “prohibiciones que responden a supuestos y características diferentes entre sí”⁴⁷.

Cierta doctrina ha deducido de ello relevantes consecuencias: la sistematización de la norma dentro de la ley 287 *antitrust* hubiera requerido la valoración del abuso de dependencia económica sobre la base de la existencia de comportamientos restrictivos de la concurrencia y, en definitiva de un abuso de la posición dominante en el mercado; al “desprenderse” el instituto de la disciplina de la concurrencia, la *fattispecie* perseguiría como objetivo el equilibrio de la relación contractual y prescindiría de la existencia en cabeza de una de las partes de un *poder de mercado en sentido clásico* que le permitiera adoptar comportamientos unilaterales fuera de los efectos de la concurrencia⁴⁸. Si esta interpretación fuera exacta, el abuso de dependencia económica no requeriría la acreditación de un efecto restrictivo de la concurrencia en el abusador: bastaría la prueba de un abuso de la dependencia económica en la relación individual que afectara el equilibrio de las prestaciones, proviniera o no de una posición dominante en el mercado.

abuso ha hecho posible es un negocio cuya formación está afectada de elementos patológicos y esta anomalía concreta un vicio de la voluntad.

(45) MAZZIOTTI DI CELSO, A., en *La subfornitura a cura di Alpa, G.-Clarizia, A.* cit. p. 238.

(46) DELLI PRISCOLI, L., cit., p. 836/1.

(47) VETTORI, G., cit., p. 474.

(48) ALBANESE, A., cit., p. 1181, quien cita en sentido concordante a Osti, G., *L'abuso di dipendenza economica, Mercato concorrenza regole*, 1999, p. 24; MAZZIOTTI DI CELSO, A., cit. p. 241; TORIELLO, F., cit., p. 273 y sigte.

En esa interpretación, el abuso de dependencia económica se “traslada” de la disciplina de la libre competencia (o concurrencia en el mercado) a la protección del contratante débil en la relación individual, sin que para su configuración —como se dijo— se requiera evaluar la posición del abusador en el mercado: el abuso de posición dominante de la ley *antitrust* tendría en común con el abuso de dependencia económica un aprovechamiento potencial o efectivo de una situación de preeminencia; sólo que en el primer caso debe mediar una restricción a la concurrencia “consistente” y abarcar a todo el territorio italiano o a una parte relevante (art. 3º ley 297) y, en el segundo, bastará que una empresa obtenga en su relación con la otra un excesivo desequilibrio de derechos y obligaciones debido a la subordinación económica en que ésta se encuentra respecto de la primera. El texto genérico del art. 9º de la ley 192 —que no liga la situación de subordinación económica con la posición dominante en el mercado del cocontratante— puede invocarse a favor de esta interpretación. Corolario de ello es que se considera que la “dependencia económica” constituye un concepto relativo o mejor relacional que se diferencia del abuso de posición dominante tal como lo caracteriza la ley *antitrust*⁴⁹.

Con relación al ámbito de aplicación, se ha afirmado que el destinatario de la tutela no es sólo el *subfornitore* (proveedor) sino que también abarca al comitente⁵⁰ y, más aún, que abarca a cualquier empresario que se encuentre en una situación de dependencia económica respecto de la otra parte; a este fin se invoca la amplitud con que está redactado el primer párrafo del art. 9 y el segundo párrafo que contempla entre las hipótesis de comportamiento abusivo la negativa a vender y a comprar, descartándose de ese modo que la empresa en estado de dependencia económica deba ser necesariamente una empresa *fornitore*⁵¹.

En ese entendimiento, se agrega que la tutela del contratante no depende de una abstracta pertenencia a una categoría de personas, sino a una valoración en concreto acerca de la efectiva existencia de una situación de desequilibrio contractual. Pero su ámbito se circunscribe a las relaciones entre empresas, diferenciándose de las normas que tutelan al consumidor o al cliente frente a un profesional⁵².

(49) MAZZIOTTI DI CELSO, A., cit., p. 246 y sigte.; Bortolotti, F., *I contratti di subfornitura. La nuova legge sulla subfornitura nei rapporti interni ed internazionali*, Ed internazionali, Cedam, p. 144.

(50) DELLE PRISCOLLI, L., cit., p. 835/1.

(51) ALBANESE, A., cit., p. 1182; también MAZZIOTTI DI CELSO, A., cit., p. 244; TORIELLO, F., cit., p. 275; Bortolotti, F., cit., p. 143 y sigte.

(52) ALBANESE, A., cit. p. 1182; Mazzotti di Celso, A., cit., p. 245.

El texto que se considera se limita a disponer la nulidad del pacto en que se manifiesta el abuso de dependencia económica. Empero, ello sólo resultará posible en aquellos casos en que se haya celebrado el negocio jurídico, careciendo de aplicación cuando ha mediado negativa a comprar o a vender, en donde el único remedio posible es la acción resarcitoria. De cualquier modo, el remedio de la invalidez del acto no satisface el interés del abusado en la ejecución del negocio despojado del excesivo desequilibrio o de las condiciones gravosas o discriminatorias, lo que ha llevado a interpretaciones doctrinarias que han adoptado soluciones tendientes al restablecimiento del equilibrio negocial (por ej. a través de la nulidad parcial)⁵³.

En suma, respecto del derecho italiano se puede afirmar: a) regula el abuso de dependencia económica con relación a las relaciones contractuales entre empresas (contratos de empresas); b) existe una importante corriente doctrinaria que desvincula la *fattispecie* del abuso de posición en el mercado y las normas de la concurrencia: el abuso de dependencia económica se configura se origine o no en una posición dominante en el mercado y bastará el abuso en la relación individual; c) los efectos del abuso varían según los supuestos: mediando una relación contractual el corolario será la invalidez, el restablecimiento del equilibrio contractual o incluso los daños y perjuicios; no habiendo contrato (negativa a comprar o vender), los daños y perjuicios; d) la invalidez requiere que a través del abuso se obtenga "un excesivo desequilibrio entre derechos y obligaciones".

El aludido régimen coexiste con la clásica acción general de rescisión por lesión, regulado en el Código Civil en la materia de los contratos por el art. 1448: los elementos subjetivos están conformados por el aprovechamiento del estado de necesidad de una parte y la acción no es admisible si la lesión no excede la mitad del valor que la prestación o promesa de la parte dañada tenía al tiempo del contrato.

VI. Derecho norteamericano: la doctrina de la "unconscionability"

Considerable similitud con la figura que se viene analizando reviste la doctrina norteamericana de la *unconscionability*: ella se configura cuando una de las partes está en condiciones de imponer condiciones inequitativas usando su fuerte poder de negociación o tácticas antiéticas para

(53) ALBANESE, A., cit., p. 1183 y sigtes.

(54) BLUM, A., *Contracts*, second edition, Aspen Law & Business, p. 366.

aprovecharse de la debilidad o ignorancia o confusión ("distress") de la otra⁵⁴.

Regulada por el *Uniform Commercial Code* como una regla general aplicable a todos los contratos de venta de bienes (&2.302) fue extendida a los contratos en general por el *Restatement Second (&208)*. Ambos se limitan a establecer la facultad de los Tribunales para negar eficacia a los contratos o reajustar sus términos, sin llegar a caracterizar la doctrina. En general, se acepta que la *unconscionability* se configura en presencia de dos elementos: a) *Unfair bargaining*: la sola existencia de un desigual poder de negociación es insuficiente; se requiere un abuso del mayor poder de negociación que puede consistir en el empleo de presiones injustas o la existencia de un poder de negociación lo suficientemente importante como para que la parte débil no tenga otra alternativa que aceptar las condiciones ofrecidas por la parte dominante o un cierto grado de compulsión u explotación de la enfermedad, ignorancia o dificultades de comprensión; b) *Unfair contract terms*: los términos del contrato deben ser injustos o inequitativos o manifiestamente favorables para la parte dominante⁵⁵.

No obstante que la doctrina requiere la concurrencia de los dos elementos enumerados, se ha observado que en la práctica de los Tribunales, cuando uno de ellos se presenta muy manifiestamente, la existencia del restante se evalúa con menor rigurosidad; en ciertas circunstancias, incluso, como cuando la inequivalencia es grosera se presume la existencia del restante elemento⁵⁶. Pero la sola desigualdad de poder de negociación es insuficiente, por sí sola, para la configuración de la *unconscionability*⁵⁷.

Se ha destacado que una cosa es identificar los dos elementos de la *unconscionability* y otra bien distinta es describirlos con cierta certeza: los Tribunales y los autores discuten acerca del real contenido de la doctrina⁵⁸. Lo cierto es que en ella se advierte la concurrencia de características que la

(55) BLUM, A., cit., p. 367 y sigte.

(56) BLUM, A., cit., p. 368.

(57) E. ALLAN FORNSWORTH, third ed. Aspen Law & Business, p. 312.

(58) BLUM, A., cit., p. 367. E. Allan Farnsworth, cit. p. 311 afirma que la caracterización probablemente más duradera sea la recaída en la causa "Williams": "*Unconscionability has generally been recognized to include an absence of meaningful choice on the part of one of the parties together with contract terms which are unreasonably favorable to the other party*".

(59) En lo atinente al derecho inglés, se ha llamado la atención sobre recientes pronunciamientos judiciales que apuntan a otorgar a la duress (intimidación o violencia moral) un significado expansivo caracterizado como de economic duress (intimidación económica) (Toriello, F., cit. p. 272 y sigte.).

asimilan significativamente al abuso de dependencia económica o de posición dominante, con la particularidad que el mayor poder de negociación no se relaciona con la posición de la parte abúsadora en el mercado, sino con relación a la situación en que se encuentran las partes contratantes⁵⁹.

VII. El Proyecto de 1998 y el "abuso de posición dominante"

En el libro II "De la Parte General - Título IX "Del ejercicio de los derechos", el primer artículo —relativo a la buena fe— establece: "*Buena fe. Los actos jurídicos deben ser celebrados y ejecutados con buena fe y lealtad. La parte que obró de mala fe debe resarcir el daño causado*" (art. 395). El siguiente, referido al "abuso del derecho" reitera en su primer párrafo el texto del vigente art. 1071 del Código Civil y agrega: "... *el Tribunal debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo y, según las circunstancias, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización*". Finalmente establece el art. 397: "... *Posición dominante. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores se aplica cuando se abusare de una posición dominante*".

VIII. El antecedente local

El antecedente local de la propuesta se encuentra en el Proyecto de reformas al Código Civil del Poder Ejecutivo Nacional de 1993. En el Libro segundo, Sección I - De los Hechos y Actos jurídicos - Título II - De los Actos jurídicos - Capítulo IV - Del ejercicio de los derechos - el art. 504 se refería al abuso de posición dominante y remitía a lo dispuesto en el artículo anterior relativo al ejercicio abusivo de los derechos.

IX. Análisis de la propuesta

Son numerosos los interrogantes y cuestiones que suscita la figura, la no menor de las cuales es la conveniencia o no de su incorporación a la Parte General de un nuevo Código Civil.

a) *Ambito de aplicación.* En el derecho italiano, como se vio, el abuso de dependencia económica se circunscribe a los contratos entre empresas, sin perjuicio de su extensión a comportamientos empresariales no contractuales ubicables en una fase precedente o preparatoria —como la negativa a comprar o vender— en cuyo caso se sanciona el comporta-

miento empresario abusivo en el mercado "fuera del contrato"; en el derecho norteamericano, la *unconscionability* es regulada en la materia de los contratos y en el derecho francés se contempla en el Código de Comercio comportamientos contractuales y extracontractuales contrarios a la concurrencia.

El Proyecto, en una búsqueda de mayor generalización y abstracción, regula el abuso en el libro de la Parte General: de esa manera se aspira a regular no sólo el abuso en la contratación —cualquiera sea la calidad de los contratantes— sino en situaciones negociales no contractuales patrimoniales. Bien podría entenderse —incluso— que quedarían comprendidos los negocios jurídicos extrapatrimoniales (no se contempla la exigencia del desequilibrio negocial, *infra* enseguida) con lo que se abarcarían supuestos de temor reverencial hoy excluidos de la invalidez. Aún, el método adoptado —que varía respecto de su antecedente nacional⁶⁰— posibilita suponer que se contemplan también, comportamientos abusivos violatorios de las reglas de la concurrencia, "fuera" del negocio jurídico como lo serían la negativa a comprar o vender o la interrupción arbitraria de relaciones en curso.

b) *Efectos.* La operatividad de la figura no se circunscribe a los daños y perjuicios, sino que sus efectos se extienden, según las circunstancias, a la "*reposición al estado de hecho anterior*" (art. 396 por remisión art. 397 Pr.). En materia negocial, ello no puede entenderse sino como configurando un supuesto de invalidez (arg. arg. 387 Pr.): el "*abuso de posición dominante*" es en el Proyecto— un supuesto de acto anulable sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder por el daño causado⁶¹.

c) *Esencia y fundamento:* La regulación en el Título referido al "ejercicio de los derechos" y la remisión a lo dispuesto en los artículos relativos a la "buena fe" y al "ejercicio abusivo de los derechos", permite considerar que la figura es concebida como una forma particular del ejercicio abusivo de los derechos o, en todo caso, de comportamientos contrarios a la buena fe.

(60) La figura se inserta en el Título IX, autónomo del Título IV, que trata de los Hechos y Actos jurídicos, mientras que en el Proyecto de 1993, se lo regulaba en un capítulo IV que formaba parte del Título II - De los Actos jurídicos.

(61) GOLDENBERG, I. - TOBIÁS, J. - DE LORENZO, M., cit. p. 185, para textos similares del Proyecto de 1993.

(62) MAZZIOTTI DI CELSO, A., cit., p. 242 formula consideraciones similares con referencia al art. 9 de la ley italiana 192.

Empero, la amplitud del ámbito de aplicación que parece haberse atribuido (*supra* a) no parece compatible con la subsunción dentro del abuso. El abuso de posición dominante se configuraría en ocasiones —no a través del ejercicio de un derecho subjetivo— sino a través de conductas desleales —como la negativa a comprar o a vender— que constituirían —en rigor— comportamientos prohibidos por la normativa propuesta y, por ende, ilícitos. La configuración de un ejercicio abusivo de un derecho, en cambio, comporta la existencia de derechos subjetivos emanados de la ley o de un vínculo negocial aunque ejercidos contrariando la moral, las buenas costumbres o el apartamiento de la finalidad tenida en mira⁶².

Parecidas consideraciones pueden formularse respecto de la buena fe: el art. 395 alude a la buena fe y lealtad en la **celebración y ejecución de los actos jurídicos** y no al comportamiento en el mercado a través —por ejemplo— de comportamientos anticoncurrenciales como los ya enunciados.

La reconstrucción dogmática de la figura dentro del abuso del derecho o la buena fe podría en cambio insertarse en la materia negocial. Pero también puede concebirse —reiterándose divergencias doctrinarias acerca de la esencia y fundamento de un instituto con ciertas similitudes, como lo es la lesión subjetiva objetiva— como un cuarto vicio de la voluntad o un comportamiento ilícito del abusador o la respuesta desfavorable del ordenamiento a un hecho externo al negocio, como lo sería la conducta del abusador⁶³.

d) *La caracterización de la "posición dominante"*. Una cuestión central es la caracterización que habría de darse a la "posición dominante" ¿Ha-

(63) Sobre el tema, en materia de lesión, TOBIAS J., Esencia y fundamento de la lesión subjetiva, ED, 110-973.

(64) El art. 1º prohíbe los actos o conductas que "constituyen abuso de posición dominante en el mercado, de modo que pueda resultar perjuicio al interés económico general"; el art. 4º establece que "uno o más personas gozan de posición dominante cuando para un determinado tipo de conducta o de servicio es la única oferente dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial o cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor o participe en el mercado —en perjuicio de éstos—". El art. 5º dispone que "a fin de establecer la existencia de posición dominante en un mercado deberán considerarse: a) el grado en el bien o servicio de que se trate, es sustituible por otros, ya sea de origen nacional como extranjero; las condiciones de tal sustitución y el tiempo requerido para la misma; b) el grado en que las restricciones normativas limiten el acceso de productos y oferentes o demandantes al mercado de que se trate; c) el grado en que el presunto responsable pueda influir unilateralmente en la formación de precios o restringir al abastecimiento o demanda en el mercado y el grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder"

brá que entender —con un alto grado de lógica atendiendo a la unidad sistémica del ordenamiento jurídico— que ella se configuraría cuando concurren los requisitos que establece otra norma legal, como lo es la ley 25.156 de defensa de la competencia?⁶⁴ o habrá que entender, en cambio, que —desvinculada de la ley de defensa de la competencia— adquiere un significado autónomo del comportamiento concurrencial en el mercado?

En el primer caso, lo prohibido por la propuesta serían los comportamientos anticoncurrenciales descriptos en la ley respectiva y, en el segundo, al menos en el ámbito negocial, el abuso de la posición dominante en la relación individual, sea por la posición dominante en el mercado o por cualquier otra circunstancia.

Los fundamentos del Proyecto no aportan al interrogante. Sí lo hacen las notas de su antecedente, el Proyecto de 1993; se dice allí que "*no se define la posición dominante pues la noción está ya consagrada en la ley 22.262 (art. 2) ... Pero se considera conveniente establecer una regla general en un código que contemple todas las relaciones patrimoniales —mercantiles y no mercantiles— ámbito más amplio que el de la ley de defensa de la competencia; y a la vez, determinar efectos que no están previstos en la ley 22.262, que se limita a la acción de daños*".

De estarse a estas expresiones, parece que la figura se mantendría en el marco de los comportamientos anticoncurrenciales, aunque con un ámbito de aplicación mayor que el mercantil y, en materia negocial, con el corolario de la invalidez. No obstante, cabe destacar una opinión doctrinaria de quien ha tenido relevante participación en los últimos Proyectos de reforma del Código Civil en nuestro país, quien otorga a la expresión una extensión considerablemente mayor (*supra* n° 3) (similar a la extensión que le otorga un sector de la doctrina italiana al "abuso de dependencia económica", *supra* n° V).

e) *Ausencia de la exigencia del desequilibrio negocial*. Apartándose de los antecedentes de que se da cuenta en los números III y V, el Proyecto prescinde de considerar la incidencia del abuso en el equilibrio del negocio. No se requiere ni la exigencia de términos negociales inequitativos ("*unfair contract terms*"), ni un "*excesivo desequilibrio entre derechos y obligaciones*" ni "*una evidente ventaja patrimonial sin justificación*", ni un "*beneficio excesivo*" ni una "*ventaja inequitativa*".

La ausencia del elemento objetivo dentro del ámbito negocial resulta criticable: es la ruptura del equilibrio sumado a comportamientos reprochables lo que puede justificar —en todo caso— un nuevo límite al principio rector de la autonomía de la voluntad: la mera referencia a un abuso

de una posición dominante prescindiendo de su repercusión en las posiciones patrimoniales emergentes del negocio, se puede constituir en un elemento de sensible afectación de la certeza negocial y de amenaza a las bases mismas de su especie principal, el contrato.

X. Conclusiones

Por lo dicho en IX, es oscuro establecer si el ámbito de aplicación de la propuesta del Proyecto se limita al ámbito negocial o abarca comportamientos en el mercado "fuera" del negocio jurídico; es dudoso el significado a atribuir a la "posición dominante" y criticable la ausencia de toda referencia a la incidencia del abuso en el equilibrio negocial.

En realidad, subsiste un interrogante más de fondo: ¿es conveniente la incorporación de la figura en la Parte General de un nuevo Código Civil?

Debe computarse que el instituto —aún superadas las incertidumbres y las críticas reseñadas— absorbería, por su extensión, gran cantidad de hipótesis subsumibles en la lesión (art. 954) —despojando a ésta de casi toda vigencia efectiva— probablemente algunos supuestos subsumibles en los vicios de la voluntad tradicionales y abarcaría supuestos de temor reverencial que en el sistema vigente no constituyen causal de invalidez del negocio.

Más bien —se piensa— la reconsideración de cuáles turbaciones o afectaciones a la libertad de decisión deban tener la relevancia suficiente para incidir en la validez del negocio, debiera transitar, inversamente, por el proceso —en plena evolución— de que se da cuenta más arriba (*supra* n° II).

- a) En especial, a través de una interpretación renovada del vicio de lesión con la actualización normativa de sus elementos. Como se dijo, la lesión objetiva-subjetiva ya contempla buena parte de las hipótesis que quedarían comprendidas en la nueva figura. A propósito de ello, la tutela del débil en la contratación se materializa en los documentos europeos de contratos estableciendo *fattispecies* bien cercanas a nuestra lesión, requiriendo en todos los casos un desequilibrio en las posiciones patrimoniales⁶⁵.

(65) El art. 4.109 de los "Principles of European Contract Law" establece "Excessive Benefit or Unfair Advantage (HB) (1) A party may avoid a contract if, at the time of the making of the contract, (a) he was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or

- b) También, por medio de un nuevo análisis —*de lege lata* y *de lege ferenda*— de los vicios de la voluntad tradicionales que posibiliten un "ensanchamiento" de su cometido y función⁶⁶; a través de la ampliación de los deberes precontractuales de información (tanto por vía de interpretación como por vía de modificaciones legislativas)⁶⁷;
- c) Por aplicación de las normas del derecho del consumidor (neoformalismo, plazo de reflexión, etc.), algunas de cuyas reglas son susceptibles de extenderse a toda la materia contractual.

lacking in bargaining skill, and (b) the other party knew or ought to have known of this and, given the circumstances and purpose of the contract, took advantage of the first party situation in a way which was grossly unfair or took an excessive benefit ...". El art. 3.10 de los "Principles of Unidroit prescribe: "(Gross disparity) (1) A party may avoid the contract or an individual term of it if, at the time of the conclusion of the contract, the contract or term unjustifiably gave the other party an excessive advantage. Regard is to be had, among other factors, to (a) the fact that the other party has taken unfair advantage of the first party's dependence, economic distress or urgent needs, or of its improvidence, ignorance, inexperience or lack of bargaining skill; and (b) the nature and purpose of the contract..."

(66) *Supra* II.a.i y iii; una manifestación —en materia de dolo— puede encontrarse en el trabajo citado en nota 14 en que se sostiene una noción del dolo vicio independizada del error. En esa misma línea de ideas —y en un enfoque aún más lato— ya en 1937 E. Gaudemet (Théorie générale des Obligations, Travaux de la Faculte de Droit et des Sciences Politiques de Strasbourg, 2° Série, n. 1, Imprimerie Contant-Leguerre, 1937, p. 70 y sigte.) afirmaba que "comete dolo, no sólo ... quien induce a un error, sin quien abierta y cínicamente abusa de una situación para imponer un contrato contrario a la equidad". Ver también nota 15.

(67) Es altamente ilustrativo, a propósito de ello, lo dispuesto por la reciente ley italiana n. 129 del 6 de mayo de 2004 (Revista Responsabilidad Civil y Seguros, año 2004, n. 7) relativa al contrato de franchising: el art. 6 establece los deberes precontractuales de comportamiento de ambas partes del contrato. El franquiciante debe "suministrar, tempestivamente, todo dato e información que considere necesario o útil a los fines de estipulación del contrato de franquicia comercial, salvo que se trate de información objetivamente reservada o cuya divulgación implique la violación de derechos de terceros ..." debiendo "fundamentar al franquiciado la eventual no comunicación de las informaciones y datos requeridos por el franquiciado". Este último a su vez debe "... suministrar tempestivamente y de manera exacta y completa toda información o dato cuyo conocimiento resulte necesario u oportuno a los fines de la estipulación del contrato de franquicia comercial aún cuando éstos no hayan sido solicitado expresamente por éste". El art. 4 impone al franquiciante "al menos treinta días antes de la firma del contrato ..." entregar "... al franquiciado aspirante copia completa del contrato a suscribirse acompañado ..." de anexos con información complementaria que la norma enuncia. Estos deberes se insertan en los deberes de comportarse con lealtad, corrección y buena fe y si "una parte ha brindado informaciones falsas, la otra podrá demandar la anulación del contrato en los términos del art. 1439 del Código Civil como así también, si correspondiese, el resarcimiento de los daños y perjuicios".

En lo que se refiere a la figura que se analiza, parece atinado incorporar a la ley específica de defensa de la competencia reformas que prevean la invalidez o modificación de los negocios celebrados con abuso de posición dominante en el mercado, extendiendo su ámbito de aplicación (ver nota al art. 504 Proyecto PEN y *supra* n° IX d).

Del modo indicado —se estima— se concilia adecuadamente el principio de la autonomía de la voluntad con el de la justicia contractual.

AGREGADO DE ISIDORO H. GOLDENBERG:

Para un adecuado emplazamiento de la figura “abuso de posición dominante” es menester previamente precisar cual es el bien jurídico a tutelar.

En efecto, cabe interrogar: ¿se trata sólo de corregir un desequilibrio comercial que requiere una tutela más acentuada del contratante débil o, por el contrario, asume una proyección más amplia en el tráfico jurídico?

Se configuraría en este último caso un nuevo modelo de intervención pública en la economía, dirigida a garantizar la efectiva nivelación de las partes.

La tesis que nos ocupa surge a requerimiento de las necesidades del tráfico moderno y con ella se tiende a proteger la buena fe con una visión superadora de las doctrinas clásicas que centran su óptica en los vicios del consentimiento prescindiendo del entorno económico-social donde se anudan las relaciones vinculantes.

Se propicia de este modo tener en cuenta las circunstancias fácticas que generan las desarmonías aunque excedan el marco ceñido por los planteos de las partes considerando su desigual poder de negociación en el mercado.

Nos encontramos frente a una hipótesis de orden público de protección de la voluntad que posee fecundas aplicaciones en el derecho de nuestros días.

El abuso de posición dominante afecta un interés público y de alcance general y se diferencia del abuso del derecho consagrado en el art. 1.071 del Código Civil que protege exclusivamente al sujeto perjudicado por una conducta ilegítima desviada de la finalidad que tuvo la ley al reconocerlo.

La tésis de la figura es el resguardo al normal funcionamiento de un mercado para evitar su alteración por prácticas reñidas con la libre competencia que constituye de este modo el bien jurídico en juego. Por esa razón se impone al responsable deberes secundarios de conducta.

El art. 584 del Proyecto de la Comisión designada de reformas al Código Civil por Decreto 468/92, emplazado en el capítulo “Del ejercicio de los

derechos” alude a la “posición dominante” que no se define pues la noción está ya consagrada en la ley 25.156, la que a su vez tomó la idea de su antecesora la ley 22.262 y ésta del Tratado de Roma de 1957 constitutivo de la Comunidad Económica Europea, tal como se explicita en la nota a ese texto emanada de la Comisión.

A su vez el art. 583 al que remite la norma citada caracteriza el abuso del derecho mediante la fórmula que luego se incorporara al art. 1.071 de nuestro Código Civil.

Es importante destacar la ubicación asignada al art. 583 del Proyecto considerando que en el modelo se establece que el juez proveerá lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo y, según las circunstancias procurará la reposición al estado de hecho anterior y fijará una indemnización.

Conclusión

En definitiva, estimo que es conveniente instituir por ley la figura abuso de posición dominante como causal autónoma de ineficacia dentro de la categoría de actos anulables precisándose sus requisitos configurativos y efectos.



SE TERMINO DE IMPRIMIR EN LA 2ª QUINCENA DE MAYO DE 2005
EN LOS TALLERES GRAFICOS DE "LA LEY" S. A. E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPUBLICA ARGENTINA