

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

SERIE IV - INSTITUTO DE DERECHO CIVIL - NÚMERO 12

CAPACIDAD CIVIL DE LAS PERSONAS



BUENOS AIRES
2007

Cifuentes, Santos

Capacidad civil de las personas - 1a ed. - Buenos Aires: La Ley, 2007.
240 p.; 24x17 cm. (De la Academia)

ISBN: 978-987-03-0982-6

1. Derecho Civil. I. Título

CDD 346

Copyright © 2007 by La Ley S.A.E e I.
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. Tel./Fax: 48129327 y 4815-6976
(1014) Buenos Aires - Argentina

Tirada: 200 ejemplares.

I.S.B.N.: 978-987-03-0982-6

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 43.

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 antidotos de la crisis, por JORGE M. MAYER.
- 27.- La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho, XII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 28.- La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional, por ALBERTO LUIS ZUPPI.
- 29.- Condición jurídico-política de la Ciudad de Buenos Aires, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 30.- El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 31.- El derecho de la salud, XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

SERIE III – COMUNICACIONES

Comunicaciones – N° 1.

SERIE IV – INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

- 1.- Estudios sobre Derecho Civil.
- 2.- Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación.
- 3.- La reforma constitucional de 1994 y su incidencia en el Derecho Civil.
- 4.- Estudios sobre derecho ambiental.
- 5.- Estudios sobre daño moral.
- 6.- Estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1999.
- 7.- Nuevos estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1998.
- 8.- Estudios sobre las posibles implicancias de la ley de convertibilidad 23.928.
- 9.- Estudios sobre la "pesificación" y la emergencia económica.
- 10.- Los vicios de la voluntad.
- 11.- Los vicios de la voluntad. Parte II
- 12.- Capacidad civil de las personas.

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.
- La Corte Penal Internacional y su competencia (genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión).
- El derecho internacional privado en la Ley de la Navegación argentina.

INSTITUTO DE DERECHO 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.

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

- La justicia y la enseñanza del derecho. Aportes para su reforma y modernización.

**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. Julio César Cueto Rúa

Académico Dr. Jaime Luis Anaya

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. 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. Kernelmajer 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
Dr. Gregorio Badeni	Manuel Quintana	12 mayo 2005
Dr. Horacio P. Fargosi	Carlos Calvo	27 julio 2006

MIEMBROS CORRESPONDIENTES

por orden de antigüedad

		Fecha
Prof. Ivon Loussouarn	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
Dr. Federico Carpi	Italia	12 mayo 2005
Dr. Gaspar Ariño Ortiz	España	11 agosto 2005
Dr. Marcelo G. Kohen	Suiza	25 agosto 2005
Dr. Francesco Galgano	Italia	25 agosto 2005
Dra. Giovanna Visintini	Italia	25 agosto 2005
Dr. Asdrúbal Aguiar	Venezuela	27 abril 2006
Dr. Angel Rojo Fernández-Río	España	10 agosto 2006

ANTIGUOS ACADEMICOS DE NUMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo	Dr. Guillermo Garbarini Islas
Dr. Carlos A. Adrogué	Dr. Juan Agustín García
Dr. Jorge A. Aja Espil	Dr. Juan M. Garro
Dr. Juan Álvarez	Dr. Juan A. González Calderón
Dr. Octavio R. Amadeo	Dr. Dimas González Gowland
Dra. Margarita Argúas	Dr. Aquiles H. Guaglianone
Dr. Marco R. Avellaneda	Dr. Elías P. S. Guastavino
Dr. Antonio Bermejo	Dr. Carlos Güiraldes (h)
Dr. Juan A. Bibiloni	Dr. Alberto Hueyo
Dr. Eduardo L. Bidau	Dr. Carlos Iburguren
Dr. Eduardo Bidau	Dr. Eduardo Labougle
Dr. Rafael Bielsa	Dr. Héctor Lafaille
Dr. Bernardino Bilbao	Dr. Héctor P. Lanfranco
Dr. Adolfo Bioy	Dr. Hilario Larguía
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 Díez	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 Río
 Dr. Marco Aurelio Risolfa
 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 Ruza
 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 Zavala
 Dr. Estanislao S. Zeballos

INDICE

<i>Régimen general de la capacidad</i> , Santos Cifuentes	1
<i>Reafirmación de la personalidad del consorcio y su capacidad para adquirir bienes</i> , Jorge Horacio Alterini y Gabriela Alejandra Vázquez	11
<i>Algunos aspectos de la capacidad laboral</i> , Manuel Cobas	41
<i>La capacidad en el contrato de compraventa</i> , Rubén H. Compagnucci de Caso	59
<i>Capacidad y legitimación en los contratos</i> , José M. Gastaldi	83
<i>Sobre la capacidad de los menores de edad para consentir la realización de tratamientos médicos</i> , Eduardo A. Sambrizzi	135
<i>Capacidad jurídica y capacidad de obrar</i> , José W. Tobías	155
<i>Capacidad y acto ilícito</i> , Félix A. Trigo Represas	185
<i>El autor menor de edad</i> , Carlos A. Villalba y Delia Lipszyc	207

REGIMEN GENERAL DE LA CAPACIDAD

POR SANTOS CIFUENTES

SUMARIO: I. La naturaleza de atributo de la capacidad. — II. Principios generales de capacidad e incapacidad. — III. La clasificación de los incapaces de hecho.— IV. La incapacidad y los actos personalísimos.— V. Algunas referencias comparativas con regímenes iberoamericanos.

I. La naturaleza de atributo de la capacidad

Los atributos son las calidades sustanciales que configuran el ser de la persona, como sujeto de derecho. Así como para su identificación se hace presente necesariamente el *nombre* con el fin de contar con un elemento para establecer a quien es posible concederle los derechos e imponerle las obligaciones o deberes, para su determinación espacial se requiere el *domicilio*, por medio del cual es posible la ubicación en el ejercicio de los derechos y obligaciones, para su vinculación con las demás personas el *estado* particularmente de familia, que es la posición jurídica en sociedad y frente a las demás personas, además del *patrimonio* que en nuestro régimen legal es considerado un aspecto ligado inescindiblemente a la personalidad, la *capacidad de derecho* completa el conjunto de cualidades esenciales identificatorias y cuya unidad configuran el ser de la persona.

La capacidad de hecho no es un atributo esencial pues puede faltar, sin dejar por ello de ser persona. La capacidad de derecho, en cambio, no puede faltar, de ahí que sea uno de los atributos necesarios, vitalicios, fuera de comercio, absolutos en cuanto oponibles *erga omnes*, y con unicidad sustancial, por ser imposible su duplicidad. Toda persona debe poder ser titular de derechos y obligaciones o debe poder adquirir-

los para sí, dado que caso contrario, si faltara esa posibilidad, no se estaría frente a una persona como ente libre constitucionalmente protegido, sino cosa o esclavo.

II. Principios generales de capacidad e incapacidad

El trazado legal de la capacidad de las personas está principalmente desarrollado en el Código Civil en sus artículos 52 a 62, pero los esquemas básicos allí contenidos no agotan el tema, por cuanto en diversas aplicaciones de cada una de las materias que el código estatuye, se van dando soluciones específicas y aun estableciendo otros principios que dirigen y orientan en dichas materias, así sea, verbi gracia, en la regulación de la minoridad, de las enfermedades mentales e inhabilitaciones, de la sordomudez, de la ausencia simple o con presunción de fallecimiento, de la patria potestad y tutela, del matrimonio, de las personas de existencia ideal, de los contratos y derechos reales, de las sucesiones. Queda, por tanto, a la vista que los principios que orientan la aplicación de reglas particulares, no reducen su presencia a aquel conjunto de primeras normas específicas y que puede ser necesario atender otros en cada una de esas materias. Dejo de lado, además, las leyes que en muy variadas materias tratan también de la capacidad, como la ley del contrato de trabajo, el código de comercio para los actos de comercio, los códigos procesales con relación a las partes, testigos y peritos, la ley de trasplantes de órganos humanos, etc., etc.

De esos principios tienen importancia capital dos que se enfrentan de contracara: *la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción* por un lado, pero *establecida una incapacidad aplicable a un sector de personas, para ese sector la incapacidad es la regla y su capacidad la excepción*. El primero asienta en valores insoslayables, pues si no hay norma expresa del legislador que determine una incapacitación aplicable a todo un sector de personas, como el caso de los menores o de los dementes, se afectaría la igualdad y libertad constitucionalmente garantizadas al abandonar en poder de algunos, sean particulares, sean jueces o funcionarios, la posibilidad de restringir los derechos o el ejercicio de los mismos según su voluntad *hominis*, lo que es proclive a que se desempeñen superpoderes intolerables en la vida de relación.

Las reglas, pues, abstractas, generales y no personalizadas ni establecidas para sujetos determinados y concretos, son las únicas que pue-

den delinear la incapacidad de las personas. Los jueces no pueden por vía de interpretación analógica establecerla (1). Ahora bien, ante una de esas reglas que lo hace, su expansión está dirigida a todas las personas de igual categoría que caen bajo sus mandatos, pues tampoco se podría establecer que uno de esos sujetos son incapaces y los otros, de idéntica naturaleza y situación no lo fueran, lo que importaría discriminar sin que hubiere elementos ni razones objetivas para hacerlo. No puede funcionar la duda, pues si ella apareciera hay que inclinarse por la capacidad.

Este principio primordial de la regla y la excepción, tiene diversas expresiones según se trate de capacidad de hecho o de derecho. Ello porque la de hecho atañe a la posibilidad de obrar por sí libremente y la incapacidad se suple con la designación de un representante que obra por el incapaz quien no lo puede hacer personalmente, mientras que la de derecho es particularizada respecto de determinados derechos, ya que no hay una incapacidad general en el sujeto que pueda ser suplida por otro, sino incapacidades que son prohibiciones determinadas para ser titular de concretos derechos, en virtud de las vinculaciones que entre las personas existen y debido al interés público comprometido en esas vinculaciones. En este segundo caso de las incapacidades de derecho, no es posible hablar de incapaces, sino solo de incapacidades que son siempre relativas, pues se aplican a los supuestos previstos y mientras estén dadas las condiciones y relaciones que la ley previene y trata de impedir, en resguardo de fines superiores y de intereses públicos. Nadie puede tener como suyos todos los derechos subjetivos que existen en la colectividad (2). Aunque relativas en ese sentido, las incapacidades de derecho no son superables en tanto se trata de prohibiciones absolutas que tienen fundamento en el orden público o intereses generales. Es decir, no hay solo un interés privado que se tutela, sino general para asegurar la transparencia moral de las relaciones jurídicas (3).

Como lógica consecuencia de lo expuesto, las incapacidades de derecho no tiene una enumeración de las personas afectadas por ellas, ya

(1) CNCiv., sala F, 15/12/1970, ED, 37-864.

(2) CNCiv., sala C, 14/10/1986, ED, 122-594.

(3) BANCHIO, Enrique C. en BUERES-HIGHTON, "Código Civil y Normas Complementarias", t. 1, p. 439.

que son prohibiciones dispersas en el ordenamiento jurídico y que atienden más que a una clase de personas a los vínculos y actos entre ellas, mientras que los incapaces de hecho son expresamente enumerados por los arts. 54 y 55.

En la incapacidad de hecho, por lo tanto, el padre o madre, tutor o curador, en su caso el asistente, suplen las falencias de la voluntad del incapaz y ejercitan por él sus derechos o lo asisten para controlar sus actos, mientras que la incapacidad de derecho es incompatible con esas soluciones. Por otra parte, las incapacidades de hecho suelen ser temporarias, o sea que duran mientras existan las circunstancias que las hayan motivado, pero son estatuidas para salvaguarda de la persona y cubriendo generalmente intereses particulares del incapaz, que es el que puede plantear la nulidad del acto (art. 1164 del Código Civil). De ahí también que esa invalidez si se trata de una incapacidad de derecho tiene carácter absoluto, mientras que en el otro caso la nulidad es relativa y el interesado en ella una vez superada la ausencia de capacidad, puede confirmar el acto.

Por otra parte, es diferente el principio de ley aplicable a una u otra. En la capacidad de hecho rige la ley del domicilio (arts. 6°, 7° y 948 del Código Civil), mientras que para la capacidad de derecho rige la ley territorial (arts. 8°, 9°, 10 y 949 del Código Civil) (4).

Finalmente parece necesario destacar que no debe confundirse la ausencia de discernimiento que en principio establece el art. 921 del Código Civil, con la incapacidad. Una persona capaz puede padecer transitoriamente la falta de la aptitud para valorar los actos (un desmayo, una hipnosis, el sonambulismo), y aun carecer de discernimiento entre tanto se pone en tela de juicio su capacidad con la iniciación del proceso de insania. Por lo demás el incapaz de hecho mayor de edad por declaración de insania, puede ser responsabilizado por actos ilícitos si tiene discernimiento para delinquir cuando pasaba por un intervalo lúcido. Esto muestra las diferencias, pues en la incapacidad se valora el estado general del sujeto incapacitado, mientras que en el caso del discernimiento el estudio hay que efectuarlo en cada caso concreto, para establecer si el sujeto era apto para entender lo que hacía. La dis-

(4) RIVERA, Julio C. en BELLUSCIO-ZANNONI, "Código Civil y leyes complementarias", t. 1, p. 287.

tinción refleja en la nulidad de que se trate, pues en caso del obrar jurídicamente, los actos del incapaz son nulos y no dependen del juzgamiento jurisdiccional, limitándose el juez a declarar la nulidad ya establecida por la ley. En cambio, ante la falta de discernimiento el acto es anulable, porque su invalidación se supedita a la decisión del juez en la materia.

III. La clasificación de los incapaces de hecho

Desde otro punto de vista, cuando se trata de la incapacidad de hecho, a diferencia de las de derecho, puede ser *absoluta o relativa*, atendiendo a la posibilidades físicas y mentales de la persona de que se trate y a la extensión de la incapacidad. Hay a la par diferentes situaciones respecto de la minoridad, la enfermedad mental y la inhabilitación, desde lo más comprometido y agudo según una apreciación del legislador, como es el caso de la persona por nacer y del menor impúber, o del menor de 18 años y el menor emancipado, bien el demente declarado o el no declarado, así como el inhabilitado, según los diferentes regímenes de los tres incisos del art. 152 bis, del Código Civil, en que la capacidad no está suprimida pero sí en alguna medida afectada al exigirse la participación del curador en la asistencia de los actos que realiza.

El régimen general de incapacidad de hecho, está por tanto identificado con una estructuración subdividida según que por su condición, se trate de un incapaz de hecho absoluto o de un incapaz de hecho relativo. Lo que significa que en el primer caso el incapaz no puede realizar ninguno de los actos que la ley contempla y en el segundo puede obrar aquellos actos que la ley permite.

Se ha enfrentado el régimen de la incapacidad absoluta de hecho (caso de los menores impúberes, de los dementes declarados y sordomudos que no saben darse a entender por escrito), con una realidad de la vida diaria, es decir el cúmulo de pequeños actos y contratos que estos incapaces realizan, como son el contrato de transporte al pagar el ticket respectivo y viajar en los medios de transporte público en zona rural y en las ciudades, la compra de útiles, golosinas u otros objetos de menor valor en los kioscos y puestos de revistas. Esta situación ha llevado a pensar que no es exacta la categoría legal, desde que se admiten todos esos actos jurídicos realizados por menor de 14 años. Sin embargo, también se ha considerado por algunos pensadores que, en realidad, los

menores que los realizan lo hacen autorizados por sus padres o representantes, de ahí la legitimidad de su cometido, ya que aquéllos podrían prohibirles hacerlo por sí y aun instruir a las otras partes del contrato dejando constancia de que no tienen ese permiso. Este pues se presumiría simplemente, mientras no haya habido una orden en contrario que invalidaría el acto.

Esta argumentación muestra que la clasificación y la categoría de la incapacidad de hecho absoluta, guarda actualidad y es aplicable a la vida diaria.

IV. La incapacidad y los actos personalísimos

Una última reflexión es dable hacer atendiendo al régimen general de la incapacidad en nuestro ordenamiento.

Se trata de los actos que están vedados al incapaz de obrar, pero tampoco es posible que los cumpla en su nombre el representante. Esto significa que aparece una imposibilidad jurídica de adquirir esos derechos o de gozarlos, desde que nadie puede darles vida. Tal el caso del reconocimiento de un hijo extramatrimonial de un insano; el incapaz para testar; el posible dador de un órgano para trasplante que fuere incapaz de hecho, no obstante que el beneficiario fuera un pariente muy cercano; la reconciliación del separado o divorciado que solo es posible entre los cónyuges (arts. 346 y 356 del Código Civil). Estos ejemplos no agotan los supuestos. Lo definitivo es que aparece un cercenamiento completo como si fuera una incapacidad de goce, no enunciada en virtud de los hechos y las circunstancias. Repito, no los puede ejecutar el incapaz y tampoco el representante por ser actos personalísimos.

Una solución sería que se pudiera dar intervención a la justicia para que faculte o no al incapaz en ciertas y determinadas situaciones, a fin de que disponga por sí, ya que el acto es insustituible y está en condiciones de evaluar su conveniencia (5).

(5) Ver mi "Actualidad de los viejos conceptos sobre "persona", "personalidad" y "capacidad de derecho" (Derivación posible frente a los actos personalísimos)", LA LEY, 1995-B, 1280.

V. Algunas referencias comparativas con regímenes iberoamericanos

Con mayor o menor precisión parece conveniente mostrar algunos de los sistemas que rigen en Iberoamérica, no con un criterio estrictamente comparativo, pero si para ilustrar las tendencias aproximadas de tales sistemas.

En España, como enseña Diego Espín Cánovas en su tradicional Manual, la capacidad "se distingue en *capacidad de derecho* propiamente dicha o *capacidad de goce* y en *capacidad de obrar o de ejercicio*, según que aquella aptitud se refiera a la mera tenencia y goce de los derechos o al ejercicio de los mismos. La *capacidad de derecho* es la base para ostentar derechos o tener obligaciones; el ordenamiento jurídico reconoce por eso la capacidad de derecho a todo hombre; aunque para determinados derechos puede condicionar esa capacidad, no puede privar en absoluto de la misma a ningún hombre" "la capacidad de obrar, en cambio, como aptitud que es para ejercitar derechos, no puede otorgarse por igual a todos los hombres, pues el ejercicio de los derechos requiere conciencia y voluntad...". Es así que el art. 322 del Código Civil, establece que "el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código" y la mayoría de edad se obtiene a los 18 años cumplidos (art. 315) (6).

En la República del Perú, el Código de 1984, si bien no define la capacidad jurídica ni la de ejercicio, en el art. 42 estatuye que "Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles, las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en artículos 43 y 44", que establecen, quienes tienen incapacidad absoluta y relativa. Enuncia el primero a los menores de 16 años, a los privados de discernimiento por cualquier causa, a los sordomudos, ciegosordos y ciegomudos que no puedan expresar su voluntad y, el segundo, a los que van de dieciséis a dieciocho años, los retardados mentales, los que adolecen de deterioro mental, los pródigos, los que incurren en mala gestión, los ebrios habituales, los toxicómanos, y los que sufren pena que lleva anexa la interdicción. Los principios pues son analógicos, aunque las reglas tienen diferencias visibles (7).

(6) ESPIN CANOVAS, Diego, "Manual de Derecho Civil español", ps. 110y 11; DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio, "Sistema de Derecho Civil" vol. 1, ps. 224 y 240; MALUQUER DE MOTES, Carlos, "Derecho de la Persona y Negocio Jurídico", ps. 2 y 3.

(7) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "Derecho de las Personas", 3ª ed., ps. 103 a 106.

El Código Civil colombiano, define la capacidad legal como la que “consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra (art. 1502). El art. 1503 declara: “Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces”. El art. 1504 califica de absolutamente incapaces a los dementes (545), los impúberes (431), y sordomudos, que no puedan darse a entender por escrito (557). Agrega el inc. 3° modificado por el Dec. 2820 de 1974, a los menores adultos que no hayan obtenido habilitación de edad y los disipadores que se hallen bajo interdicción, los que no tienen incapacidad absoluta. Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley a ciertas personas para ejecutar ciertos actos (8).

El Código Civil de la República de Venezuela, en esa línea estatuye: “El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, con las excepciones establecidas por disposiciones especiales” (art. 18).

El art. 28 del Código Civil paraguayo, dice que “La persona física tiene capacidad de derecho desde su concepción”. “La capacidad de hecho consiste en la aptitud legal de ejercer por sí mismo o por sí solo sus derechos. Este Código reputa plenamente capaz, a todo ser humano que haya cumplido veinte años de edad y no haya sido declarado incapaz judicialmente” (art. 36). En las dos disposiciones siguientes enuncia los absolutamente incapaces de hecho y los incapaces relativos.

El Código Civil del Brasil dispone en el art. 2°: “Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil”. El art. 5° declara: “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I os menores de 16 (dezesseis) annos; II – os loucos de todo o género; III – os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade; IV – os ausentes, declarados tais por ato de juiz.-. Y el art. 6°. “São incapazes, relativamente a certos atos (147, I), ou á maneira de os exercer: I – os maiores de 16 (dezesseis) e os menores de 21 (vinte e um) annos (arts. 154 a 156); II – os pródigos; III – os silvícolas”.

Bien se observa de esta muy parcial y sintética reseña, que en general los regímenes generales de capacidad e incapacidad, tienen puntos en

común, aunque con ciertas particularidades propias de cada región y país, en atención a aspectos sociales y de idiosincrasia.

Cierro aquí este trabajo que servirá de apertura a otros del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. ♦

(8) “Código Civil”, Temis, Jorge Ortega Torres, p. 345.

REAFIRMACION DE LA PERSONALIDAD DEL CONSORCIO Y SU CAPACIDAD PARA ADQUIRIR BIENES

POR JORGE HORACIO ALTERINI
Y GABRIELA ALEJANDRA VÁZQUEZ

SUMARIO: I. La personalidad del consorcio de la propiedad horizontal. — II. La capacidad de derecho del consorcio de la propiedad horizontal para adquirir bienes para sí. Patrimonio. Mayoría requerida. — III. Antecedentes en el derecho comparado.— IV. Algunas conclusiones.

I. La personalidad del consorcio de la propiedad horizontal

a) *Una grieta en el consenso dominante*

La ausencia de una referencia expresa en la ley 13.512 de Propiedad Horizontal, sancionada en 1948, permitió que se planteara una polémica acerca de la personalidad jurídica del consorcio de propietarios y no faltaron voces desde antaño que negaron su existencia como ente ideal (1).

(1) Véase: REFFINO PEREYRA, Virgilio, "La propiedad horizontal", Bs. As., 1952, p.62; NOVILLO CORVALAN, Sofanor, en Salvat, Raymundo M., "Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos reales", t. II, ps. 463/464, 4ª ed., Bs. As., 1952; LASCANO, Guillermo G., "Derecho del Trabajo. Revista Crítica Mensual de Jurisprudencia, Doctrina y Legislación", Año 1953, t. XIII, ps.59 y sigtes.; SIVORI, Alfredo R., "Algunos aspectos de la ley 13.512 de propiedad horizontal", La Plata, 1954, separata de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata n° 1, Año 1954, apartado 27, ps. 23 y sigtes.; SALAS, Acdeel, en sus anotaciones a "La propiedad horizontal. Condominium", de Pierre Poirier, Bs. As., 1955, su nota 136 de p.127; LAQUIS, Manuel, "Naturaleza jurídica del con-

Cuando el debate parecía totalmente superado, ante la muy dominante posición favorable a la personalidad del consorcio, la discusión retomó alguna vitalidad, a partir de un pronunciamiento de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en los autos "Consortio de Propietarios Marcelo T. de Alvear 1275/77 c. Arminfé, S. A", del 5 de junio de 1984 (2), que se inclinó por la idea de que el consorcio no podía considerarse como una persona de existencia ideal (3), pues tal situación jurídica se explicaría como una manifestación de la "comunidad de derechos".

b) *Quid del interés autónomo*

En el fallo citado, para fundar la tesis negativa, se planteó como mención inicial, que el consorcio no sería un sujeto distinto porque carecería de "un interés jurídico autónomo al del conjunto de los copropietarios".

Pensamos que no es definitiva la absoluta ausencia de intereses autónomos y distintos entre la persona jurídica y sus miembros, ya que diversas personas podrían aspirar a intereses concurrentes, sin menoscabo de su individualidad. No puede dudarse que la sociedad civil es persona jurídica, ante la letra del art. 33 "in fine" del Código Civil (texto ley 17.711), que la encuadra como tal cuando alude a "las sociedades civiles y comerciales". Sin embargo, en esa tipología societaria la autonomía de los intereses sociales no es de total contundencia. Efectivamente, aquí no se aprecia una tajante separación patrimonial como la que expresa la regla del art. 39 del Código Civil, en cuanto excluye a los

sorcio de propietarios", Lecciones y Ensayos n° 9, 1958, p. 23 y sigtes., "Nuevas consideraciones sobre la posibilidad de un sujeto de derecho en la ley 13.512", LA LEY, 111-1113 y "Otra vez sobre la personalidad del consorcio de propietarios", LA LEY, 1975-A, 69; LAQUIS, Manuel y SIPERMAN, Arnoldo, "La propiedad horizontal en el derecho argentino", Buenos Aires, 1966, p. 85 y sigtes.; GRECO, Roberto Ernesto, "Naturaleza jurídica del consorcio de propietarios", investigación inédita presentada a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata; ADROGUE, Manuel y ROMANELLI, Horacio, "Reflexiones en torno de la ley de propiedad horizontal", JA, Doctrina 1969, p. 382).

(2) Según el voto del señor Juez Eduardo Zannoni, al que adhirió los otros integrantes del tribunal, doctores Jorge Escuti Pizarro y Félix de Igarzábal.

(3) LA LEY, 1985-A, 541 y ED, 120-405, con notas aprobatorias, respectivamente, de Manuel Antonio LAQUIS ("Sobre una sentencia renovadora de los fundamentos negativos de la personalidad jurídica del consorcio de propietarios") y de MOLINARIO, Alberto D. ("Inexistencia de personalidad del consorcio creado por la ley nacional 13.512").

miembros de la persona jurídica de la obligación de satisfacer las deudas de ésta. Contrariamente y sin conmovir su naturaleza de persona jurídica, en la sociedad civil, el art. 1713 establece que: "Los acreedores de la sociedad son acreedores, al mismo tiempo, de los socios..."

Pero más allá de lo señalado, en el caso del consorcio de la ley 13.512, son perceptibles ciertas aristas que muestran la existencia de intereses claramente autónomos en esa persona jurídica. Si no fuera así, sería inconcebible que el administrador pudiese, verbigracia, promover acciones para el cobro compulsivo de expensas comunes o para exigir el cumplimiento de las normas de convivencia, que hasta pueden conducir a la imposición de multas o a la privación de la libertad del consorcista, si la Justicia ejercita la facultad que le acuerda el art. 15 de la ley 13.512. Adviértase, que si no se admitiera que se perfila una nueva persona jurídica y el consorcio y la gestión del administrador se explicaran en el estrecho marco de la relación de mandato entre el administrador y cada uno de los consorcistas, el ejercicio por el administrador contra el consorcista, de tamañas facultades como las descritas, sería antitético con la directriz contenida en el art. 1907 del Código Civil, en cuanto a que: "El mandatario debe abstenerse de cumplir el mandato, cuya ejecución fuere manifiestamente dañosa al mandante". Es que, si el administrador está legitimado para obrar en antítesis con los intereses particulares de los consorcistas, de uno, de algunos o incluso de todos ellos —por ejemplo, el reclamo de expensas adeudadas por todos los propietarios—, ello solamente puede explicarse, de modo convincente, con la afirmación de la existencia de un interés distinto atribuible a una persona que no se identifica con el individual de cada uno de los consortes.

Sumado a ello, si se desconoce la personalidad del consorcio, también sería posible ver en la ejercitación de las funciones del administrador, la representación simultánea de intereses contrapuestos de unos y otros consorcistas, pese a que a todos ellos se los presenta como mandantes individuales y a todos les debe la consiguiente fidelidad (arg. art. 1908 Cód. Civ.).

c) *El principio de las mayorías*

Otro fundamento que creemos de fuerte impacto se vincula con el juego de las mayorías en las decisiones consorciales. Es sabido que cuando en la gestión de un agrupamiento rige la voluntad de la mayoría y

naturalmente ésta puede imponer su criterio pese a la resistencia de la minoría, tal característica suele presentarse como un argumento favorable para la personalidad del agrupamiento. Tanto es así que Lafaille, con ese punto de partida, insinuó que el condominio importaba un embrión de persona (4). Efectivamente, en materia de actos de administración en el condominio, "prevalecerá la decisión de la mayoría", como explícitamente lo establece el art. 2700 del Código Civil, la que se computa por valor y debe ser absoluta (arts. 2704 y 2705 Código Civil).

En la propiedad horizontal, la primacía de la voluntad mayoritaria abarca un ámbito mucho mayor, que *excede los meros actos de administración y comprende igualmente a los de disposición material* sobre las partes y cosas comunes. Así, según el art. 8º de la Ley 13.512 las mejoras materiales sobre las partes y bienes comunes, "en mira de obtener su mejoramiento o de uso y goce más cómodo o de mayor renta", sólo requieren la decisión de la mayoría absoluta del conjunto de los propietarios, resolución mayoritaria que no se suspende por las acciones que pueda promover la minoría ante la autoridad judicial, salvo que medie "una expresa orden" del tribunal.

Quiere decir, que en la propiedad horizontal, a diferencia de lo que ocurre en el condominio, la voluntad de la mayoría se impone hasta en los actos de disposición material sobre partes y cosas comunes. Y esta peculiar nota distintiva entre los regímenes del condominio y la propiedad horizontal refuerza la demostración de que en esta última no es aceptable sostener con éxito que en el consorcio no existiría "un interés jurídico autónomo" con respecto al de los propietarios.

d) Aparición del vocablo "consorcio"

Y más allá de deslices que ensombrecen el propósito del Legislador, no debe silenciarse que en el Proyecto del Poder Ejecutivo, que fue el

(4) Ver LAFAILLE, Héctor, "Tratado de los derechos reales", Vol. II, Bs. As., 1944, ps. 206, en nº 1060; 209/210, en nº 1064; 220 en nº 1070; 233 en nº 1094. En esta última referencia invocó "diversas normas positivas imposibles de concebir sin un sujeto". También fue clara su tesis en las destacadas intervenciones que realizara en los debates de la Sección de Derecho Civil del Instituto Argentino de Estudios Legislativos (Ver "Proyecto de Reforma del Código Civil". Actas de la Sección de Derecho Civil del Instituto Argentino de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados, tomo V "Derechos sobre las cosas", Bs. As., 1962, p. 221: "El condominio es un sujeto de derecho muy limitado... Hay alguien que ha dicho que el condominio es una sociedad abortada").

antecedente directo de la ley 13.512, se aludía en el inicio del art. 9º a la "comunidad de propietarios", precisión que fue sustituida por la de "consorcio", claro designio hacia la separación entre el condominio y la propiedad horizontal, en el camino hacia la configuración del "consorcio" como ente ideal. Tal suposición parece ser confirmada por el empleo en el art. 9º vigente del giro "al constituirse el consorcio", lo que hace pensar que si ese ente ha menester de una etapa fundacional o íter constitutivo, es porque se la imagina como una persona jurídica desprendida de las personas humanas que la componen.

e) El administrador como representante legal

La afirmación, implícita en la sentencia citada al inicio de este aporte (5), de que el administrador sería el representante legal y exclusivo del conjunto, no personificado, de los distintos copropietarios, puede ser contradicha a partir de una detenida exégesis de la Ley 13.512, en nuestro criterio demostrativa de que se presenta tal representación legal pero de una persona jurídica diversa de los miembros que la integran.

Ante todo, la terminología legal es imprecisa y genera equivocidades.

La ley 13.512, en los arts. 9º, 10, 11 y 15, alude al administrador como el representante.

Se menciona al "representante", sin aditamento alguno, en los arts. 9º inc. b) y 15 párrafo primero.

Se alude al "representante de los propietarios" en los arts. 9º inc. a), 11 "in principium" y 15 tercer párrafo, así como en el art. 5º segundo párrafo del Decreto Reglamentario 18.734/49.

El art. 10 de la ley 13.512 se refiere al "representante de los condóminos".

Se aprecia una modificación terminológica en el art. 11 de la ley pues, en el primer párrafo "in fine", se designa al administrador como "mandatario legal y exclusivo de aquéllos"—los propietarios—.

(5) CNCivil, sala A, "Consorcio de Propietarios Marcelo T. de Alvear 1275/77 c. Arminfé, S.A.", del 5/6/1984, LA LEY, 1985-A, 541 y ED, 120-405.

En el art. 8º de la ley se emplea directamente la denominación de "administrador" y en el art. 3º inc. 7) del Decreto Reglamentario 18.734/49 se lo individualiza, alternativamente, como "representante o administrador", sin otras puntualizaciones.

Pensamos que es decisiva, para superar la anfibología semántica con proyecciones sustanciales, la alusión del art.11 a una investidura "legal". Ciertamente, la mención a que la representación es legal conduce a la conclusión de que la representada es la persona jurídica "consorcio", más allá de las vacilantes nominaciones vertidas en la ley y en su reglamentación que desviaron a algunos intérpretes y los movieron a quedar atrapados por la incidental expresión de que los representados eran los propietarios o condóminos, cuando ella no era más que una licencia idiomática poco compatible con las más ajustadas técnicas legislativas.

La connotación de la representación por la norma citada con el carácter de "legal", impone pensar que están involucrados o representados incapaces de hecho (art.56 Cód. Civil) o la representación de una persona jurídica (art.35 Cód. Civil), pues la idea de representación legal pierde su real sentido más allá de los dos supuestos enunciados.

Descartadas en esta cuestión las incapacidades de hecho de las personas humanas, la representación legal es de la persona jurídica, que por su propia naturaleza es impotente para actuar por sí misma pero que puede hacerlo "por el ministerio de los representantes que sus leyes o estatutos les hubiesen constituido" (art.35 Cód. Civil). Como lo apuntara Vélez Sarsfield en la nota a la norma citada: "Para realizar la idea de la persona jurídica era necesario crear una representación que remediase de una manera artificial su incapacidad de obrar... Una corporación es semejante a un pupilo, cuya tutela será ejercida por el que ha nombrado la ley... Cuando se da por fundamento necesario de la representación artificial, la incapacidad natural de obrar a la persona jurídica, que es un ser ideal, debe esto entenderse literalmente... La persona jurídica, pues, sólo por medio de sus representantes, puede adquirir derechos y ejercer actos, y no por medio de los individuos que forman la corporación, aunque fuese la totalidad del número..."

La inclusión del vocablo "mandatario" por el art.10 de la ley 13.512, antes de connotarlo con el término "legal", no perturba el criterio adoptado, ya que las disposiciones del Título 9 "Del Mandato" (Libro Segun-

do, Sección Tercera del Código Civil), son aplicables, entre otros supuestos, a las representaciones de las corporaciones (art.1870 inc. 1).

En síntesis, el administrador, en su carácter de representante legal (art.10 L. P. H.), lo es inexorablemente de la persona jurídica "consorcio", con la jerarquía propia de un "órgano" de ese ente, sin perjuicio de que, en lo pertinente, sean aplicables en subsidio las reglas del contrato de mandato.

f) Sistema perdurable y dinámico

En otro orden de ideas, la necesidad y conveniencia de reconocerle personalidad al consorcio radica en la perdurabilidad de su emplazamiento y en su condición de comunidad dinámica, cualidades que contrastan con la transitoriedad de otras expresiones colectivas o con su condición de estáticas.

Al pasar revista a instituciones con una cierta aparente afinidad se muestra cómo los rasgos de perdurabilidad y dinamismo, que ostenta el consorcio, al estar ausentes en aquéllas, confinan a esos institutos como meras agrupaciones sin personalidad propia.

Las sociedades accidentales o en participación, las uniones transitorias de empresas y hasta las agrupaciones de colaboración no son personas jurídicas, según lo dispone la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales (arts. 361, 377 y 367, respectivamente). Tienen como rasgo común su transitoriedad, que alcanza incluso a las agrupaciones de colaboración, cuyo plazo máximo es de diez años (art. 369 inc. 2). Y creemos que conclusiones semejantes sobre la connatural transitoriedad más o menos extendida son trasladables a los consorcios de cooperación reglados por la Ley 26.005 cuya personificación niega su art. 2º.

Los condominios sin indivisión forzosa son esencialmente efímeros porque están expuestos a extinguirse en cualquier momento ante el pedido de la partición por cualquiera de los condóminos.

Obviamente, también los condominios con indivisión forzosa temporarios o circunstanciales (arts.2693, 2694 y 2715 "in fine" del Cód. Civil), muestran transitoriedad, a la que tampoco es extraño el régimen de las indivisiones hereditarias de la Ley 14.394 (arts.51 a 53). Todas estas comunidades rigen únicamente por lapsos acotados.

La transitoriedad que caracteriza a todas estas manifestaciones de comunión jurídica, justifica que el actuar colectivo de sus miembros no se canalice a través de la conformación de un ente con personalidad.

Por otra parte, en los condominios con indivisión forzosa perdurables (6), como lo son el de los accesorios indispensables al uso común de dos o más heredades (art. 2710 Cód. Civ.) o el de los muros, cercos y fosos (arts. 2717 y sigtes. Cód. Civ.), no es menester y sería contrario a una elemental economía de recursos jurídicos, que la ley perfilara una persona jurídica con el único objeto de servir a comunidades estáticas para administrar una pared de pirca o ladrillo, un cerco vivo de madre-selva o ligustrina o un foso más o menos profundo.

En la sentencia de la Sala A de la Cámara Nacional Civil, ya lejana en el tiempo, se cree ver en el consorcio una manifestación más de las comunidades de derechos que se parangonan con "el condominio, la comunidad hereditaria, la sociedad conyugal entendida como régimen de comunidad entre cónyuges sobre los gananciales, etc."

Ya hemos descartado la personalidad del condominio pese a ser regulado por el régimen de las mayorías y con mayor razón debe desecharse la comunidad hereditaria como persona, puesto que en ella ni siquiera de decisión de la mayoría obliga a la minoría, tanto que las controversias debe resolverlas el juez (v. art. 3451 Código Civil). Y en cuanto a la sociedad conyugal, poco tiene que ver con el consorcio, ya que, ante todo, desborda la posibilidad de un análisis ceñido a lo patrimonial y además porque son los cónyuges individualmente los únicos titulares de los bienes (cosas o derechos) o sujetos pasivos de las deudas, razón por la cual se ha negado la calidad de sujeto concursal (7).

g) El consorcio como persona jurídica pero también como gestor

Tampoco nos resulta persuasivo que se sostenga que la teoría de la personalidad del consorcio implica "que los copropietarios no puedan

(6) Acerca de la clasificación de las distintas indivisiones, véase ALTERINI, Jorge Horacio, en: LLAMBIAS, Jorge Joaquín y ALTERINI, Jorge Horacio, "Código Civil Anotado", t. IV-A, Bs. As., 1981, ps. 569/571, en glosa al Art. 2715.

(7) Así, ver: Cámara Nacional en lo Comercial, sala C, 22-4-1997, "M., M. y M. M.", LA LEY, 1998-B, 885. En contraposición, se admitió que el consorcio podía ser declarado en quiebra siempre que se cite a los consorcistas, porque podrían quedar comprometidos por los efectos personales y patrimoniales de aquella (Ver, en los últimos años: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, 10-10-2003, LA LEY 2004-B, 982).

actuar individualmente persiguiendo el interés que tienen como condóminos" sobre las partes y cosas comunes. En efecto, no está en tela de juicio que no son propiedad del consorcio las partes y cosas comunes que referencia el art. 2º de la ley 13.512. Precisamente porque esas partes y cosas no le pertenecen al consorcio, no es discutible que cada uno de los consorcistas afectados esté legitimado individualmente para la defensa del derecho real que ostentan en cotitularidad con los otros consorcistas, como se lo ha reconocido en la jurisprudencia y en la doctrina (8). Y el hecho de que deba admitirse paralelamente la legitimación del consorcio con los mismos fines, es ajeno al tema de la propiedad sobre esas partes y cosas, pues si es admisible la acción por el consorcio, ello obedece a que el objeto de esta persona jurídica incluye también el gestionar la defensa de los bienes de los que los consorcistas son propietarios.

h) Visión utilitarista

Diffícilmente pueda desdeñarse aquí con seriedad una visión utilitarista pues, en este ámbito, en el que no están en juego concepciones éticas, ni ningún derecho fundamental de la persona, debe rescatarse el resultado más rico en provechos, a la manera que lo postularan sus más célebres expositores como Jeremy Bentham o John Stuart Mill (9). Esta idea, que hace mérito de la búsqueda de lo útil, es paralela a la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación acerca de que en la interpretación de la ley debe atenderse a la consideración de

(8) CNCivil, sala C, 24-8-1995, "Emefa S. A. c. Evans, Eduardo G.", con nota aprobatoria de Gabriela Alejandra VÁZQUEZ, "Las acciones reales y el iura novit curia", LA LEY, 1996-B, 445.

(9) Explica Stuart Mill que: "El credo que acepta la Utilidad o Principio de la Mayor Felicidad como fundamento de la felicidad, sostiene que las acciones son justas en la proporción con que tienden a promover la felicidad (...). La doctrina utilitarista establece que la felicidad es deseable, y que es la única cosa deseable como fin; todas las otras cosas son deseables sólo como medios para ese fin... la única evidencia que puede alegarse para mostrar que una cosa es deseable, es que la gente la desee de hecho" ("El utilitarismo", traducción de Ramón Castilla, en la publicación: "Sobre la libertad. El utilitarismo", Hyspamérica, Madrid, 1985, ps. 133 y sigtes.; las citas son de ps. 139 y 164). No nos parece aventurado argumentar en nuestra tema, con la mirada utilitarista, que si existiera algún resquicio de duda acerca de la personalidad del consorcio en el derecho vigente, la coincidencia generalizada sobre la conveniencia de que una reforma legislativa zanje la polémica y proclame esa personalidad, es decir, si esto es socialmente deseable, como solución "que la gente la desea de hecho", la conclusión afirmativa es inexorable.

sus eventuales consecuencias (Fallos 234: 482; 295: 1001; 310:267 y 464; 312:156, entre otros).

No subestimamos el valor de los razonamientos de la tesis que niega la personalidad del consorcio, pero si como mera hipótesis conceptual se admitiera que la fuerza de convicción de ambas orientaciones, la positiva y la negatoria, despertaran igual persuasión, motivaciones finalistas definirían la cuestión en favor de la postura que adoptamos, afirmativa de esa personalidad. Es que, ante dos interpretaciones posibles, el intérprete debe inclinarse en los aspectos nítidamente patrimoniales, por la que mejor satisfaga los resultados utilitarios y que capte con mayor ajuste las manifestaciones dinámicas del instituto.

No debe olvidarse que Ihering, para explicar la existencia de las personas jurídicas, arguyó que motivaciones pragmáticas eran las que, en su criterio, determinan que pese a ser los miembros aislados las únicas realidades concretas, es conveniente que los intereses comunes sean articulados a través del artificio de la persona ideal (10).

Según se enseña en la doctrina peruana: "...los autores franceses son quienes principalmente se muestran favorables a la concesión de subjetividad plena, apoyándose para ello en el agudo análisis de Saleilles, para quien los grupos de personas que todavía se muestran amorfos e inorgánicos no merecen atención especial por parte del Derecho, en cambio, cuando estos grupos se organizan a través de instituciones durables, y tienen una efectiva unidad de representación y decisión, entonces el Derecho se encuentra en la obligación de prestarles su reconocimiento" (11).

i) El Proyecto Teisaire

Un argumento no explorado se vincula con la influencia en el texto final de la ley 13.512 del Proyecto del Senador Alberto Teisaire. Según lo

(10) Véase: VON IHERING, R., "El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo", Traducción de Enrique Príncipes y Satorres, t. IV, Madrid, 1912, ps. 380/381. Allí se lee: "Los miembros aislados son los verdaderos destinatarios de la persona jurídica, pero consideraciones prácticas exigen, ciertamente, que los intereses comunes sean perseguidos no por los individuos aislados, sino por el conjunto de ellos representado por una unidad personal artificial".

(11) Ver: GONZALES BARRON, Gunther, "Curso de derechos reales", Jurista Editores, Lima, Perú, 2003, p. 815.

expresó el miembro informante del despacho de la Comisión de Legislación General, el Senador Antille, dicha Comisión tuvo especialmente en cuenta no sólo el Proyecto del Poder Ejecutivo sino también "el proyecto presentado por el señor Senador por la Capital" (12), enfatizando luego que dicho proyecto "hizo aportes serios al despacho que la Comisión trae a este cuerpo" (13).

Es evidente que el empleo del vocablo "consorcio" (art. 9º ley 13.512), que reemplazó al de "comunidad de propietarios" que utilizara el proyecto del Poder Ejecutivo, obedeció a la confesada gravitación del Proyecto Teisaire.

En ese proyecto se plasmó una vigorosa aceptación de la personalidad del consorcio, al que se lo concibió como de existencia obligatoria (art. 13 inc. a); se le confirió una representación legal expresada en una comisión administradora o en un administrador (art. 13 inc. b); se previó un síndico con funciones de contralor de la administración (art. 13 inc. c); se le asignó un domicilio (art. 13 inc. h) y un patrimonio (art. 13 inc. i y art. 15).

Es tan clara la configuración de la persona consorcio en el Proyecto Teisaire, que el art. 13 inc. g) alude a "las relaciones entre el consorcio y cada uno de los copartícipes" y el art. 15 se refiere a la existencia de "créditos a favor del consorcio" y al "privilegio del consorcio", idea que se reitera en el art. 17.

No creemos equivocarnos al captar en la ley 13.512 una subyacente clara definición coherente con la personalidad del consorcio que si bien, a diferencia del Proyecto Teisaire, no la proclamó explícitamente, al igual que su antecedente empleó el vocablo innovador de la legislación argentina y armó su estructura funcional apoyado en las palancas de su obvio representante legal, el administrador, y del órgano deliberativo, la asamblea, a la que nominó como "reunión de propietarios".

j) La doctrina de los simposios académicos

Es indiscutible que en la actualidad mantiene su clara primacía la tesis positiva, que asigna personalidad al consorcio (14), consenso muy

(12) Ver ED, 39-925.

(13) Ver ED, 39-928.

(14) Véase: ALTERINI, Jorge Horacio, "Responsabilidad de los consorcistas por deudas del consorcio (Enfoque dinámico de la personalidad del consorcio)", ED, 56-729 y

generalizado, que se ha reflejado en las declaraciones de los simposios más recientes. En este sentido se pronunció, de "lege data", el "XIII Congreso Nacional de Derecho Registral", celebrado en Mendoza (octubre de 2004): "El consorcio de propietarios de la Ley N° 13.512 de Propiedad Horizontal es persona jurídica privada, con ajuste a lo preceptuado por el art.33, segundo párrafo, apartado 2) del Código Civil. Como persona, el consorcio presenta los atributos inherentes a todas ellas: capacidad de derecho, nombre, domicilio y patrimonio" (15).

Las "IV Jornadas Rosarinas de Derecho Civil" (Septiembre, 2004), organizadas por el Instituto de Derecho Civil del Colegio de Abogados de Rosario, declararon que: "El consorcio de propietarios, mencionado en el artículo 9° de la ley 13.512, está dotado de personalidad, con capacidad restringida, como toda persona jurídica, a los fines de su objeto".

También las "XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil" (San Miguel de Tucumán, 1993), habían propiciado una manifestación expresa del derecho positivo, en aras de aventar disputas: "Se aconseja la consagración legislativa de la personalidad del consorcio en los términos del art.33 del Código Civil" (Comisión N° 4). En el mismo sentido, con anterioridad las "XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil" (San Carlos de Bariloche, 1989): "Es conveniente, por un principio de seguridad jurídica, que en una futura reforma de la legislación se consagre expresamente que el consorcio de copropietarios es persona jurídica".

sigtes.; CIFUENTES, Santos, su voto en "Torres, Aída N. y otra c. Consorcio de Propietarios Paraguay 4188 y otros", CNCivil, sala C, 29-5-1990, LA LEY, 1990-D, 461; MARIANI DE VIDAL, Marina, "Los derechos del consorcio de propietarios, ¿Sobre qué bienes pueden hacerse efectivos?", ED, 45-865; HIGHTON, Elena I., "Derechos reales", Vol. IV, p. 242 y sigtes., Buenos Aires, 1979; RACCIATTI, Hernán, "La propiedad por pisos o departamentos", Bs. As., 3ª ed., 1975, ps. 170 y sigtes.; PALMIERO, Andrés R., "Tratado de la propiedad horizontal", Bs. As., 1974, ps. 198 y sigtes.; BORDA, Guillermo, "Tratado de Derecho Civil. Derechos reales", t. I, p. 625; LLAMBIAS, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil. Parte general", t. II, ps. 33 y 34; MUSTO, Néstor J., "Derechos reales", Santa Fe, 1982, t. III, ps. 51 y 52; LAJE, Eduardo J., "La personalidad del consorcio de propietarios creado por la ley 13.512", LA LEY, 99-430; BENDERSKY, Mario J., "Propiedad horizontal", ps. 124 y sigtes., Buenos Aires, 1967, y "Las asambleas de propietarios en el régimen de propiedad horizontal", LA LEY, 92-868 y COSTANTINO, Juan A., "El administrador en el consorcio de la Propiedad Horizontal", 3ª ed. actualizada, Bs. As., 2005, ps. 42 y sigtes.

(15) El Despacho del "XIII Congreso Nacional de Derecho Registral" (Mendoza, 2004) recibió la única disidencia de la Dirección del Registro Público de la Provincia de Mendoza, en estos términos: "El Consorcio no es persona jurídica. De 'lege ferenda' propone la postura que admite la personalidad del consorcio (...)".

k) Un fallo plenario

En la jurisprudencia nacional, el desacuerdo fue dirimido en su ámbito por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en el fallo plenario N° 100, dictado en el expediente "Nogueira Seoane, José c. Consorcio de Propietarios Tucumán 1639", por sentencia del 2 de diciembre de 1965. Los jueces del Tribunal concluyeron por unanimidad y con remisión al dictamen del señor Procurador General del Trabajo Dr. Víctor A. Sureda Graells que hicieron suyo, en que: "El consorcio de propietarios instituido por la ley 13.512, tiene personalidad jurídica distinta de cada uno de sus componentes". En otra oportunidad, se ha advertido que éste ha sido uno de los aportes de la disciplina laboral al derecho civil (16).

No podemos soslayar un argumento punzante que contiene esta clásica sentencia plenaria, que con elogiada sinceridad confiesa en las expresiones iniciales: "En rigor de verdad el motivo por el cual se ha dispuesto la presente convocatoria se origina en una cuestión meramente procesal (...) por cuanto si al 'consorcio de propietarios' se le atribuye una personalidad distinta a la de sus integrantes, no cabe duda que cualquier acción debe ser intentada contra dicho ente por intermedio de su representante legal, lo que no podría hacerse si se le negara al 'consorcio' el carácter de sujeto de derecho, en cuyo supuesto la demanda debe intentarse contra cada uno de sus componentes".

l) Los Proyectos de reforma

El Proyecto de Código Civil de 1998 afirma expresamente en su art. 1979: "Persona jurídica. El conjunto de los propietarios de las unidades funcionales o el único propietario de todas ellas, constituye la persona jurídica consorcio. Tiene su domicilio en el inmueble. Sus órganos son la asamblea, el consejo de propietarios, si lo hay, y el administrador". En esa dirección se expidieron los proyectos de reforma del derecho privado elaborados en las últimas tres décadas. Así, el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Comisión Federal, que tuvo media sanción en 1993, cuyo art. 3115 expresó: "El conjunto de los propietarios de las unidades funcionales o el único propietario de todas ellas constituye el consorcio; es persona jurídica de conformidad con el

(16) VÁZQUEZ, Gabriela Alejandra, "El regreso al derecho civil para la protección del trabajador", Educa, Buenos Aires, 2004, p. 58.

inciso 2 de la segunda parte del artículo 33...". También el Proyecto de Reforma de la Ley 13.512, que tuvo media sanción de la Honorable Cámara de Diputados en 1992, se manifestó en términos paralelos.

II. La capacidad de derecho del consorcio de la propiedad horizontal para adquirir bienes para sí. Patrimonio. Mayoría requerida.

a) Principio de especialidad como marco de la capacidad de derecho.

La capacidad de derecho del consorcio, como la de todas las personas jurídicas, debe ajustarse al *principio de especialidad*, o sea que están condicionadas, en los términos del art. 35 del Código Civil por "los fines de su institución" (17).

Y aunque la directriz de la especialidad no debe ser soslayada, tampoco debe presentarse como un vallado de máxima estrictez. En este tema Ferrara ilumina los caminos cuando aprecia que en su derecho las personas jurídicas tienen en el comercio jurídico: "una elasticidad de movimiento que las asemeja a otros sujetos. El fin es, ciertamente, el motor interno que encauza su actividad, pero no es la medida de la personalidad, no es un círculo cerrado en que su vida se agote y fuera del cual se desvanezcan como sombras" (18).

La mayor o menor amplitud de las facultades que ostente el ente no interfiere en la plenitud de su personalidad. Con lenguaje contundente dice Llambías: "La personalidad no es, por su misma sustantividad, propiedad que se pueda detentar de manera disminuida. Lo que se puede tener en más o en menos es la capacidad, pero no la personalidad que hace a la existencia misma del sujeto y, desde este punto de vista, se es o no persona del derecho, pues es inconcebible que exista una categoría de semisujetos" (19).

(17) El art. 35 del Código Civil dispone: "Las personas jurídicas pueden, para los fines de su institución, adquirir los derechos que este Código establece, y ejercer los actos que no le sean prohibidos, por el ministerio de los representantes que sus leyes o estatutos les hubiesen constituido".

(18) FERRARA, Francisco, "Teoría de las personas jurídicas", traducción de la segunda edición italiana por Eduardo Ovejero y Maury, Editorial Reus, Madrid, 1929, p. 780.

(19) LLAMBIAS, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil. Parte general", t. II, núm. 1087, 3ª edición, Bs. As., 1967, p. 32.

Importa una inadmisibile confusión reconocer el carácter de persona del consorcio y al mismo tiempo postular que ostenta una personalidad limitada. Con esa mirada todas las personas jurídicas tendrían personalidad limitada, pues deben desenvolverse dentro de los fines propios de su objeto. Y qué decir de las personas humanas sobre las que pese alguna incapacidad jurídica, por ejemplo la de magistrados o abogados impedidos de adquirir, aunque sea en remate público, "bienes que tuviesen litigio ante el juzgado o tribunal ante el cual ejerciesen, o hubiesen ejercido su respectivo ministerio" (art. 1361 del Código Civil). A nadie podría ocurrírsele seriamente que el juez o el abogado gozan de una personalidad limitada, ya que la cortapisa se traduce en prohibiciones para ciertos actos, sin mella alguna a la existencia de su personalidad completa.

La persona humana por su condición de tal y la persona de existencia ideal o jurídica por atribución legal, tienen aptitud para adquirir derechos o contraer obligaciones. Por eso es característico de toda persona estar dotada de esa aptitud, por su propia naturaleza o por investidura normativa.

Estamos siempre en el terreno de la capacidad o incapacidad jurídica o de derecho que importa un atributo esencial de toda persona.

Por el contrario, la capacidad de obrar o de hecho puede estar ausente sin menoscabar la plenitud de la personalidad. Así, entre las personas humanas, son incapaces absolutas de hecho, ante todo, las personas por nacer y también los menores impúberes, los dementes y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito (Ver art. 54 del Código Civil). Son también incapaces absolutas de hecho, en sentido figurado, todas las personas jurídicas.

Todos los incapaces absolutos de hecho, o sea algunas personas humanas y la totalidad de las jurídicas, no pueden expresarse sino a través de sus representantes y, como vimos, tal representación, de origen legal, es consustancial a las personas jurídicas totalmente impotentes por sí mismas para ejercitar sus facultades.

b) Los fines del consorcio.

Como hemos expresado en el punto anterior, para conceptuar la capacidad de derecho de una persona de existencia ideal, deben definirse

previamente cuáles son sus "fines". Recuérdese la vigencia del ya referido *principio de especialidad* que regla a las personas jurídicas pues, como dice Videla Escalada "...todas ellas tienen su aptitud limitada por los fines para los cuales fueron creadas" (20).

En el caso del consorcio de la ley 13.512, como se trata de un ente gestado por imperativo legal, que principia su vida jurídica al nacer el derecho de propiedad horizontal, debe buscarse en esa normativa la causa fin de su existencia. Es que el reglamento de propiedad y administración, de naturaleza contractual y fruto de la autonomía de la voluntad de los propietarios, no podría atribuirle al consorcio facultades que exorbiten el diseño legal de esa personalidad, máxime en una materia en la que es regla el orden público, proyectado a través de normas estatutarias no susceptibles de derogación por acuerdo de los particulares.

Para aproximarnos al nudo gordiano, podríamos principiar la comprensión de los fines institucionales del consorcio, destacando que todo el abanico de funciones que le asigna la ley 13.512 está orientado a satisfacer el *interés común* del conjunto de los propietarios el que, como ya lo resaltamos, puede llegar a contraponerse incluso al interés individual de alguno de sus integrantes. Precisamente, el propósito de perseguir objetivos comunes para alcanzar el bien común propio del consorcio denota la existencia de una persona jurídica (21).

Esta idea inicial subyace en varios pasajes de la ley. Así, ésta alude al "beneficio común" en el art. 2º inc. e "in fine"; al "aprovechamiento común" en el art. 9º inc. a) y al "interés común" en el primer párrafo del art. 10.

Con esa impronta central, podría postularse que el consorcio fue ideado sustancialmente para realizar actos enderezados hacia el interés común, finalidad que se traduce en la búsqueda de "seguridad", "salubridad", "comodidad" y optimización y racionalización de los recursos y los gastos que requiere el desarrollo de la vida consorcial (arg. arts. 8º primero y segundo párrafos y 9º inc. a de la ley 13.512). Estas metas, que

(20) VIDELA ESCALADA, Federico N., "Las sociedades civiles", Bs. As., 1962, p. 35, en nº 36.

(21) Ver VIDELA ESCALADA, op. cit. en nota anterior, ps. 76 y 93 "in principium".

corporizan la utilidad común, son la vara con la que deben apreciarse los alcances de la aptitud jurídica del ente.

c) Optimización y racionalización de los recursos y los gastos

Queremos detenernos en la que llamamos optimización y racionalización de los recursos y los gastos porque la temática de la capacidad jurídica del consorcio para adquirir bienes para sí tiene su más ajustado perfil en este ámbito conceptual.

De acuerdo a la ley 13.512, le compete al consorcio, a través del administrador, la *recaudación* de los fondos que deben proveer los propietarios en concepto de las denominadas "expensas".

Los créditos por expensas serán recaudados por el consorcio para satisfacer múltiples fines. Así, verbigracia, para atender los gastos regulares de la vida consorcial; para ahorrar o previsionar gastos futuros (fondo de reserva); para afrontar gastos extraordinarios; para aplicar a las innovaciones tendientes al mejoramiento de los bienes comunes a fin de lograr un uso y goce más cómodo o para obtener una mayor renta.

Esos fondos dinerarios, al ser solventados por el propietario, salen de su patrimonio e ingresan al patrimonio del consorcio. Una consecuencia de esa emigración patrimonial está dada por el hecho de que percibidos los fondos por el administrador y aun antes de ser aplicados a un gasto o al fondo de reserva de la comunidad, no podrían ser agredidos por los acreedores particulares del consorcista. Pero nadie podría discutir seriamente que los acreedores del consorcio podrían cobrarse directamente a través de la ejecución del fondo de reserva o también de los créditos en concepto de expensas, los percibidos o los devengados todavía insolutos.

El consorcio es quien gestiona ese patrimonio y ejerce su titularidad en el interés de esa comunidad de propietarios, sin perjuicio de tener también a su cargo la administración de las partes, cosas y bienes sobre los cuales los consorcistas ejercitan la copropiedad indivisa.

En cumplimiento de los "fines de su institución", para emplear los términos del art. 35 del Código Civil, no es discutible que el consorcio, por medio de su representante, está facultado para emplear los fondos

recaudados aplicándolos a los gastos que requiera la conservación de las partes y cosas comunes en buen estado y en condiciones de seguridad, comodidad y decoro (arg. arts. 8º primer párrafo y 9 inc. a) o el mejoramiento de éstas, a fin de lograr un uso y goce más cómodo o una mayor renta (art. 8º primer párrafo).

d) Caracterización de la personalidad del consorcio

Nos parece útil el intento de concretar una noción conceptual acerca de la *especialidad* de este tipo de persona jurídica, a la manera de cómo lo hace el art. 1º de la ley 19.550 para las sociedades comerciales, el art. 1º de la ley 19836 para las fundaciones; el art. 2º de la ley 20.321 para las asociaciones mutuales o el art. 2º de la ley 20.337 para las cooperativas.

En este camino aseveramos que el consorcio *es la persona jurídica conformada por los distintos propietarios de un inmueble afectado a la propiedad horizontal, que tiene por finalidad recaudar los distintos créditos de los que es titular, gestionar el patrimonio afectado al interés comunitario en la administración de los bienes comunes y, en general, realizar todos los actos que procuren la seguridad, salubridad y comodidad en el uso y goce del inmueble respectivo u optimicen y racionalicen los recursos y gastos de la comunidad.*

e) Adquisición de bienes para sí

Desde la *especialidad* delineada, nos interrogamos, si es posible captar en el consorcio de la propiedad horizontal una capacidad jurídica que se extienda a la facultad de adquirir bienes para sí, con los recursos que integran su patrimonio diferenciado.

Creemos que la respuesta debe ser afirmativa; no sólo por no existir un obstáculo legal que se le oponga, sino porque la formulación positiva encuentra sustento tanto en el espíritu de la ley 13.512 como en su propio texto rectamente interpretado. No debe silenciarse que la ley 13.512, en su art. 8º, reconoce la posibilidad de que se aspire a fines rentísticos ("mayor renta") en materia de actividades que involucran al conjunto de los propietarios. Con este miraje, al trazar el requisito de la especialidad en lo atinente al consorcio de propietarios, aludimos a que abarcaba a los actos enderezados a *optimizar y racionalizar los recursos y gastos de la comunidad*. No es difícil imaginar que la adquisi-

ción de una unidad para el consorcio responda a la necesidad o conveniencia de obtener una utilidad pecuniaria o de otro orden que tenga entidad como para disminuir las erogaciones a cargo de los propietarios o mejore las alternativas del uso y goce a que tienen derecho.

e) La capacidad como regla

Siempre la regla es la capacidad de la persona, tanto humana como jurídica, y las limitaciones a la capacidad, sea ésta de hecho o de derecho, son de interpretación estricta. Como lo apuntara Risolía: "Si la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción, va de suyo que pueden contratar todos aquellos a quienes la ley no se los prohíbe expresamente... No obstante que nuestro art. 1160 se refiere concretamente a quienes 'no pueden contratar' parece indudable que da por admitida, a contrario, la capacidad de todas las personas" (22).

Así lo ha puesto de relieve la doctrina jurisprudencial, afirmando que la regla general es que, por principio, la persona tiene capacidad para ser titular de todos los derechos y para ejercerlos; que las incapacidades y limitaciones al libre ejercicio de la voluntad deben estar señaladas por el ordenamiento jurídico (arts. 19, Constitución Nacional y 53 y 62 Cód. Civil) y que no pueden extenderse por analogía los impedimentos o restricciones de la capacidad (CS, 6/11/1980, "S. y D., C. G.", LA LEY, 1981-A, 401, del voto de los doctores Frías y Guastavino).

Como expresara Borda: "las incapacidades de derecho... a) Son excepcionales. La regla no puede ser sino la capacidad... b) Obedecen siempre a una causa grave. Sólo por un motivo muy serio puede privarse a las personas de su capacidad de derecho; es necesario que medie siempre un interés superior o una razón de moral y buenas costumbres. De ahí que, en principio, las incapacidades de derecho sean de orden público" (23).

f) Suerte de la tesis expuesta

El Proyecto de Código Civil de 1998 se pronunció expresamente a favor la tesis amplia que profesamos, haciéndolo literalmente respecto

(22) RISOLIA, Marco Aurelio, "Capacidad y contrato", Bs. As., 1959, p. 27 y su nota 9.

(23) BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil. Parte General", 11ª edición actualizada, Bs. As., 1996, tomo I, p. 394, § 457.

de la adquisición de las unidades funcionales. Su art. 1980 dice: "Patrimonio. El patrimonio del consorcio se integra con el fondo de reserva, otras recaudaciones, los créditos contra los consortes o terceros, las *unidades funcionales que se le asignen o adquiera en el inmueble, y en general las cosas y bienes afectados en su beneficio dentro de los fines que justifican su existencia*".

Estas ideas inspiraron las conclusiones del Tema I en el "XIII Congreso Nacional de Derecho Registral" (Mendoza, 2004), en cuya declaración n° 2 se lee: "Capacidad. Titularidad originaria o adquisición posterior de unidades. Como en toda persona jurídica, el principio de especialidad (Art.35 Código Civil) determina que la capacidad de derecho del consorcio se encuentra limitada 'a los fines de su institución'. El consorcio tiene capacidad para ser titular de unidades dentro del inmueble afectado al sistema de Propiedad Horizontal" (24).

Hacia la buena doctrina se orientó el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires quien, coherentemente con la aceptación de la personalidad del consorcio, admite que se proceda "a la toma de razón de inmuebles del consorcio, siempre que dichos actos respondan a la satisfacción de las necesidades de la institución para el cumplimiento, uso y defensa de los intereses comunes, es decir, siempre dentro de los fines que justifican la existencia del consorcio; esos fines serán calificados por el Escribano y/o el Juez, dejándose debida constancia en la escritura y/o testimonio judicial respectivo" (25).

(24) Se registraron únicamente dos disidencias. "Disidencia del Escribano Radkievich: La capacidad sólo se limita a los actos de administración. Disidencia de la Doctora Vinassa: De conformidad a lo prescripto por los arts. 9° inc. a, 2, 10 y 11 de la Ley de PH, el consorcio de propietarios no está legitimado para ser titular de una unidad funcional, independientemente de cual sea su destino. Si bien le reconoce capacidad para los actos de administración. Se puede ver la fundamentación de la postura negativa en: VINASSA, Liliana María, "¿Es posible la adquisición de una unidad por el consorcio en la subasta judicial?. Problemática de derecho privado y registral", Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2002-2, p. 373 y sigtes.

(25) Ver CUNEO, María Martha, "La personalidad del consorcio en el Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires", en "Ponencias del XIII Congreso Nacional de Derecho Registral", Mendoza, 2004, ps. 43 y sigtes., la cita es de ps. 46/47. La autora resalta que: "El Registro se enrola de esta manera, en los lineamientos del Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado..." (p. 47).

g) Alcances de la capacidad de adquirir bienes

Admitida la legitimación del consorcio para adquirir unidades funcionales, es indiferente que lo sea por actos entre vivos (venta, permuta, donación, etc.), por actos de última voluntad (institución hereditaria, legado), también por prescripción adquisitiva decenal o veintena o incluso mediando enajenaciones forzosas, como en la subasta (judicial).

Sin embargo, creemos que esa capacidad jurídica del consorcio para adquirir bienes se ciñe, en lo que atañe a los inmuebles, a las unidades funcionales que forman parte del edificio o complejo inmobiliario afectado a la ley 13.512 sobre el que se asienta su personalidad, y que no se extiende a fincas que, pese a ser contiguas, no integran el sistema de propiedad horizontal que le concedió su calidad de sujeto de derecho. Es decir, la capacidad del consorcio para ser propietario de inmuebles se circunscribe, en nuestra opinión, a las unidades funcionales que lo conforman y que son el basamento de su calidad de ente ideal. Hacemos esta afirmación, porque el art. 1° de la Ley 13.512, al delinear el objeto de la propiedad horizontal, se refiere en dos oportunidades al "edificio". Ante la referencia expresa al "edificio" no se puede dudar en cuanto a que sólo el o los edificios afectados a la propiedad horizontal pueden ser sustrato material del derecho real y, desde esta perspectiva, el ámbito de acción del consorcio respectivo no podría superar ese límite objetivo, sin desmedro de las facetas estructurales de la figura que, dada su naturaleza de derecho real, está signada por la directriz del orden público que determina el "numerus clausus" (art.2502 Cód. Civ.).

Queremos significar que la estela de actuación del consorcio queda circunscripta al perímetro físico hasta donde se extiende el asiento del emplazamiento inmobiliario sometido al régimen horizontal, contorno que conforma un vallado insuperable para el ejercicio de su capacidad adquisitiva.

h) Mayoría absoluta

En lo que atañe a la mayoría necesaria para que la asamblea decida la adquisición de una unidad funcional, es decir, cuando no se trata de una asignación dispuesta en el reglamento, hemos propugnado en el debate que precedió a la declaración del Tema I del XIII Congreso Nacional de Derecho Registral (Mendoza, 2004) que es suficiente, en todos

los casos, la mayoría absoluta de los propietarios. No dudamos que el supuesto tratado encuadra sin esfuerzos en el concepto de innovaciones dispuestas en mira de obtener el mejoramiento del uso, el goce más cómodo o la mayor renta, a los que alude el art. 8° de la ley 13.512 y corresponde aplicar la regla general impuesta por su art. 10 para los asuntos de interés común. Esta ha sido la opinión que la mayoría vertió en el simposio al que acabamos de aludir: "La adquisición de la unidad por parte del consorcio se debe realizar con la previa aprobación en asamblea, por el voto de la mayoría absoluta del conjunto de los propietarios, salvo que el reglamento prevea una mayoría superior (arts. 8° y 10, Ley 13.512)" (26).

No compartimos la tesis que, con argumento en el art. 14 de la ley 13.512, cree necesaria la decisión unánime de los propietarios (27). En contraposición, coincidimos con la postulación de los Profesores rosarinos Cossari y Luverá (28), en el sentido de que la situación fáctica que plantea la adquisición de unidades funcionales por parte del consorcio no es parangonable con la de aquella preceptiva, en tanto impone el consentimiento de todos los propietarios para la hipoteca del terreno común. Es que la adquisición de unidades funcionales por parte del ente consorcial no genera compromiso individual para el derecho patrimonial del comunero. Y por cierto, siempre estará habilitado, para la minoría disconforme, el camino interdictal del art. 8° párrafo tercero de la ley 13.512.

(26) Hubo una sola disidencia, la de la representación del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires: "1) Supuesto de adquisición por compensación en el propio edificio de unidades en subasta: no es necesario mayoría alguna por ser el consorcio titular del crédito reconocido judicialmente; 2) Supuesto de adquisición de inmuebles linderos o unidades dentro del edificio: es necesaria la decisión en asamblea con unanimidad o la mayoría que establezca el reglamento". El Colegio de Escribanos de Córdoba adhirió exclusivamente al punto 2 de la disidencia.

(27) Ha sido sostenida por las Profesoras Marina MARIANI DE VIDAL y Adriana ABELLA en: "Propiedad horizontal. El consorcio dueño de unidades funcionales", ED, 208-1022 a 1032, en especial la p. 1031, en nota 42. También fue postulada por la representación del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires en el "XIII Congreso Nacional de Derecho registral" (Mendoza, 2004), con excepción de los supuestos de adquisición por subasta y, para todos los casos, por la representación del Colegio de Escribanos de Córdoba en el mismo simposio (Ver la nota anterior).

(28) Ver: COSSARI, Nelson G. A. y LUVERA, Miguel Angel, "El consorcio de propietarios: su aptitud para ser titular de unidades funcionales", LA LEY, 2005, A, 973 y sigtes.

Y si alguna duda cupiere, no debería soslayarse que la interpretación que afirma la exigencia de la unanimidad tornaría prácticamente imposible, en los hechos, que el consorcio ejerciera esta facultad jurídica que, como hemos tratado de exhibir, se presenta claramente acorde con la especialidad que caracteriza a esta persona de existencia ideal (art. 35 Cód. Civ.). Y también aquí, la directriz de la libertad debería guiar la respuesta por un discurrir que facilite el ejercicio de los derechos, desechándose reparos que no parecen hallar aval normativo definido.

III. Antecedentes en el derecho comparado

El art. 14 de la ley francesa n° 65-577 del 10 de julio de 1965 sobre el Estatuto de la Copropiedad reconoce una figura paralela a la de nuestro consorcio y le adjudica personalidad, al decir: "La colectividad de los copropietarios está constituida en un sindicato que tiene la personalidad civil".

Si bien la ley primitiva del 28 de junio 1938 no se pronunció explícitamente sobre la personalidad del "Syndicat", la doctrina y jurisprudencia muy dominantes no se detuvieron ante la ausencia de mensaje legal expreso e infirieron que ese régimen legal suponía que el sindicato estaba dotado de personalidad (29). En sintonía con la afirmación de la personalidad del sindicato, sucedáneo de nuestro consorcio, el art. 16 de la ley de 1965 lo faculta para "adquirir por sí mismo, a título oneroso o gratuito, partes privativas sin que ellas pierdan por consecuencia su carácter privativo". En el debate parlamentario que derivó en la ley de 1965 se sostuvo que como consecuencia de la personalidad civil del sindicato era preciso que pudiera adquirir por sí mismo partes privativas (30).

En la legislación brasileña, la propiedad horizontal está regulada en los arts. 1331 a 1358 del Nuevo Código Civil de 2002 (31), bajo la denominación de "Condominio Edilicio". Esa preceptiva, al igual que la ley ar-

(29) Ver GIVORD, François y GIVERDON, Claude, "La copropriété", Librairie Dalloz, Paris, 1968, ps. 227 a 228, en § 303.

(30) Ver ZURFLUH, Albert y TRAZET FROT, Thérèse, "Le statute de la copropriété", Editions Sirey, Paris, 1968, p. 206, en § 206.

(31) Hasta la vigencia del nuevo Código Civil brasileño, la propiedad horizontal estuvo regulada por el Título I de la Ley 4591/64.

gentina 13.512, no se manifiesta expresamente acerca de la personalidad de la comunidad de condóminos y la doctrina de ese país reprocha que el nuevo texto normativo "haya perdido la oportunidad para reconocer la personalidad jurídica de este condominio como equiparada a la de la persona jurídica" (32). En esa línea argumental, se aduce también que el derecho positivo no puede ignorar realidades, que en el mundo negocial el condominio funciona como si fuera una persona jurídica dentro de su ámbito de actuación, ya que compra, vende, es empleadora y procesalmente es tratado como persona jurídica, atribuyéndosele al síndico la representación en juicio. Por tanto, se asevera que las discusiones sobre la personalidad del condominio se presentan como "descabelladas, estériles y recalcitrantes" y que negarla tiene "consecuencias prácticas a veces desastrosas para los interesados" (33).

Con razonamiento coherente con la tesis afirmativa de la personalidad consorcial, el intérprete enfatiza: "Nada impide, por ejemplo, que el condominio sea propietario de unidades autónomas, locales en el terreno o garages, por ejemplo, que alquile y genera renta para la comunidad (...) Atenta contra la realidad del ordenamiento el registro inmobiliario que, por ejemplo, se rehúsa a inscribir unidades autónomas a nombre del condominio (...) Nada impide que la comunidad condonial decida ser propietaria, por ejemplo, de locales, estacionamiento o cocheras de garage en el edificio, explotándolos comercialmente y con ello reduciendo las expensas condominiales de los titulares de las unidades autónomas. Nunca se negó, por ejemplo, la posibilidad del condominio de deliberar y decidir alquilar una dependencia suya para restaurante u otra finalidad mercantil" (34).

Bolivia regula este derecho real en el Libro Segundo, Título III, Capítulo IV, Sección III ("De la Propiedad Horizontal") del Código Civil, abarcando los arts. 184 a 200. No hay ningún texto que reconozca la personalidad jurídica al conjunto de los copropietarios.

Chile, en una ley de la última década, aborda la llamada "Coproiedad Inmobiliaria". Se trata de la ley n° 19.537 de 1997, que indudable-

(32) DE SALVO VENOSA, Sílvio, "Direito Civil", tomo V, Direitos Reais", 4ª edición, Ed. Atlas, San Pablo, 2004, ps. 317 y 318. Este autor sostiene que el condominio edilicio posee lo que él denomina "personalidad anómala".

(33) DE SALVO VENOSA, Sílvio, op. cit., p. 318.

(34) DE SALVO VENOSA, Sílvio, op. y loc. cit., en nota anterior.

mente otorga a esos condominios la calidad de personas jurídicas y por ello su reglamentación (Decreto 46 del 31/3/1998) prevé que: "El administrador o el Comité de Administración deberá abrir una cuenta corriente bancaria o una cuenta de ahorro, exclusiva, a nombre del condominio, registrando el nombre de la o de las personas designadas por la asamblea de copropietarios como habilitadas para girar en ella".

En España la propiedad horizontal está definida en sus rasgos generales por el art. 396 del Cód. Civ., texto según la ley 8 de 1999 y estructurada en particular por una ley especial sobre Propiedad Horizontal, la N° 49 de 1960, que sustituyera a una anterior de 1939. Ni la ley de 1939 ni la de 1960 reconocieron expresamente personalidad jurídica a la comunidad de propietarios y la doctrina autoral y la jurisprudencial vacilan al respecto incluso con desarrollos contradictorios con los puntos de partida que parecen sustentarlos. Acaso tal ambigüedad responda no tanto al temor confesado en el dictamen de la Comisión de Justicia, acerca de que el reconocimiento de la personalidad "pareció un principio demasiado radical", sino más bien a que, como también se lo dijo al rechazarse una enmienda que proponía tal reconocimiento, que ello "extrema la nota de personalidad jurídica, que en punto a su actuación ya está suficientemente afirmada" (35). Sorprende que se admita que, en cuanto a su actuación, la personalidad jurídica estaba suficientemente afirmada y se evite puntualizarlo de manera inequívoca.

No se olvide que el art. 13 de la Ley de Propiedad Horizontal española comienza diciendo: "1. Los órganos de gobierno de la comunidad son los siguientes: a) La Junta de propietarios. b) El Presidente y, en su caso, los Vicepresidentes. c) El Secretario. d) El Administrador. En los estatutos, o por acuerdo mayoritario de la Junta de propietarios, podrán establecerse otros órganos de gobierno de la comunidad...". La circunstan-

(35) Ver GONZALEZ CARRASCO, María del Carmen, en BERCOVITZ RODRIGUEZ - CANO, Rodrigo (Coordinador), "Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal", Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 360 y nota 14 de la misma página, en glosa al art. 13. La misma autora, en la página anterior y en sus notas 11 a 13, recordó que algún sector de la doctrina ha afirmado que la comunidad de propietarios es un sujeto de derecho en tanto y en cuanto actúe dentro del campo del derecho que le es propio (Pérez Pascual) o, al menos, un ente con una "subjetividad limitada o parcial" (De la Oliva Santos, Montés Penadés, Rivero Hernández), tesis esta última que considera mayoritaria. También indica como reivindicadores de la dotación de personalidad jurídica propia a la organización comunitaria, dentro de los fines que le son propios, nuevamente a Rivero Hernández y a López Frías.

cia de que la ley hispana acuda con tanta convicción al vocablo “órgano” permite inducir la existencia de una persona jurídica, pues la idea de órgano es regularmente connatural a ella. Como leemos en una obra clásica de Francisco Ferrara, Maestro italiano siempre vigente: “Como la persona física sólo puede manifestar su actividad por la cooperación de órganos corporales, así la persona colectiva expresa su voluntad y la realiza por medio de órganos. No se trata aquí de una relación de representación, sino de la voluntad y acción del órgano y actuación de la vida de la personalidad inmanente al ente común; es la misma persona colectiva la que quiere por su órgano” (36).

Sin embargo, se acepta que: “la normativa de 1960, en el desarrollo de esa propiedad, se acerca más a un modelo asociativo o societario (establecimiento de órganos; delimitación de sus competencias; formalidades para tomar acuerdos; régimen de impugnación de los mismos)” (37). En el mismo sentido, se observa que: “Existe actualmente una tendencia a aproximar la Comunidad de propietarios a la persona jurídica...” (38).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo Español genera perplejidad a quien procura interpretarla fuera de las fronteras del reino ibérico. Así, la sentencia del 22 de octubre de 1993 refiere que: “La Ley de propiedad horizontal (...) instauró la figura del presidente, a quien, a pesar de no ser la comunidad persona jurídica, le atribuye la representación y defensa de los intereses comunes” (39). En fecha más cercana dijo: “El que la comunidad de propietarios que regula la Ley 49/1960 carezca de personalidad jurídica (Sentencia de 24 de diciembre de 1986, entre otras muchas) no impide reconocerle capacidad para ser parte en el proceso (como resulta hoy del artículo 6.1.5º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil) ni, en general, que ostente la condición de centro de imputación de ciertas consecuencias jurídicas, como realidad unitaria, con derechos e intereses que ejercitar y, en su caso, que defen-

(36) FERRARA, Francisco, op. cit., p. 190.

(37) DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio, “Sistema de Derecho Civil”, Vol. III “Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario registral”, Ed. Tecnos, 7ª ed., 4ª reimpresión, Madrid, 2004, p. 210.

(38) VENTURA – TRAVESET, Antonio, “Derecho de Propiedad Horizontal”, Editorial Bosch, 6ª edición, Barcelona, 2000, p. 463, en nº 1458.

(39) Cit. Por VENTURA – TRAVESET, op. cit., p. 464, en parágrafo 1459.

der, por medio de su *órgano* de representación (artículos 12 y 13 de la Ley 49/1960, 13 y 14 en la redacción dada por la Ley 8/1999, de 6 de abril)” (TS, resolución 294/2004, del 21 de abril de 2004). Se hace difícil compatibilizar la supuesta inexistencia de personalidad de la comunidad de propietarios con la confesada condición de centro de imputación de consecuencias jurídicas, con el reconocimiento de derechos e intereses propios y con la consagración de “órganos” que expresan a la comunidad (Ver art. 13 de la ley 49/60). Creemos que la personalidad de la comunidad de propietarios quedó perfilada de manera más acentuada con la reforma de la ley de 1999 (Ley 8/99). El nuevo art.22 añadido al texto originario de la ley 49/1960, dispone en su parte inicial: “La comunidad de propietarios responderá de sus deudas frente a terceros con todos los fondos y créditos a su favor” (40). La norma vigente exterioriza la presencia de un patrimonio de la comunidad, integrado al menos “con todos los fondos y créditos a su favor” y de tal modo muestra la existencia de la persona jurídica “comunidad de propietarios”.

La ausencia de personalidad ha hecho decir a la doctrina que en el derecho español: “La falta de subjetividad no permite en nuestro Derecho que la acreditación de una decisión corporativa sea suficiente a efectos de adquirir inmuebles en nombre de la comunidad” (41).

El Código Civil de Portugal, que regla la propiedad horizontal en los arts.1414 a 1438, no se pronuncia explícitamente sobre la temática, pero parece inclinarse hacia el reconocimiento de la personalidad, ya que el apartado 2 de su art.1419, texto según la ley 267/94, se refiere al administrador como representante del “condominio” y en el art.1436 se alude a la representación del “conjunto de los condóminos”.

(40) Ver “Ley de Reforma sobre Propiedad Horizontal. Trabajos Parlamentarios”, Cortes Generales, Departamento de Publicaciones, Madrid, 2000, p. 243.

(41) GONZALEZ CARRASCO, María del Carmen, en: BERCOVITZ RODRIGUEZ – CANO, Rodrigo (Coordinador), “Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 361, en comentario al art. 13. La autora refiere que el registro inmobiliario negó la inscripción de una parte privativa a nombre de la comunidad y propone como solución posible, la que pensamos que es una alternativa disvaliosa, de que medie “una modificación estatutaria que permita la afectación del elemento privativo a los elementos comunes, con la consiguiente redistribución de cuotas originada por la reducción del número de elementos privativos” (op. y loc. cit.). Ver también las reflexiones de FUENTES LOJO, Juan Ventura en “La Ley de Propiedad Horizontal después de la reforma de 6 de abril de 1999”, José María Bosch editor, Barcelona, 2000, tomo I, ps. 427/428.

La legislación panameña es contundente. El art. 42 de la Ley N° 13 sobre "Régimen de Propiedad Horizontal o Propiedad de Unidades Departamentales", según texto de la ley 39 de 2002, dispone en su primer párrafo: "Para los efectos de los inmuebles sujetos al Régimen de Propiedad Horizontal y su administración, *se confiere personalidad jurídica a la Asamblea de Propietarios* de cada edificio sujeto a este régimen". Por otra parte, en el art. 43 se regla que "El representante legal de la Asamblea de Propietarios será el presidente". Se trata del presidente de la Junta Directiva, cuyas facultades están enunciadas en el Capítulo IV "Administrador" del Título I de la ley.

También es categórica la ley de Colombia N° 675 de 2001, que dejó sin efecto el régimen anterior de la ley 182 de 1948 (42). Su art. 32, bajo el título "Objeto de la persona jurídica", reza: "La propiedad horizontal, una vez constituida legalmente, da origen a una *persona jurídica* conformada por los propietarios de los bienes de dominio particular. Su objeto será administrar correcta y eficazmente los bienes y servicios comunes, manejar los asuntos de interés común de los propietarios de bienes privados y cumplir y hacer cumplir la Ley y el reglamento de propiedad horizontal". Y en el art. 34 "Recursos patrimoniales", se dispone: "Los recursos patrimoniales de la persona jurídica estarán conformados por los ingresos provenientes de las expensas comunes ordinarias y extraordinarias, multas, intereses, fondo de imprevistos, y demás bienes e ingresos que adquiera o reciba a cualquier título para el cumplimiento de su objeto".

En el derecho latinoamericano es igualmente destacable la Ley de Condominios de Puerto Rico N° 103 de 2003. En su art. 38 se lee: "El Consejo de Titulares tendrá *personalidad jurídica propia* y de sus obligaciones frente a terceros responderán los titulares de forma subsidiaria y sólo con su apartamento. El Consejo de Titulares no podrá asumir la forma corporativa o de sociedad".

IV. Algunas conclusiones

1° En el derecho vigente, el consorcio de la propiedad horizontal es persona jurídica. La utilidad y hasta la necesidad de reconocerle perso-

(42) El art. 11 de esa ley disponía que "los propietarios de los diversos pisos o departamentos en que se divide un edificio podrán constituir una sociedad que tenga a su cargo la administración del mismo".

nalidad al consorcio radica en la perdurabilidad de su emplazamiento y en su condición de comunidad dinámica, cualidades que contrastan con la transitoriedad de otras expresiones colectivas o con su condición de estáticas.

2° El consorcio es la persona jurídica conformada por los distintos propietarios de un inmueble afectado a la propiedad horizontal, que tiene por finalidad recaudar los distintos créditos de los que es titular, gestionar el patrimonio afectado al interés común en la administración de los bienes comunes y, en general, realizar todos los actos que procuren la seguridad, salubridad y comodidad en el uso y goce del inmueble respectivo u optimicen y racionalicen los recursos y gastos de la comunidad.

3° Conforme a su especialidad, el consorcio tiene capacidad jurídica para adquirir bienes para sí, con los recursos que integran su patrimonio diferenciado. La tesis afirmativa de esta capacidad de derecho se funda, no sólo en la inexistencia de un obstáculo legal que se le oponga, sino también en el espíritu de la ley 13.512 y en su propio texto rectamente interpretado.

4° La capacidad jurídica del consorcio para adquirir bienes se ciñe, en lo que atañe a los inmuebles, a las unidades funcionales que forman parte del edificio o complejo inmobiliario afectado a la ley 13.512 en el que se despliega su personalidad, y no se extiende a fincas que, pese a ser contiguas, no integran el sistema de propiedad horizontal que le concede la calidad de sujeto de derecho. La estructura objetiva del derecho real de propiedad horizontal (art. 1° Ley 13.512) y el orden público imperante en la materia (art. 2502 Cód. Civil), no admiten una concepción más amplia.

5° En cuanto a la mayoría asamblearia, y con la salvedad de aquellas unidades funcionales asignadas en el reglamento, es suficiente la mayoría absoluta de los propietarios (arts. 8° y 10 de la ley 13.512), sin perjuicio de la impugnación judicial que eventualmente pudiere instar el consorcista disconforme, con sustento en las previsiones del art. 8° tercer párrafo de la ley 13.512. ♦

ALGUNOS ASPECTOS DE LA CAPACIDAD LABORAL

POR MANUEL COBAS

SUMARIO: I. Introducción. — II. La noción de trabajo. — III. La noción de profesión o profesional. — IV. Los menores adultos y la capacidad laboral. — V. Efectos. — VI. Los menores impúberes y la prohibición de laborar. — VII. Los incapaces por demencia. — VIII. Inhabilitados.

I. Introducción

Borda definió a la capacidad como la “aptitud de las personas para adquirir derechos y contraer obligaciones” (1). Llambías llamó “capacidad” a la aptitud de las personas para ser titulares de relaciones jurídicas (2).

Cifuentes, por su parte, señala que la capacidad es “la aptitud o posibilidad jurídica de gozar y obrar los derechos” (3). Salvat, citando el art. 31 del Código Civil argentino, definía también a la “capacidad” como la “aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones” (4). Vélez Sarsfield en su nota al art. 949, se refirió a la capacidad de derecho como “el grado de aptitud de cada clase de personas para adquirir derechos, o ejercer actos por sí, o por otros, que no le sean prohibidos”.

(1) BORDA, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil. Parte General”. Ed. Perrot, 9ª ed., t. I, p. 417.

(2) LLAMBIAS, Jorge Joaquín, “Tratado de Derecho Civil. Parte General”. Ed. Perrot, 2ª ed., t. I, p. 369.

(3) CIFUENTES, Santos, “Elementos de Derecho Civil”, Ed. Astrea, 4ª ed., p. 175.

(4) SALVAT, Raymundo M., “Tratado de Derecho Civil. Parte General”, 6ª ed., Jesús Méndez, p. 317.

En la doctrina española Diez-Picazo, conceptualizando a la capacidad como un atributo o cualidad esencial de la persona, la definió como la "aptitud o idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones" (5).

La capacidad a la cual se están refiriendo los autores antes citados, es por supuesto la capacidad de derecho o de goce, atributo de la persona, que admite como contrapartida, la incapacidad de derecho —siempre relativa—, y por otro lado, su faz dinámica o capacidad de hecho o de ejercicio. Esta última se refiere a la suficiencia de la persona titular de un derecho, para ejercerlo por sí misma, y que admite gradaciones como el caso de los inhabilitados comprendidos en el art.152 bis del Código Civil. Estos, no pueden otorgar actos jurídicos de disposición y aquellos de administración que les vede la sentencia respectiva.

También habrá de incluirse en este acápite a las limitaciones o restricciones referidas a la capacidad de los emancipados, según el texto de los arts. 134 y 135 de cuerpo de normas citado, y hasta la contracara de la capacidad de hecho, que es la incapacidad de este tipo, que comprende a los incapaces de hecho absolutos individualizados por el art.54, quienes son, las personas por nacer, los menores impúberes —es decir aquellos que no tuvieren los catorce años cumplidos—, los dementes declarados en juicio y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito. A ellos deben agregarse los incapaces de hecho relativos, que según el art. 55 del Código Civil, son los menores adultos, quienes habiendo cumplido catorce años, no han llegado a la mayoría de edad fijada a los veintiún años, conforme lo dispone el art. 127 del mismo cuerpo de normas, todo ello sin perjuicio de las disposiciones que en la materia contiene el art.12 del Código Penal, referido a los reclusos o penados, con condenas por más de tres años.

Los supuestos de incapacidad de hecho configuran a mi criterio barreras de protección para la persona y la naturaleza que le asignamos a la misma, permite explicar las excepciones que a esta situación disponen la ley laboral y el ordenamiento civil.

Una fuerte corriente doctrinaria, que se ve reflejada en el Proyecto de Código Civil del año 1998 preconiza la sustitución de categorías en

(5) DIEZ-PICAZO, Luis - GULLON, Antonio, "Sistema de Derecho Civil", Ed. Tecnos, 5ª ed., vol. I, p. 230. DE FERRARI, Francisco, "Derecho del Trabajo", vol. II, Ed. Depalma, p. 153. "Jurídicamente la expresión capacidad se refiere a un modo de obrar válidamente conforme ciertas normas y reglas de derecho".

materia de incapacidad como derivación de la edad de las personas, prefiriendo la eliminación de las distinciones actuales entre menores impúberes y púberes, y la determinación de solo dos categorías, en la que de menor de edad, se pasa a la mayoría de edad, a los dieciocho años, con plena capacidad de hecho (6).

El estado de nuestra sociedad hoy, empero, hace difícil adoptar hoy una decisión como la antes comentada. Frente a tal situación y a la necesidad de modificar el límite de la mayoría de edad, pareciera posible utilizar algún camino alternativo, como podría ser la reducción a una edad intermedia entre los veintiuno y los dieciocho, o facultar al menor a decidir por sí, si a los dieciocho años adquiere la mayoría de edad, con todas las consecuencias jurídicas que ello implica. Lo que señalamos es compatible con el concepto de capacidad progresiva que establece la nueva ley 26.061 de protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

De los arts. 52 y 53 del actual Código Civil podemos deducir que la regla es la capacidad de las personas físicas, estando permitido a éstas la realización de todos los actos que no fueran expresamente prohibidos por la ley.

Por el contrario, en el caso de los incapaces, éstos no podrán otorgar por sí ningún acto, salvo los que la ley les autorice.

El Proyecto de Código Civil del año 1998, en el caso de las personas que hubieren cumplido catorce años, la norma diseñada en el art.25 inc. c), las autoriza para otorgar los actos o contratos concernientes al trabajo, y para estar en juicio en cuestiones relativas a ellos.

Como puede apreciarse, parte de las cuestiones que hoy continúan suscitándose, desaparecerían por aplicación de las normas proyectadas.

Por otro lado, prefiero reservar el término "capacidad" para referir a la aptitud o suficiencia jurídica para ser titular de derechos y obligaciones o ejercitarlos por sí mismo, otorgando por ejemplo actos jurídicos, exclu-

(6) LLAMBIAS, Jorge J. "Código Civil Anotado", Ed. Abeledo Perrot, t. I, p. 274. D'ANTONIO, Daniel Hugo, "Actividad jurídica de los menores de edad", 3ª ed., Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 18. BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil. Parte General", Ed. Perrot, 9ª ed., t. I, p. 443.

yendo de su ámbito, al acto ilícito, si bien una importante corriente doctrinaria, extiende el concepto de capacidad, a ambos tipos de actos (7).

Desde el marco jurídico antes esbozado, me referiré a algunos de los supuestos de capacidad laboral y profesional, intentando comprenderlos dentro de las normas específicas que la regulan en particular, en la Ley de Contrato de Trabajo y en el Código Civil (8).

Las cuestiones que se plantean alrededor de este tema son de actualidad, en tanto en un aspecto de ellas, se pretende ampliar la capacidad de las personas que se encuentran en situación de incapacidad de hecho, para realizar labores o ejercer una profesión u oficio, flexibilizando por ejemplo las normas que regulan la interdicción por enfermedad mental, y por otro de los aspectos, es necesario reforzar las normas que impidan el trabajo infantil con su secuela de explotación, miseria e indignidad.

II. La noción de trabajo

El art. 14 de la Constitución Nacional estatuyó entre los derechos fundamentales, el derecho de trabajar y de ejercer profesión lícita.

El trabajo en particular, es toda actividad lícita prestada por una persona, que la efectúa en relación de dependencia hacia otra persona física o jurídica (9), según resulta del art. 4º de la denominada Ley de Contrato de Trabajo, que llevó el número 20.744, y fue dictada en el año 1974, a la que se le realizaron varias modificaciones posteriores, como la resultante de las leyes 21.297 y 25.877, a la que me referiré por su sigla LCT.

(7) D'ANTONIO, Daniel Hugo, "Actividad jurídica de los menores de edad", 3ª ed. Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 20.

(8) Se señala que en nuestro país, y según datos de la OIT, la población económicamente activa está compuesta de 9,2% de personas que se encuentran entre quince y diecinueve años y casi un 30% de personas que no tienen la edad de quince años. Ver D'ANTONIO, Daniel Hugo, "Actividad jurídica de los menores de edad", 3ª ed. Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 171.

(9) SARDEGNA, Miguel A., "Ley de Contrato de Trabajo. Comentada y Anotada". Ed. Universidad, p. 28.

A esta forma de trabajo remunerado y en condiciones de subordinación, debe agregarse el que se realiza de manera autónoma, es decir por cuenta propia, sin que exista relación laboral alguna, se cuente o no para ello con un título habilitante, comprendiendo en este rubro a quienes se desempeñan en la categoría de monotributistas (10).

III. La noción de profesión o profesional

Puede entenderse por profesional "a toda actividad desarrollada en forma habitual, con autonomía técnica, que cuenta con una reglamentación, requiriendo de una habilitación previa y que se presume onerosa, pudiendo estar sujeta a colegiación y sometida a normas éticas y potestades disciplinarias (11). Desde otro punto de vista podría considerarse profesional, a aquel que por sus conocimientos resulta ser un experto o un técnico en ciertas materias respecto del profano.

Pero también podría englobarse en el concepto de "profesional", al que realiza una tarea con habitualidad, mediante una retribución (12). En este caso prefiero referirme al "profesional" como un género, dentro del cual se comprenda a quien realiza tareas habituales por cuenta de otro (13); por cuenta propia; o en sentido más estricto, a aquel ampara-

(10) Ver ley 25.865.

(11) BARRAZA, Javier Indalecio, "Una sentencia paradójica. La responsabilidad de los profesionales. LA LEY, 2000-E, 286.

(12) LORENZETTI, Ricardo, "Nuevos enfoques de la responsabilidad profesional", LA LEY, 1996-C, p. 1176. "Para los códigos del siglo XIX, es profesional quien practica una actividad en forma habitual, sin ninguna especificación." GIPPINI SOTOMAYOR, José María, "Introducción a la responsabilidad profesional", Conferencia sobre el seguro de responsabilidad civil. Publicación de la Universidad de Deusto, p. 133, definió al profesional como aquel "que ejercita una actividad laboral, caracterizada por el primordial empleo de las facultades intelectuales, (conocimientos técnicos, científicos, artísticos, cultura, inteligencia), por la ausencia de vínculo de subordinación y por amplia discrecionalidad técnica, asumiendo una responsabilidad total tanto personal como moral". ALTE-RINI, Atilio A., AMEAL, Oscar, LOPEZ CABANA, Roberto M. "Curso de obligaciones". Abeledo Perrot, 4ª ed., 1ª reimpresión, t. II, p. 488, señalan que la doctrina nacional, ha considerado "profesional" al profesional liberal.

(13) FERNANDEZ MADRID, Juan Carlos y Santiago. "Práctica Laboral", Ed. Errepar, 2ª ed., p. 85. Entienden a la profesionalidad del trabajador como "la actividad de aquel que normalmente vive prestando su actividad a otro a cambio de un salario sin participar de las pérdidas".

do por un título universitario, en su carácter de "profesional liberal", y como una categoría del género "profesional" antes referido.

Como puede advertirse la noción de profesión o profesionalidad no parece como unívoca. Sin embargo, la norma del art. 128 del Código Civil, se refiere en la denominada habitualmente "salida laboral" de la incapacidad (14), al ejercicio de una profesión que requiere para ello un título habilitante, sea este a mi criterio, de grado universitario, terciario o intermedio (15).

Algunas personas que adolecen de capacidad de hecho, pueden sin embargo realizar tareas para otro, o ejecutarlas por cuenta propia, sean profesionales en sentido genérico o en sentido estricto, precisamente por la naturaleza del derecho constitucional de trabajar o de ejercer una profesión o industria lícita.

Fundamentalmente se trata de los menores adultos, a quienes dentro de la categoría genérica de menores, nos referiremos a continuación, sin perjuicio de la situación en que podrían encontrarse frente a la realización de tareas de manera habitual, otros incapaces, como los dementes interdictos o no, y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito, a los que también haremos alguna referencia.

Sobre estos aspectos de la capacidad profesional de los incapaces, confluyen normas del orden jurídico laboral y del civil, e intentaré establecer una suerte de correlación entre las mismas.

IV. Los menores adultos y la capacidad laboral

Ya había dicho que los menores de edad, son en general incapaces de hecho, en el caso de los menores impúberes en grado absoluto, y relativos, en el caso de los adultos, pudiendo otorgar solo aquellos actos que la ley les autorice.

(14) Para alguna doctrina se trata de una "emancipación laboral". Ver en este sentido VAZQUEZ VIALARD Antonio. "Tratado de Derecho del Trabajo". Ed. Astrea, t. 3, p. 337, nota 69 y autores allí citados.

(15) LLAMBIAS, Jorge J., "Código Civil Anotado", Ed. Abeledo Perrot, t. I, p. 277.

Desde este punto de vista, para ser parte de un contrato de trabajo, el menor debiera actuar por intermedio de su representante legal (16).

Sin embargo, en ciertas ocasiones que resultan de la ley laboral y de la regulación civil, el menor adulto puede contratarse como señalamos antes, en una actividad laboral subordinada o hacerlo por cuenta propia.

Es que la incapacidad de hecho antes referida, corresponde a una situación de carácter tuitivo y eminentemente transitoria, a la que el legislador ha dotado de determinadas salidas.

Se trata a mi criterio de una excepción a su situación de incapacidad de hecho, preconizada por el art. 55 del Código Civil, conforme la cual estará autorizado para otorgar determinados actos vinculados con su actividad personal (17), y que están referidos a la esfera profesional en sentido amplio o genérico, sea en el ámbito laboral o en el ejercicio de una profesión por cuenta propia que requiera para ello, un título habilitante.

Desde el punto de vista del contrato de trabajo al que aludiré en primer lugar, y a los fines de su consideración en particular, dividiremos a la categoría de menores adultos en dos, como lo hace la ley laboral.

El art. 32 de la denominada Ley de Contrato de Trabajo —LCT—, autoriza a los menores desde los dieciocho años a celebrar contrato de trabajo con plena capacidad (18), sin otra distinción. Vale decir que

(16) KROTOSCHIN, Ernesto. "Tratado práctico de Derecho del Trabajo", Ed. Depalma, 4ª ed., p. 185.

(17) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Afda, "La capacidad civil del menor que trabaja", Ed. Astrea, p. 22.

(18) FERNANDEZ MADRID Juan Carlos y Santiago, "Práctica Laboral", Ed. Errepar, 2ª ed., p. 85 caracterizan el contrato de trabajo por diversas pautas, como la calificación que hacen las partes en tal sentido, la localización de las actividades del trabajador en un establecimiento, la sujeción del trabajador a horarios determinados por el principal, la posibilidad del empleador de sustituir la voluntad del trabajador por la suya, la forma de pago, la existencia de otras personas que realizan igual tarea, etc. KROTOSCHIN, Ernesto, "Tratado práctico de Derecho de Trabajo", Ed. Depalma, 4ª ed., p. 187. NAPOLI, Rodolfo A., "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Ed. La Ley, 2ª ed., p. 86. VAZQUEZ VIALARD, Antonio, Director, "Tratado del Derecho del Trabajo", Ed. Astrea, 1ª reimpresión, t. 3, p. 334.

no se requiere autorización de quien ejerciere la patria potestad de dicho menor, ni es necesario que éste posea título habilitante para hacerlo.

La misma disposición legal, en su segundo párrafo, permite a las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho, celebrar contrato de trabajo, cuando con conocimiento de sus padres o tutores vivan independientemente de ellos, siendo esta última, la nota distintiva de esta categoría laboral (19).

La ley laboral presume que estos menores en particular, que estuvieren trabajando en relación de dependencia, se encuentran autorizados por sus padres o representantes legales, para todos los actos concernientes a dicha actividad.

Cabe señalar, que en el ámbito civil, los menores adultos, mayores de catorce años y menores de dieciocho, que convivan con sus padres o tutores, podrán según el art. 275 del Código Civil, celebrar contrato de trabajo, con autorización de los mismos (20), que interpreto puede ser expresa o tácita, resultando esta última, de la falta de oposición a la celebración del contrato de trabajo.

La Ley de Contrato de Trabajo, además de la norma contenida en su art. 32, regula el trabajo de los menores, en su título VIII, a partir del art. 187.

Hasta allí el ámbito de la ley laboral, que se refiere en particular al reglamento del contrato de trabajo, que es su especial objetivo.

(19) FERNANDEZ MADRID Juan Carlos y Santiago, "Práctica Laboral", Ed. Errepar, 2ª ed., p. 124. "Menor entre catorce y dieciocho años que con conocimientos de sus padres o tutores viva independientemente de ellos. Tiene plena capacidad laboral. Menor entre catorce y dieciocho años que no viva independientemente de sus padres o tutores. Se presupone que tiene una autorización paterna de acuerdo al art. 283 del Código Civil". KROTOSCHIN, Ernesto, "Tratado práctico de Derecho del Trabajo", Ed. Depalma, 4ª ed., p. 188.

(20) VAZQUEZ VIALARD, Antonio, Director, "Tratado de Derecho del Trabajo", Ed. Astrea, t. 3, p. 336.

IV.1. Los menores adultos en el ámbito civil

El art. 128 del respectivo Código, según su texto resultante de la reforma de la ley 17.711 (21), establece a su vez, dos supuestos a los que me referiré a continuación.

En el primero de ellos, permite a la persona que ha cumplido dieciocho años a celebrar contrato de trabajo, sin el consentimiento ni autorización de su representante, con el requisito de que la actividad sea honesta (22).

Cabe sobre el particular alguna disquisición. ¿Cómo interpretar la exigencia de que la actividad sea honesta sobre todo dada la diversidad de tareas que puede desempeñar una persona en el mundo laboral actual?

Dado que el art. 128 deja a salvo las disposiciones del derecho laboral, la respuesta al interrogante planteado habrá de encontrarse a mi criterio, en el art. 39 de la LCT, que dispone que se considerara ilícito el objeto del contrato de trabajo, cuando el mismo fuese contrario a la moral y a las buenas costumbres, salvo que las ordenanzas municipales o los reglamentos de policía lo consintieran, lo toleraran o regularan.

Vemos como antecedente de la norma antes citada lo dispuesto en el art. 953 del Código Civil, con lo que concuerdan ambas disposiciones de ámbitos legales diferentes.

En este último caso, tratándose de menores sujetos a la patria potestad de sus padres, entiendo que éstos estarán en condiciones de ope-

(21) Es un valioso antecedente de esta norma, el tercer párrafo de la recomendación nº 3 del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, que se reunió en la Universidad Nacional de Córdoba, en el año 1961, en el que se propuso que: "Los menores de uno y otro sexo que hayan cumplido dieciocho años, aun cuando no se encuentren emancipados o habilitados de edad, pueden prestar su trabajo personal, concretar los contratos correspondientes y ejercer los derechos y acciones que de ellos resulten. podrán actuar directamente en juicios atinentes a la relación laboral, como actores o demandados, con intervención del Ministerio de Menores". Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Ed. La Ley, p. 12.

(22) FERNANDEZ MADRID, Juan Carlos y Santiago, "Práctica Laboral", Ed. Errepar, 2ª ed., p. 124, "menor de más de dieciocho años. Tiene plena capacidad laboral".

nerse a la realización de este tipo de trabajo de objeto ilícito, con fundamento en lo dispuesto por el art. 953 antes citado, y con apoyo en el requisito específico impuesto por el art. 128, que exige como vimos que la actividad sea honesta, es decir que no sea contraria a la moral y buenas costumbres, aunque el trabajo del menor fuese de los tolerados por la legislación local. Igual facultad en virtud de sus funciones protectivas, le asignamos al Ministerio de Menores, conforme la norma del art. 59 del Código Civil.

En el segundo supuesto, quien hubiera obtenido un título habilitante para el ejercicio de una profesión, podrá ejercerla por cuenta propia, dentro de los límites de la habilitación y de las normas reglamentarias de la misma, sin necesidad de previa autorización en el caso de los menores adultos mayores de dieciocho años, por aplicación de lo dispuesto en los arts. 128 y 275 del Código Civil, este último conforme su versión modificada por la ley 23.264.

En el caso de los menores, que habiendo cumplido catorce años de edad, no tuvieren dieciocho años, deberán contar con autorización de los padres o tutor, la que entiendo podrá ser expresa o tácita (23), para ejercer oficio, profesión o industria, por cuenta propia, conforme resulta del art. 275, modificado por la ley 23.264 (24). Refuerza este criterio lo dispuesto por el art. 283 del propio Código Civil, que presume que los menores que ejercieren algún empleo, profesión o industria, están autorizados por sus padres, para todos los actos y contratos concernientes a los mismos.

Cabe también preguntarse, si el menor adulto que ha cumplido catorce años, que posee un título habilitante para ejercer determinada profesión, puede celebrar un contrato de trabajo, referida a la misma.

(23) LLOVERAS, Nora, "Código y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial". Dir. Alberto J. BUERES. Coord. Elena I. HIGHTON. Ed. Hammurabi, t. 1-B, p. 512.

(24) CIFUENTES, Santos, "Código Civil. Comentado y anotado", Ed. La Ley, t. I, p. 245. LLOVERAS Nora, "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", Dir. Alberto J. BUERES, Coord. Elena I. HIGHTON, Ed. Hammurabi, t. 1-B, p. 502, en su análisis del art. 275 sostiene que los menores que hubieran obtenido su título habilitante para ejercer alguna profesión, oficio o industria antes de los dieciocho años, tampoco requieren autorización expresa de los padres para desarrollar esas actividades, sin perjuicio dice, de lo dispuesto por los arts. 283 y 918 del Código Civil.

A mi criterio, en función de lo dispuesto y en las circunstancias previstas por los arts. 32 y 187 de la LCT, la respuesta afirmativa se impone (25).

A su vez, el art. 280 del Código Civil, autoriza a los padres, a celebrar contrato de locación de servicios o de aprendizaje por sus hijos adultos, pero la norma requiere el consentimiento de los últimos. La doctrina ha remarcado precisamente el carácter de adultos de los menores y la necesidad de contar con el acuerdo de ellos para celebrar dichos contratos (26).

V. Efectos

Dije antes, que el art. 283 del Código Civil, según su texto modificado por la ley 23.264 presume, que los menores adultos si ejercieren algún empleo, profesión o industria, están autorizados por sus padres, para todos los actos y contratos concernientes a los mismos. Como se advierte de la norma no resulta distinción alguna entre los menores adultos en función de haber o no cumplido los dieciocho años de edad.

En cambio, la LCT, autoriza en su art. 34, la libre administración y disposición de los bienes producidos con su trabajo, a los menores desde los dieciocho años de edad, estando habilitados para otorgar todos los actos que se requieran para la adquisición, modificación o transmisión de derechos sobre los mismos.

La aparente contradicción entre las normas citadas podría salvarse si se admite que dentro del carácter general de la disposición del art. 283 del Código Civil, en materia laboral, quien ha cumplido dieciocho años y ejerce una actividad de este tipo, tiene una capacidad ampliada en función de la normativa laboral (27).

(25) MARTINEZ VIVOT, Julio J., "Los menores y las mujeres en el derecho del trabajo", Ed. Astrea, p. 46. ORELLE, José María, "La capacidad del menor emancipado luego de la reforma del Código Civil". Revista del Notariado. N° 700, p. 817. En contra BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil. Parte General", Ed. Perrot, 9ª ed., t. I, p. 450.

(26) LLOVERAS, Nora, "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", Dir. Alberto J. BUERES, Coord. Elena I. HIGHTON, Ed. Hammurabi, t. 1-B, p. 509.

(27) SARDEGNA, Miguel A., "Ley de Contrato de Trabajo. Comentada y Anotada", Ed. Universidad, p. 123.

Del art. 283 del Código Civil resulta también, que las obligaciones que tuvieren su causa en los actos antes referidos, solo podrán ejercerse sobre bienes cuya administración y usufructo o el usufructo, no tuvieran los padres.

Los menores adultos a los que nos hemos referido antes, pueden entonces ajustar las condiciones de su labor y percibir la remuneración de su trabajo o los honorarios correspondientes a su ejercicio profesional, otorgando por sí los respectivos recibos de pago y realizando todo tipo de actos de administración y de disposición.

Precisamente el art. 287 del Código Civil, según su texto reformado por la ley 23.264, excluye del usufructo de los padres, los bienes adquiridos por sus hijos mediante trabajo, empleo profesión, o industria, aunque vivan en la casa de los mismos, correspondiendo el usufructo de dichos bienes a los propios hijos, según complementariamente lo dispone el art. 288.

Borda por su parte señala que al adquirir un bien con dinero obtenido con su trabajo, basta la manifestación del menor interesado en tal sentido (28). Sin perjuicio de dicha opinión, creo que frente a los efectos tuitivos de la norma contenida en el art. 1165 del Código Civil, y en el interés de ambas partes del acto contractual, ya sea que se documente éste mediante instrumento privado o escritura pública, debiera el menor acreditar su fuente de ingresos, con los recibos de sueldo o matrícula habilitante para el ejercicio profesional y la inscripción ante el ente impositivo o de seguridad social, sin que fuere necesaria ninguna constatación de orden judicial ni mayores inquisiciones sobre el particular (29).

Desde los catorce años, los menores que se desempeñen laboralmente podrán estar en juicio laboral, en acciones vinculadas al contrato o relación de trabajo, pudiendo para ello otorgar mandato y sin perjuicio en este caso de la representación promiscua del Ministerio Público, según resulta del art. 33 de la LCT.

(28) BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil. Parte General", Ed. Perrot, 9ª ed., t. I, p. 448.

(29) Revista Notarial. Colegio de Escribano de la Provincia de Buenos Aires, N° 802, p. 622, con cita de CARNEIRO, José J., "Régimen de las nulidades en la reforma del Código Civil", Revista del Notariado, N° 72, p. 9.

La normativa en materia civil es más restrictiva que la laboral, en tanto el art. 264 quater, del respectivo Código, en su inc. 5º, requiere autorización al menor, de ambos padres, para que éste sea parte en juicio, tanto como actor o demandado, en jurisdicción civil, comercial o penal (30). La falta de autorización de los padres o de uno de ellos, para que el menor adulto demande a terceros, podrá ser suplida por licencia judicial, con conocimiento de las razones que invoque el que se hubiera opuesto, conforme resulta del art. 282.

VI. Los menores impúberes y la prohibición de laborar

El contrato de trabajo, requiere la capacidad de las partes para su celebración, salvo lo dispuesto a favor de los menores adultos (31). En particular el art. 189 de la LCT, prohíbe a los empleadores, ocupar a menores de catorce años, en cualquier tipo de actividad, persiga o no fines de lucro. La norma citada extiende la prohibición a aquellos menores, que independientemente de la edad, se encontraren en edad escolar y no hubieren completado su instrucción obligatoria, aunque fueren mayores de catorce años (32).

La primera parte de la norma es exceptuada en el caso de menores de catorce años que contando con autorización del ministerio pupilar, trabajen en empresas de índole familiar, donde solo se desempeñen miembros de la familia, y siempre que no se trate de ocupaciones nocivas, perjudiciales o peligrosas para el menor.

La segunda parte de la norma del art. 189, podría dejarse de lado, cuando hubiere autorización expresa del ministerio pupilar; o cuando el trabajo del menor de catorce años se considere indispensable para su subsistencia o la del grupo familiar directo, y siempre que se llene en forma satisfactoria el mínimo de instrucción escolar exigida.

El art. 190 de la LCT, establece a su vez limitaciones a la extensión horaria del trabajo de menores de catorce a dieciocho años, el que en

(30) CIFUENTES, Santos. "Código Civil. Comentado y anotado". Ed. La Ley, t. I, p. 247.

(31) COLOTI, Julio E., "Leyes usuales del trabajo", Ed. Macchi, 4ª ed., p. 192.

(32) GRISOLIA, Julio A., "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Ed. Depalma, 5ª ed., p. 539.

principio no podrá extenderse más allá de seis horas diarias o treinta y seis semanales, con una excepción referida a las personas mayores de dieciséis años, limitación que se completa con la prohibición del trabajo nocturno, entendiéndose por tal el que se realiza entre las veinte y las seis horas del día siguiente.

Cabe señalar que el art.176 de la LCT, con carácter tuitivo, prohíbe también emplear a mujeres en tareas penosas, peligrosas e insalubres.

La violación de la normativa señalada y sus reglamentaciones, aparejara la nulidad del contrato laboral, sea por defecto de la capacidad del trabajador o por ser el contrato de objeto prohibido, como resulta de la norma del art.40 de la LCT.

En todos los casos de incapacidad o de objeto prohibido, los efectos de la nulidad se producirán para el futuro (33) y dado que el trabajador puso su fuerza a disposición del empleador, éste será deudor de las indemnizaciones y demás beneficios que correspondan al periodo laborado, conforme resulta del art. 42 de la LCT (34), concordemente a mi criterio con la solución que impone el art. 1165 del Código Civil.

Sin perjuicio de lo dicho antes, el art. 195 de la LCT, imputa la responsabilidad de manera objetiva por el accidente o enfermedad del trabajador menor o mujer al empleador, si se comprueba que el trabajo en condiciones prohibidas fue la causa de los mismos, sin admitirse prueba en contrario.

En el ámbito civil, el menor impúber además de ser un incapaz de hecho absoluto, conforme lo predica el art. 54 de nuestro Código, carece de discernimiento para otorgar actos lícitos, según resulta del art. 921 del mismo cuerpo de normas.

Cabe recordar en vinculación con esta cuestión, que el trabajo infantil se ha convertido en una verdadera lacra de carácter mundial, debien-

(33) VAZQUEZ VIALARD, Antonio, "Tratado de Derecho del Trabajo", Ed. Astrea, vol. 3, p. 342.

(34) CCiv. y Com., de Familia y del Trabajo de Marcos Juárez, marzo 29 de 2005, Moyano Ramon c. Ariosti Hector y otro. LLC, 2005 [septiembre], 853 - LL On line, con nota de CIANCARDI, Francisco B., "El contrato de trabajo de objeto prohibido".

do los estados nacional, provinciales o las municipalidades adoptar las medidas adecuadas para impedir que esta aberrante práctica se consuma en nuestro país.

Ya la Declaración de los derechos del niño, proclamados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1959 (35), prohibía el trabajo de los niños, antes de una edad mínima adecuada, no pudiendo ser objeto de explotación, ni en ningún caso se dedicara ni se le permitirá dedicarse a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud, su educación, o impedir su desarrollo físico, mental o moral.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño (36), con jerarquía constitucional, a partir de la reforma del año 1994, según el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna, exigió que los Estados Partes, adopten las medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales, para garantizar que los niños estén protegidos contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser nocivo o peligroso para su salud, su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social, fijando edades mínimas para trabajar y estipulando penalidades u otras sanciones adecuadas para asegurar la aplicación efectiva de la Convención, conforme el art. 32 de la misma.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pueden citarse asimismo distintas disposiciones que combaten el trabajo infantil. La ley 114, reconoce el derecho de los niños y niñas menores de catorce años a no trabajar (37).

Por su parte la ley 937 de noviembre de 2002, tiene por objeto la detección, prevención y erradicación del trabajo infantil, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, así como la atención de las niñas y niños afectados por dicha situación, considerándose "trabajo infantil" el que efectúa en forma remunerada o no, visible o no, una persona de menos de quince años de edad.

(35) Resolución N° 1386.

(36) Ratificada por nuestro país, mediante ley 23.849, publicada en el Boletín Oficial el 22 de octubre de 1990.

(37) Ley 114, diciembre 3 de 1998.

A las disposiciones citadas deben agregarse las que resultan de las convenciones y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, que integra nuestro país, entre las que podemos citar el Convenio 182 relativo a la "Prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación" ratificado por la ley 25.525.

A la normativa antes indicada debe agregarse ahora la que resulta de la ley 26.061, sancionada el 28 de septiembre de 2005, referida a la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, incluida la creación de organismo oficial como la "Defensoría de los derechos de las niñas, niños y adolescentes" que entiendo deberá tener una importante participación en la lucha contra el trabajo infantil (38).

VII. Los incapaces por demencia

Señalé antes que en el número de los incapaces absolutos, se incluyen a los dementes declarados en juicio. La norma del art. 472 fulmina de nulidad a los actos jurídicos otorgados por los mismos luego de dicha declaración, siendo aplicables a los actos realizados con anterioridad, las disposiciones de los arts. 473 y 474 del Código Civil.

La falta de discernimiento, conforme el art. 921 del Código Civil o la interdicción judicial posterior en razón de enfermedad mental según el art. 141 del Código Civil, obstan al otorgamiento del contrato de trabajo o la celebración de los contratos de locación de servicios o de obra, entre otros.

Sin embargo, cabe señalar que el art. 1897 del Código Civil autoriza a otorgar mandato a un incapaz, sin perjuicio de la nulidad que este último pueda oponer, en sus relaciones con el mandante.

(38) La ley 26.061 derogó mediante su art. 76, la ley 1093 y con ello el instituto del patronato del Estado, sustituyéndolo por las medidas de protección dispuestas en la misma. Puede consultarse sobre el tema, ZANNONI Eduardo A., LA LEY, del 10 de noviembre de 2005, "El patronato del Estado y la reciente ley 26.061" y MIZRAHI, Muricio L., LA LEY, del viernes 16 de diciembre de 2005, "Los derechos del niño y la ley 26.061".

Sin perjuicio de ello y si su estado de salud mental lo autorizara, podrá el interdicto celebrar contrato de trabajo o de locación, a través de su curador (39).

Por su parte, el Proyecto de Código Civil del año 1998, flexibiliza la regla de incapacidad, autorizando al juez a determinar en su sentencia, la extensión y límites de la incapacidad, y si el estado del interdicto lo hace posible y conveniente, debe especificarse los actos que el interdicto puede realizar por sí o con asistencia del curador.

Esta flexibilización de la incapacidad absoluta que hoy porta el demente declarado, es el camino que viene proponiendo la doctrina para disminuir los efectos negativos de la interdicción, que en algunos casos se parece más a una sanción, que a una barrera efectiva de protección para el incapaz.

Dicha flexibilización que también postulo, coincide con la importancia que la laborterapia tiene para el enfermo mental y su rol en la rehabilitación del incapaz (40).

Este, entendemos, es el sentido del proyecto de modificación de las normas del Código Civil en la materia y en lo relativo al sordomudo incapaz y al inhabilitado, que se encuentra a consideración de la Cámara de Senadores del Congreso de la Nación.

La situación del sordomudo incapaz

Lo dicho puede aplicarse a la situación del sordomudo que no sabe darse a entender por escrito y se encuentra interdicto e incluido en la enumeración del art. 54 del Código Civil.

(39) NAPOLI, Rodolfo A., "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Ed. La Ley, 2ª ed., p. 87. KROTOSCHIN, Ernesto, "Tratado práctico de Derecho de Trabajo", Ed. Depalma, 4ª ed., vol. I, p. 185.

(40) MARCHANT, Néstor F., "Experiencias comunitarias en el Hospital Nacional Braulio A. Moyano", Ed. Iberindia, p. 93. "El trabajo cura por sí mismo, en cuanto reafirma la personalidad, eleva la autoestima, posibilita la identificación y desarrolla núcleos saludables de la enferma, pero, además, la laborterapia orientada con sentido práctica, ensancha el marco en que se operará la reinserción social de la paciente externada".

Vélez adoptó al respecto del sordomudo que no sabe darse a entender por escrito, el criterio más estricto posible, aún a la época de la sanción del Código Civil. Por consiguiente el sordomudo incapaz no será hábil para otorgar contrato de trabajo o de locación de servicios o de obra, sino mediante la representación de su curador.

Sin perjuicio de ello, cabe señalar que la persona afectada por este tipo de disminución podría contraer matrimonio, si pudiera dar su consentimiento por escrito o de otra manera de forma inequívoca. Quien contrajo matrimonio en estas condiciones está habilitado a mi criterio para celebrar contrato de trabajo y ejercitar su profesión si la tuviera, dado que su estado civil le impone entre otros, el deber mutuo de brindar asistencia y alimentos a su cónyuge.

La situación legal del sordomudo merece también y aun más que en el supuesto del demente, una modificación legislativa que permita su protección, adaptada a la persona mediante la decisión judicial, que permita su educación e inserción laboral.

VIII. Inhabilitados

El inhabilitado comprendido en las disposiciones del art. 152 bis, no es un incapaz y puede celebrar contrato de trabajo, sin la asistencia de su curador, entendiéndose que se trata de un acto de administración, y sin perjuicio de las limitaciones que pudiera imponerle el juez en la sentencia por ejemplo, al momento de percibir su salario (41). ♦

(41) VAZQUEZ VIALARD, Antonio, "Tratado de Derecho del Trabajo", Ed. Astrea, t. 3, p. 340.

LA CAPACIDAD EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA

POR RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO

SUMARIO: I. Exordio. — II. Sujetos y capacidad. — III. Incapacidad de hecho (o relativa) para vender. — IV. Menores emancipados por matrimonio. — V. Menores habilitados. — VI. Las incapacidades de derecho previstas en el art. 1160. — VII. Religiosos profesos. — VIII. Comerciantes fallidos. — IX. Cónyuges entre sí. — X. Prohibición de venta. Padres, tutores y curadores (art. 1359). — XI. Prohibición de comprar. (Enumeración del art. 1361). — XII. Padres, tutores y curadores. — XIII. Albaceas. — XIV. Mandatarios. — XV. Empleados y funcionarios públicos. — XVI. Jueces, abogados, fiscales, etc.

I. Exordio

La capacidad, en general, constituye la aptitud de una persona para ser titular de derechos y deberes, o bien como indican Borda y Arauz Castex: "La posibilidad jurídica de adquirir derechos y contraer obligaciones" (1).

En el decurso de la historia del derecho, es posible observar, que ya en los textos romanos se comienza a utilizar el vocablo "capacidad" (*Capax culpa aut doli*), y se encuentran antiguos precedentes de la clásica diferenciación entre la capacidad jurídica y la de obrar (*aptitudo habilitas*), o (*voluntas e potestas*), hasta llegar a la famosa distin-

(1) BORDA A.G., "Tratado de derecho civil argentino. Parte general", Ed. Perrot, 6ª ed., Bs. As., 1976, t. I, p. 417, Nº 454. LLAMBIAS, J.J., "Tratado de derecho civil. Parte general", Ed. Perrot, 5ª ed., Bs. As. 1973, t. I, p. 383, Nº 558. ARAUZ CASTEXM., "Derecho civil. Parte general", Ed. Cooperadora de derecho, Bs. As. 1974, t. I, p. 462, Nº 257. RIVERA, J.C., "Instituciones de derecho civil. Parte general", Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1994, t. I, p. 365, Nº 368.

ción de Grocio, donde dice que "El menor tiene derecho de posesión y no de uso" (2).

Hoy se la entiende como un atributo de la personalidad, y se diferencian la capacidad de obrar o de hecho, de la propia de la calidad de la persona o de derecho. Sin embargo, hay un debate doctrinario pendiente sobre la validez de ese distinción, ya que conforme a cierta teoría voluntarista, mal puede llamarse "capaz" a quien carece de un querer racional y no puede participar en la voluntad de la comunidad; o que, cuando se habla de la capacidad del "incapaz" es para ubicarlo como un mero sujeto nominal de un patrimonio, ya que el sujeto real es quien tiene el poder de administrarlo (3).

A pesar de estas complejas observaciones, pareciera de utilidad mantener la categorización, ya que de esa manera se determinan los contornos precisos que se dan entre el poder obrar por sí, y el tener la legitimación suficiente para el ejercicio del propio derecho.

En la que corresponde al contrato de compraventa, el Código Civil argentino, aplica las normas generales dictadas en materia de capacidad e incapacidad, con ciertas peculiaridades que se corresponden en el supuesto específico.

II. Sujetos y capacidad

Los sujetos que van a constituir las partes del contrato son: el comprador y el vendedor, y para su intervención la ley exige capacidad, cuestión que se regula en el Capítulo III en los arts. 1357 a 1362 del C.C.

El art. 1357 contiene una regla que para algunos autores resulta sobreabundante, dice: "Toda persona capaz de disponer de sus bienes, puede vender cada una de las cosas de que es propietario; y toda persona capaz de obligarse, puede comprar toda clase de cosas de cual-

(2) DE CASTRO, Federico, "Derecho civil de España", Ed. Civitas, 2ª ed., Madrid 1984, parte IIª, p. 40. ESPIN CANOVASD., "Manual de derecho civil. Parte general", Ed. R.D.P., 6ª ed., Madrid 1977, v. I, p. 249.

(3) CARNELUTTI, Francesco, "Teoría general del derecho", Ed. R.D.P., Madrid 1955, p. 113. BIESLING, "Principienlehre", 1894, p. 5 y sigtes., cit., por DE CASTRO, "Derecho civil de España", cit., 2ª parte, p. 42. RIVERA, "Instituciones", cit., t. I, p. 365, Nº 368.

quier persona capaz de vender, con las excepciones de los artículos siguientes".

Se reafirma la capacidad de comprar y la de vender en un principio general, con las excepciones de imposibilidad e incapacidad que la misma ley regula. Para adquirir, la ley exige la posibilidad jurídica de disposición de los bienes, y para adquirir la de obligarse. En definitiva se trata de una remisión a los principios generales sobre la capacidad de hecho y de derecho de la teoría general y la que corresponde a los contratos (4).

Existe una especie de coincidencia en señalar que, lo establecido en el art. 1357 carece de la utilidad suficiente que exigen los preceptos legales, ya que como bien afirma Bibiloni: "No es menester decir quiénes pueden vender o comprar ni exceptuar a los que las leyes lo vedan" (5).

Similar crítica realiza Lopez de Zavalía, dice que cuando la norma dispone que pueden vender todos los que tienen capacidad de disponer, sería precipitado afirmar —a contrario— que no pueden vender los que no tienen capacidad de disponer. Ya que, según el distinguido jurista, la ley no niega lo segundo, ya que quienes no tienen capacidad de disponer pueden vender cuando la venta no importa un acto de dispo-

(4) La capacidad, como lo dispone el art. 31 del Cód. Civil, es la facultad de adquirir derechos y contraer obligaciones. El codificador lo aclara en la nota al art. 4046: "La capacidad civil es la aptitud de hacer tal o cual acto, es la facultad legal de hacerlo validamente". La capacidad puede ser de hecho o derecho, la primera llamada como capacidad de obrar o actuar por sí, lo que los franceses denominan "l'incapacité d'exercice", que hace a la posibilidad de obrar por sí mismo. La capacidad de derecho es la posibilidad de ser titular de un derecho a la luz de la ley. ORGAZ: "Personas individuales", Ed. Depalma, Bs. As. 1946, ps. 173 y 177. MOSSETITURRASPE, "Contratos", Ed. Ediar, Bs. As. 1978, p. 187. BUSSO, "Cód. Civil anotado", Ed. Ediar, Bs. As., 1957, t. I, p. 408. APARICIO, "Contratos", Ed. Hammurabi, Bs. As. 2001, t. II, p. 35, Nº 436. SACCO: Il consenso, en "Il contratti in generale", Dir. Pietro Rescigno, Ed. Utet, Torino 1999, t. I, p. 413. LLAMBIAS, "Trat. Pte. Gral.", cit., t. I, Nº 558. MESSINEO, "Doctrina general del contrato", Ed. Ejea, Trad. Sentis Melendo y Volterra, Bs. As. 1952, t. I, p. 79. TERRE, "Introduction générale au droit", Ed. Dalloz, 5ème edit., Paris 2000, p. 315, Nº 291. CORNU, "Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens", Ed. Montchrestien, 8ème. Edit., Paris 1990, p. 167, quién al igual que otros autores galos, llaman a la capacidad de derecho "capacité de jouissance".

(5) BIBILONI, "Anteproyecto de Cód. civil", Ed. V. Abeledo, Bs. As. 1921, t. II, p. 279, nota al art. 1452, quien propone la supresión del art. 1357.

sición. Agrega que, leyendo el texto con este sentido se puede llegar a una conclusión que hace a la norma inútil, pues se podría afirmar que "todos los que pueden vender pueden vender" (6).

La regla es la de la capacidad y las prohibiciones e incapacidades son de excepción. Para su análisis la interpretación es restrictiva, ya que en caso de duda debe entenderse que el sujeto es hábil para realizar el acto (art. 52 del C.C.).

El vendedor necesita tener capacidad para disponer de sus bienes y además ser propietario de los mismos, y ello tiene su razón de ser en virtud de que la venta es, generalmente, un acto propio de enajenación y desprendimiento. En cuanto al comprador la ley le exige la capacidad suficiente para contraer obligaciones (7).

El Derecho francés, más que una regla sobre las aptitudes de los sujetos que intervienen, consagra un principio de libertad contractual, al respecto dice el art. 1594: "Tous ceux auxquels la loi ne l'interdit pas peuvent acheter ou vendre", de esa forma se afirma el principio por el cual "Tout le monde peut vendre tout le monde peut acheter" (Todos pueden vender, todos pueden comprar) (8).

III. Incapacidad de hecho (o relativa) para vender

En este aspecto juegan los principios generales establecidos en los arts. 54 y 55, los que corresponden a los contratos en general (art. 1160),

(6) LOPEZ DE ZAVALIA, "Teoría de los contratos", Ed. Zavalía, 2ª ed., Bs. As. 1991, t. II, p. 43, Nº 45.

(7) SPOTA, "Instituciones de derecho civil. Contratos", Ed. Depalma, Bs. As. 1979, t. IV, p. 121, Nº 803. BADENES GASSET, "El contrato de compraventa", Ed. Bosch, 3ª ed., Barcelona 1995, t. I, p. 337. REZZONICO, "Estudio de los contratos", Ed. Depalma, Bs. As. 1967, 3ª ed., t. I, p. 167. SALVAT-ACUÑA ANZORENA, "Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones", Ed. Tea, 2ª ed., Bs. As. 1958, t. I, p. 27, Nº 20. MOSSET ITURRASPE, "Compraventa inmobiliaria", Ed. Ediar, Bs. As. 1976, p. 252. BIGLIAZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, "Diritto civile. Obbligazione e contratti", Ed. UTET, Torino 2000, t. III, p. 312.

(8) HUET JÉRÔME, "Les principaux contrats spéciaux, dans le Traité de droit civil", Dir. Par Jacques Ghestin, Ed. L.G.D.J., Paris 1996, p. 80, Nº 11.133. DUTILLENT-DELEBECQUE, "Contrats civils et commerciaux", Ed. Dalloz, Paris 2001, p. 41, Nº 40. PLANIOL-RIPERT-HAMEL, "Tratado de derecho civil", Ed. La Cultural, La Habana 1949, t. X, (Pte. 1ª), p. 36, Nº 43.

y aquellos que se refieren a los supuestos específicos de la compraventa.

Por dicha razón, son incapaces de hecho y no pueden vender: las personas por nacer, los menores impúberes, los dementes, los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito y los menores adultos (9), a los que se agrega la de los condenados con pena de prisión o reclusión por más de 3 años (art. 12 del C. Penal).

Los menores de 21 años pero mayores de 18 años pueden vender los bienes que hubieren adquirido con su trabajo personal (10).

IV. Menores emancipados por matrimonio

Los menores emancipados por matrimonio tenían antes de la reforma de la ley 17.711, una capacidad muy limitada ya que para vender se les exigía autorización judicial previa, bajo pena de nulidad. Prohibición que se extendía a no poder hacerlo con: fondos o rentas públicas, acciones de sociedades, contraer deudas mayores a 500 pesos, o arrendar ya sea como locador o locatario por término mayor a 3 años, o recibir pagos superiores a 1000 pesos, o hacer transacción, o someter el negocio a juicio arbitral, o estar en juicio (art. 135 anterior) (11).

La reforma de 1968, modificó el artículo 135 y ahora les permite administrar y disponer de sus bienes sin limitación, salvo aquellos que hayan recibido a título gratuito para los cuales necesitan autorización judicial o, acuerdo del otro cónyuge si es mayor de edad.

(9) BANCHIO, en "Cód. Civil y leyes complementarias", Director BUERES, Coord. HIGHTON, Ed. Hammurabi, Bs. As., t. I, p. 440. ARAUZ CASTEX, "Derecho civil. Parte general", cit., t. I, p. 385, Nº 715. CORDOBA, en "Cód. Civ.", BUERES-HIGHTON, cit., t. I, p. 643. RIVERA en "Cód. Civil anotado", Director BELLUSCIO, Coordinador ZANNONI, Ed. Astrea, Bs. As., t. I, p. 512. REZZONICO, "Estudio...", cit., t. I, p. 169. RIVERA, "Instituciones de derecho civil. Parte general", Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1994, t. I, p. 365. GREGORINI COUSELLAS, en Cód. cit., BUERES-HIGHTON, t. III-C, p. 400.

(10) CORDOBA, en Cód. Civ. cit., BUERES-HIGHTON, t. I, p. 643. RIVERA, "Instituciones", cit., t. I, p. 396.

(11) MACHADO, "Exposición y comentario al C.C.", Ed. Lajouane, Bs. As. 1899, t. I, p. 227. ORGAZ, "Personas individuales", cit., p. 308. CORDOBA, "Cód. Civil", cit., en BUERES-HIGHTON, t. I, p. 649.

Sin embargo, y para complicar el entendimiento del intérprete, la ley 17.711, dejó intacto el art. 1360: "Los menores emancipados no pueden vender sin licencia judicial los bienes raíces suyos, ni los de sus mujeres e hijos".

Una corriente de opinión sostiene que ante la nueva redacción del art. 135 se puede entender como inaplicable el impedimento dispuesto en el art. 1360, pues como afirma Aparicio: "Cabe entender, aun cuando el tema sea discutible, que las consignadas son las únicas limitaciones a la capacidad de los menores emancipados dentro de la reforma que ha reelaborado la situación integral de éstos. Por lo tanto han quedado derogados implícitamente los arts. 841 inc. 7, 1360 y 1440" (12).

Otros autores entienden que el art. 1360 mantiene su vigor y vigencia y se aplica en los supuestos que se trate de venta de bienes inmuebles (raíces dice el Código), ya que las limitaciones establecidas se encuentran vigentes y una disposición particular y especial no puede ser derogada —menos tácitamente— por una norma general como lo es el art. 135 del Código civil. Creo que esta interpretación es la que mejor analiza y explica la existencia de ambas disposiciones contradictorias pero vigentes (13).

V. Menores habilitados

Además de la emancipación mediante el matrimonio a partir de la modificación al art. 131 por la ley 17.711, mas luego modificado por la ley 23.264, se prevé el supuesto de habilitación de edad del menor mayor de 18 años y de aquel de igual edad que se encuentre sujeto a una tutela.

El art. 131 en su parte pertinente dispone: "... Los menores que hubiesen cumplido 18 años podrán emanciparse por habilitación de edad con su consentimiento y mediante decisión de quienes ejerzan sobre ellos la autoridad de los padres. Si se encontrasen bajo tutela podrá él

(12) BORDA, "Cont.", cit., t. I, p. 28, Nº 23. ARAUZ CASTEX, "D. Civ. Pte. Gral.", cit., t. I, p. 386, Nº 717. LLAMBIAS, "Trat. Pte. Gral.", cit., t. I, p. 457, Nº 668 bis, y p. 463, Nº 680 bis. RIVERA, en "Cód. Civ. Anot.", cit., BELLUSCIO-ZANNONI, t. I, p. 517.

(13) APARICIO, "Contratos...", cit., t. II, p. 62, nota 47. Igual criterio siguen: BORDA, "Cont.", cit., t. I, p. 28, Nº 23, y SPOTA, "Cont.", t. IV, p. 280, Nº 903.

habilitarlos a pedidos del tutor o del menor, previa sumaria información sobre la aptitud de éste. La habilitación por los padres se otorgará por instrumento público que deberá inscribirse en el Registro de Estado civil y capacidad de las personas. Tratándose de la habilitación judicial bastará la inscripción de la sentencia en el citado Registro. La habilitación podrá revocarse judicialmente cuando los actos del menor demuestren su inconveniencia, a pedido de los padres, de quién ejercía la tutela al tiempo de acordarla o del ministerio pupilar".

Como es posible observar en este tipo de habilitación o ingreso a la capacidad de hecho limitada o plena, según la idea que se admita, exige la intervención del menor y sus padres, el tutor, y en algunos casos la del juez competente.

Queda planteado como interrogante, si estos menores habilitados tienen o no plena capacidad para vender sus bienes, sean muebles o inmuebles, o su facultad se encuentra limitada como la de los emancipados por el matrimonio. La mayoría de nuestra doctrina se muestra partidaria en asimilar las dos situaciones de emancipación, es decir los habilitados en edad están sujetos a las mismas limitaciones que los emancipados por el matrimonio. En esa dirección se expiden: Llam-bías, Bustamante Alsina, Rivera, Mendez Costa, Ibarlucía, Arauz Castex y Córdoba (14).

Por su parte, el profesor Molinario sostuvo que, la habilitación en edad otorga al menor plena capacidad igualada a la de los mayores (15).

(14) Seguí igual razonamiento ante la desarmonía entre los arts. 135 y 1440. COMPAGNUCCI DE CASO, "Cesión de créditos", Ed. La Ley, Bs. As. 2002, p. 66, Nº 48. LOPEZ DE ZAVALIA, "Teoría de los contratos", cit., t. II, p. 49, realiza un desarrollo interesante. Dice que existen tres explicaciones posibles a la contradicción entre los 3 artículos. La primera que entiende derogado al art. 1360 por ser norma anterior. La segunda —que sostengo en el texto— que el art. 1360 es una excepción aplicable solo al caso de venta de inmuebles. Y la tercera y última que el autor hace propia, indica que el art. 1360 es una "simple aplicación para un caso particular" de los normado en el art. 135. Que la autorización judicial prevista en el art. 1360 queda circunscripta solo a los supuestos previstos en el art. 135 del Código.

(15) LLAMBIAS, "Trat. Pte. Gral.", cit., t. I, p. 452, Nº 731. BUSTAMANTE ALSINA, "El nuevo régimen de la incapacidad según la reciente reforma al C.C.", en LA LEY, 130-1052. RIVERA, "Instituciones", cit., t. I, p. 412. MENDEZ COSTA, "Situación jurídica de los emancipados por matrimonio y habilitación de edad", en JA, 1969- sec.doc- 415. IBARLUCIA, "Emancipación por matrimonio y emancipación por habilitación de edad", en LA

Me inclino a pensar que esta última es la interpretación más acorde al sentido de la legislación, ya que las limitaciones establecidas en los arts. 134 y 135 parecieran apuntar y serlo solamente para aquellos que han contraído matrimonio, no para quienes la ley permite equipararlos a los plenamente capaces.

VI. Las incapacidades de derecho previstas en el art. 1160

El art. 1160 contiene una regla genérica, dispone: "No pueden contratar los incapaces por incapacidad absoluta, ni los incapaces por incapacidad relativa en los casos en que les es expresamente prohibido, ni los que están excluidos de poder hacerlo con personas determinadas, o respecto de cosas especiales, ni aquellos a quienes les fuese prohibido en las disposiciones relativas a cada uno de los contratos, ni los religiosos profesos de uno y otro sexo, sino cuando comprasen bienes muebles a dinero de contado o contratasen por sus conventos; ni los comerciantes fallidos sobre bienes que corresponden a la masa del concurso sino estipularen concordatos con sus acreedores".

La norma a más de establecer y reiterar los principios sobre capacidad, agrega como incapacidades de derecho la de los: religiosos profesos y comerciantes fallidos.

VII. Religiosos profesos

La incapacidad de los religiosos profesos tiene sus antecedentes en la Edad Media donde se los consideraba muertos civiles. Es el caso de aquellos religiosos que al entrar en determinadas congregaciones religiosas, hacen el triple voto de: castidad, pobreza y obediencia (16).

Tienen plena capacidad y están excluidos los religiosos que integran estos ministerios pero que solamente realizan votos simples (clérigos).

LEY, 130-1144. ARAUZ CASTEX, "Der. Civ. Pte. Gral", cit., t. I, p. 392, N° 731. CORDOBA, en "Cód. Civ.", BUERES-HIGHTON, cit., t. I, p. 652. CNCiv., sala A, en LA LEY, 142-472. Id. sala F, en ED, 40-402.

(16) MOLINARIO, "La capacidad de los menores de edad que ejercen profesión", en JA, 1972-Sec. Doc- 669.

En las notas a los arts. 103 y 3733, el codificador explica la situación de los que ingresan en comunidades religiosas y su consiguiente incapacidad. En la primera de ellas hace saber cómo pueden ser restituidos a la vida civil ya bien por la dispensa de votos, o la elevación al Episcopado y consiguiente secularización. La referencia al derecho Francés medieval mediante la cita de Pothier, muestra las diferencias existentes entre ese derecho y el que consagrara Vélez en el Código Argentino. Y en la segunda de las notas (art. 3733), vinculada a la aceptación de las herencias, aclara que en nuestra legislación la profesión monástica no causa la muerte civil, y las personas en esas condiciones pueden válidamente disponer y recibir bienes por testamento.

En lo que aquí interesa, los religiosos profesos tienen incapacidad para comprar y vender, salvo las excepciones que permite la ley, como ser: la compra de bienes muebles con dinero de contado, y en el caso que contratasen en nombre y representación de sus conventos (17).

Se ha controvertido si esta incapacidad es de hecho o de derecho. Los primeros comentaristas del Código siguieron y aceptaron la idea de que se está en presencia de una "incapacidad de hecho" en razón de que solo se impide la actividad personal del sujeto. Ese fue el pensamiento de Freitas, seguido por Llerena y Segovia (18).

Sin embargo y, muy a pesar de la autoridad de los juristas citados, hoy prevalece la opinión de que se trata de un supuesto de incapacidad de derecho. Ello en atención a que la limitación lo es a la capacidad jurídica y la consiguiente prohibición de realizar ciertos actos; no existe ninguna posibilidad de cubrir esa inhibición por la actuación de un representante (19).

(17) LLAMBIAS, "Trat. Pte. Gral.", cit., t. I, p... N° 600. ORGAZ, "Personas individuales", cit., p. 193. MOSSET ITURRASPE, "Contratos", cit., p. 197. APARICIO, "Contratos", cit., t. II, p. 69, N° 484. BORDA, "Trat. Pte. Gral.", cit., t. I, p. N° 603. SALVAT- ACUÑA ANZORENA, "Fuentes", cit., t. I, p. 92, N° 85. LOPEZ DE ZAVALIA, "Teoría", cit., t. I, p. 150. SPOTA, "Inst. Cont.", cit., t. II, p. 145, N° 283. REZZONICO, "Estudio...", cit., t. I, p. 170.

(18) El segundo de los supuestos no constituye una excepción a la incapacidad de los clérigos, ya que comprar en ejercicio de la representación de otro, es un obrar "animus in re aliena negotii" que significa la actuación distinta en virtud del ejercicio de un poder representativo. COMPAGNUCCI DE CASO, "Negocio jurídico", Ed. Astrea, Bs. As. 1992, p. 395, N° 131.

(19) FREITAS, "Esboço", coment. a los arts. 42 inc. 4° y 44 inc. 6°. SEGOVIA, "El Cód. Civil de la Rep. Arg. con su explicación y crítica bajo la forma de notas", Ed. La Facultad,

VIII. Comerciantes fallidos

Con relación a los comerciantes fallidos, también el art. 1160 les impide disponer de "... los bienes que correspondan a la masa del concurso, sino estipularen concordatos con sus acreedores".

Al igual que en el supuesto anterior prevalece la idea de que se trata de una incapacidad de derecho, aunque aclaran muy bien Orgaz y Aparicio que, mas que una incapacidad es un efecto de la sentencia de quiebra que ordena el desapoderamiento de los bienes hasta su posterior rehabilitación. Los actos de enajenación que pretenda sobre dichos bienes resultan inoponibles a los acreedores, consagrándose una verdadera imposibilidad para contratar (conf. arts. 107 y 109 de la ley 24.522) (20).

IX. Cónyuges entre sí

La contratación entre cónyuges se encuentra prohibida, no solo para la compraventa, sino también en la donación (art. 1807 inc. 1º), en la permuta (art. 1490), en la cesión de créditos (art. 1441) y en la locación de cosas (art. 1513). Con relación a la venta el art. 1358 establece: "El contrato de venta no puede tener lugar entre marido y mujer, aunque hubiese separación judicial de los bienes de ellos".

Esta prohibición que se encontraba en la mayoría de las legislaciones, ha venido sufriendo algunas mutaciones en el devenir de las ideas y especialmente en los últimos tiempos. Como buen ejemplo de esa evolución el Derecho francés en el art. 1595 del Código civil, impedía que entre cónyuges se vendieran o compraran bienes (21). La ley fran-

Bs. As. 1933, t. I, p. 24. LLERENA, "Concordancias y comentarios del Cód. civil argentino", Ed. La Facultad, Bs. As. 1931, t. I, p. 140.

(20) ORGAZ, "Personas individuales", cit., p. 193. APARICIO, "Contratos", cit., t. II, p. 71. ARAUZ CASTEX, "D. Civ. Pte. Gral.", cit., t. I, p. 350, Nº 651. MOSSET ITURRASPE, "Compraventa inmobiliaria", cit., p. 255.

(21) APARICIO, "Contratos", cit., t. II, p. 72, aclara: "El impedimento constituye una falta de legitimación para hacerlo pues, si bien mantiene la propiedad de los bienes, el sujeto pierde los poderes de administración y disposición de ellos, a favor del síndico, por tanto, los contratos que los comprometa, en definitiva, resultan negocios inoponibles a los acreedores...". Id. ORGAZ, "Personas individuales...", cit., p. 195. SALVAT-ACUÑAAN-ZORENA, "Fuentes", cit., t. I, p. 96, Nº 90. GREGORINI CUSELLAS, "Cód. Civ.", cit., (BURES-HIGHTON), t. III-C, p. 401.

cesa del 23 de diciembre de 1985 suprimió dicho texto legal consagrando el principio de igualdad entre esposos y consiguientemente permitiendo todo tipo de contratación. De allí en más se entiende que los cónyuges pueden contratar entre sí la donación, la constitución de sociedades, convenciones de trabajo y, desde luego, la compraventa (22).

El Código civil italiano no tiene prohibición de contratar entre cónyuges, y mantiene, como veremos, las incapacidades de derecho hacia otras personas (art. 1471 del Codice) (23).

En España el art. 1458 disponía: "El marido y la mujer no podrán venderse bienes recíprocamente, sino cuando se hubiese pactado la separación de bienes o cuando hubiese separación judicial de los mismos bienes, autorizada con arreglo al Cap. VI, Tít. II, de este Libro". La ley 11 del año 1981, modificó dicho artículo que quedó redactado de la siguiente manera: "El marido y la mujer podrán venderse bienes recíprocamente" (24). De esa manera se sigue la tendencia universal de admitir que entre los cónyuges, y por la igualdad jurídica de ambos, se permita la contratación en toda su amplitud.

(22) PLANIOL- RIPERT- HAMEL, "Trat.", cit., t. X, p. 56, Nº 59. RIPERT- BOULANGER, "Tratado de derecho civil. Según el tratado de Planiol", Ed. La Ley, Bs. As. 1965, trad. Garcia Daireaux, t. VIII, p. 32, Nº 1319. COLIN- CAPITANT, "Cours élémentaire de droit civil français", Ed. Dalloz, Paris 1924, t. II, p. 433. AUBRY- RAU, "Cours de droit civil français, d'après l'ouvrage Alleman de Zacharie", Ed. L.G.D.J., 3ème. edit., Paris 1856, t. IV, p. 244, Nº 351, enseñan: "Les ventes entre époux lors des hypothèses prévues para l'art. 1595 sont nulles et la nullité peut en être preposée tant par les époux eux-mêmes que par leurs héritiers et leurs créanciers".

(23) HUET, "Les principaux contrats speciaux", cit., p. 84, Nº 11.138 a), señala que con la sanción de la ley del 23 de diciembre de 1985 sobre la igualdad de los cónyuges se suprimió el art. 1595 del "Code". Norma que impedía la compraventa, salvo algunos supuestos de excepción. Esta reforma, según el autor, se inscribe en un movimiento de liberalidad marcado por supresión de la mayoría de la interdicción de contratar entre esposos. Id. en TERRE-SIMLER, "Droit civil. Les régimes matrimoniaux", 3ème. edit., Ed. Dalloz, Paris 2001, p. 6. PICARD, "La vente entre époux: les temps modernes ou la grande illusion", en J.C.P. 1988-I-3272. VOIRIN- GOUBEAUX, "Manuel de droit civil", Ed. L.G.D.J., 24ème. edit., Paris 1993, t. I, p. 343, Nº 736.

(24) LUZZATO ROGGERO, "La compraventa", Ed. Reus, Madrid 1953, trad. Bonet Ramón, p. 41. MESSINEO, "Manual", cit., t. V, p. 59, Nº 140. BARBERO, "Sistema...", cit., t. IV, p. 17, Nº 736. TORRENTE- SCHLESINGER, "Manuale di diritto privato", Ed. Giuffrè, 16ª ed., Milano 1999, p. 106, Nº 56.

Como antecedentes de esta imposibilidad se citan a las leyes de Partidas que, si bien no impedían la compraventa, prohibían la donación entre cónyuges. Borrel y Soler, en las notas al libro de Luzzato, trae como referencia la ley 55 de Toro, que al disponer la incapacidad de la mujer casada agregó como consecuencia la imposibilidad de contratar con su marido (25).

Para el derecho argentino, se mantiene la imposibilidad de contratar la compraventa entre los cónyuges. Como fundamento de esa prohibición se han dado diferentes razones: impedir que de esa forma modifiquen el régimen patrimonial que impone la ley; que simulen una venta encubriendo donaciones; evitar el perjuicio a los terceros acreedores excluyendo bienes del que contrajo deudas para trasladarlos al otro; alterar el sistema de la legítima que se brinda a favor de los herederos forzosos; y por último, y es razón baladí, que uno de los esposos pueda influir en el ánimo del otro generado por una especie de "temor reverencial", y de esa manera se altere la igualdad de las partes (26).

De todos estos fundamentos solo el primero tiene algún sentido pues se ajusta a la normativa vigente, ya que en el sistema de la ley argentina los cónyuges no pueden acordar un régimen patrimonial diferente al que impone el Código civil (art. 1218).

Considero que, tal como lo hace el proyecto de 1998, debería darse plena libertad a los esposos para que contraten en la materia que quieran y sin más límites que los que establecen en general las leyes. Es posible observar que ese es el camino que siguen las legislaciones modernas ya que la prohibición resulta anacrónica e innecesaria.

Hay uniformidad de opiniones en sostener que la violación al impedimento, genera la sanción de nulidad absoluta. Y ello en virtud de lo

(25) BORRELYSOLER, anotación al libro de LUZZATO, "La compraventa", cit., p. 41, Nota 36. ALBALADEJO, "D. civil", cit., t. II, v. II, p. 11, N° 83. SANTOS BRIZJ., "Derecho civil. Teoría y práctica", cit., t. IV, p. 48. ESPIN, "Manual de derecho civil español", Ed. R.D.P., 5ª ed., Madrid 1974, t. III, p. 522. Recoge los fundamentos de la prohibición: el posible perjuicio a los acreedores y herederos, y la influencia de la autoridad marital. Pero aclara bien que esa prohibición no se corresponde con la época y las nuevas orientaciones ante la ampliación de la capacidad y la consiguiente igualdad de los cónyuges.

(26) BORRELYSOLER, sus comentarios y anotación a: LUZZATO, "La compraventa", cit., p. 41, nota 36.

que ordenan los arts. 1043 y 1047, pues se trata de una incapacidad de derecho donde se encuentra interesado el orden público (27).

El art. 1358 extiende la prohibición aun a los cónyuges: "separados de bienes", lo que dio lugar a diferentes entendimientos. Con la sanción de la ley 23.515 que admite la separación personal y el divorcio vincular, decretada la disolución de la sociedad conyugal, los cónyuges no tienen impedimento para contratar. Como afirman Zannoni y Vidal Taquini, entre quienes no existe mas el vínculo matrimonial, está permitida todo tipo de contratación pues no tienen relación jurídica que lo impida (28).

X. Prohibición de venta. Padres, tutores y curadores (art. 1359)

Se trata de una prohibición de venta, entre quienes tienen el deber de proteger y salvaguardar, y los incapaces que se tienen bajo guarda. El impedimento se da entre los tutores, curadores y los padres, para con los pupilos, curados e hijos (29). Lo establece el art. 1359 que dispone: "Los tutores, curadores y los padres no pueden, bajo ninguna forma, vender bienes suyos a los que están bajo su guarda o patria potestad".

Este obstáculo para vender los bienes propios a los que se tiene sujeto a tutela, curatela o patria potestad, es reiteración de lo que el Código civil prevé en los arts. 279, 450 inc. 3 y 475, y tiene como finalidad impedir que se aproveche una situación de superioridad para perjudicar a aquellos a quienes la ley quiere amparar y proteger. E incluso el artículo 1359 pone el acento y agrava la situación, ya que refiere a que no es posible su realización "bajo ninguna forma", lo que lleva a algunos auto-

(27) REZZONICO, "Estudio...", cit., t. I, p. 171. SALVAT-ACUÑA ANZORENA, "Fuentes", cit., t. I, p. 312, N° 449. APARICIO, "Contratos", cit., t. II, p. 98. BORDA, "Cont.", t. I, p. 29, N° 25. MOSSET ITURRASPE, "Compraventa inmobiliaria", cit., p. 257. LAGOMARSINO, "Compraventa entre cónyuges", en LA LEY, 136-1402.

(28) SEGOVIA, "Explicación", cit., t. I, p. 382, nota 52. GUAGLIANONE, Aquiles H., "Régimen patrimonial del matrimonio", Ed. Ediar, Bs.As. 1968, t. I, p. 378, N° 132. SALVAT-ACUÑA ANZORENA, "Fuentes", t. I, p. 313, N° 451. LAGOMARSINO, "Compraventa entre cónyuges", en LA LEY, 136-1402. ZANNONI, "Derecho de familia", Ed. Astrea, Bs. As. 1989, 2ª ed., t. I, p. 573, N° 465.

(29) ZANNONI, "D. de Flia.", 3ª ed., Astrea, Bs. As., t. I, p. 574, N° 465. VIDAL TAQUINI, "Régimen de bienes en el matrimonio", Ed. Astrea, Bs. As. 1987, p. 308, N° 273.

res a sostener que, aun no es posible adquirir los bienes que se subasten por orden judicial (30).

Para gran parte de la doctrina, el incumplimiento a esta disposición, por tratarse de una incapacidad de derecho y donde se pretende proteger el orden público, acarrea la nulidad absoluta del acto en razón de lo dispuesto en los arts. 1043 y 1047 del Cód. Civil (31). Por otro lado, tanto Machado como Borda sostienen que es un acto nulo pero de nulidad relativa, y por lo tanto confirmable cuando cesa la razón que dio lugar a la sanción (32).

Creo que esta última opinión es la que tiene mayor asidero, pues es evidente que el interés protegido es el individual y no existe un bien superior a tener en cuenta, ni lesión a la moral, buenas costumbres, o a normas de orden público (33).

XI. Prohibición de comprar. (Enumeración del art. 1361)

El art. 1361 desarrolla en siete incisos diversas clases de incapacidades de derecho para adquirir bienes. En los cuatro primeros el impedimento legal se da para quienes ejercen la representación legal de sujetos incapaces o son administradores o mandatarios. En todos estos casos la razón de la prohibición está dada por la necesidad de proteger los intereses de los representados o administrados (34).

(30) MACHADO, "Exposición...", t. IV, p. 57. LLERENA, "Concordancias...", cit., t. V, p. 61. SALVAT-ACUÑAANZORENA, "Fuentes", t. I, p. 314, Nº 452. MOSSET ITURRASPE, "Compraventa inmobiliaria", cit., p. 265. BORDA, "Cont.", t. I, p. 31, Nº 27 b). APARICIO, "Contratos", cit., t. II, p. 99, Nº 529.

(31) BORDA, "Cont.", cit., t. I, p. 37, Nº 27 b), si bien coincide con la afirmación del texto, cita un fallo y opinión favorable de autores que permiten la adquisición de los padres, tutores o curadores, cuando se trata de una subasta judicial ordenada con motivo de la división de un condominio existente entre las partes. C2ª C.F., en JA, 26-1233. Id. BUSSO, "Cód. civil anot.", cit., t. II-B, p. 657, Nº 41. LLERENA, "Concordancias", cit., t. II, p. 67. PLANIOL-RIPERT-HAMEL, "Trat." cit., t. XI, p. 47, Nº 51.

(32) REZZONICO, "Estudio", cit., t. I, p. 174. LLERENA, "Concordancias", cit., t. V, p. 61. SALVAT-ACUÑAANZORENA, "Fuentes", cit., t. I, p. 314, Nº 453. BUSSO, "Cód. Civ. Anot.", cit., t. II-B, p. 656, Nº 65. SPOTA, "Cont.", cit., t. II, p. 130, Nº 278.

(33) MACHADO, "Exposición...", cit., t. IV, p. 57. BORDA, "Cont.", t. I, p. 32, Nº 28. APARICIO, "Contratos", cit., t. II, p. 99, Nº 529. BIBILONI, "Anteproyecto...", cit., t. II, p. 281, comment. art. 1454.

(34) LLAMBIAS, "Trat. Pte. Gral.", cit., t. II, p. 574, Nº 1890. CIFUENTES, "Negocio jurídico", Ed. Astrea, Bs. As., p. 628, Nº 346. ARAUZ CASTEX, "Derecho civil. Parte general", cit., t. II,

En los tres últimos incisos la ley hace mención a supuestos muy particulares, como por ejemplo, la de los jueces y auxiliares de la justicia, para adquirir bienes que se encuentran en los litigios que tramitan en los juzgados donde ejercen su ministerio.

XII. Padres, tutores y curadores

Los casos de los padres, tutores y curadores que, con relación a la venta fueron analizados con anterioridad, el art. 1361 establece: "Es prohibida la compra aunque sea en remate público, por si o por interpuesta persona: 1) A los padres de los bienes de los hijos que están bajo su patria potestad. 2) A los tutores y curadores, de los bienes de las personas que están a su cargo y comprar bienes para éstos, sino en los casos y por el modo ordenado por las leyes".

Con relación a los padres esta norma se correlaciona con lo que el art. 297, modificado por la ley 23.264 dispone: "Los padres no pueden, ni aun con la autorización judicial, comprar por si ni por interpuesta persona, bienes de sus hijos aunque sea en remate público...".

Para algunos juristas la traba no tiene lugar cuando se trata de enajenación ordenada en subasta judicial de bienes en condominio, pues se realiza una previa tasación, y además concurren otros postores, ya que el derecho de los incapaces queda protegido (35).

Creo que el impedimento legal lo es para todos los casos, y refuerza el entendimiento el propio texto del art. 297 pues se indica expresamente "aunque sea en remate público", lo que a mi juicio engloba tanto al remate privado como a la subasta pública. A ello se agrega que, ni siquiera la autorización judicial puede purificar el acto o darle validez (36).

p. 461, Nº 1979. ZANNONI, "Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos", Ed. Astrea, Bs. As., p. 201, Nº 23. TRIGO REPRESAS, "Nulidad y reivindicación de subadquirentes", Ed. Lex, La Plata 1978, p. 73. COMPAGNUCCI DE CASO, "El negocio jurídico", cit., p. 534, Nº 181.

(35) LLERENA, "Concordancias", cit., t. V, p. 62. REZZONICO, "Estudio...", cit., t. I, p. 179. BORDA, "Cont.", cit., t. I, p. 31, Nº 27 b). PLANIOL-RIPERT-HAMEL, "Trat." cit., t. XI, p. 47, Nº 54. AUBRY-RAU, "Cours de droit civil français", cit., t. III, p. 240, Nº 351.

(36) ZANNONI, "D. de flía.", cit., t. II, p. 749, Nº 1294. BELLUSCIO, "Manual de derecho de familia", Ed. Depalma, Bs. As., 1979, 3ª ed., t. II, ps. 307/308, Nº 549. MACHADO, "Expo-

Esta prohibición rige y se aplica con relación a los tutores y curadores (arts. 450 y 475), ya que el primero de los artículos dispone que al tutor le es absolutamente prohibido, aun con la errónea autorización judicial, "comprar o arrendar por sí o por persona interpuesta bienes muebles o inmuebles del pupilo aunque sea en remate público....". El art. 475 hace extensiva la inhabilidad a los curadores (37).

XIII. Albaceas

La concepción legal del albacea está regulada en los arts. 3844 al 3874 del Cód. Civil, y es una especie de executor del testamento designado por el mismo testador. La naturaleza jurídica es muy controvertida, el Codificador argentino en la nota al art. 3844, apartándose de la opinión de Zacharie, dice que es una especie de mandatario de los herederos. Debo señalar que esta figura ha girado en derredor de los conceptos de: mandatario, representante, mandato "post mortem", o un instituto de género propio (sui generis) (38).

El albacea tiene funciones de administración y ejecución, ya que puede: pagar los legados con la intervención de los herederos, pagar deudas, exigir el cumplimiento de los cargos, sin perjuicio de que ante la existencia de herederos forzosos o instituidos, es a éstos a quienes les corresponde la administración de los bienes relictos (arts. 3451 y 3852).

sición...", cit., t. I, p. 548. LLAMBIAS y colaboradores: "Cód. civil anotado", Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., t. I, p. 961, coment. al art. 297. GARBINI en "Cód. civil anotado", Dir. BELLUSCIO. Coord. ZANNONI, Ed. Astrea, t. II, p. 171. APARICIO, "Contratos", cit., t. II, p. 99, N° 529. BUSSO, "Cód. Civ. Anot.", cit., t. II-B, p. 662, N° 85.

(37) ZANNONI, "D. de flía.", cit., t. II, p. 826, N° 1385. BUSSO, "Cód. Civ. Anot.", cit., t. II-B, p. 1026, N° 7/8. PALMIERI-ZANNONI, en "Cód. Civil Anot." cit., Dir. BELLUSCIO. Coord. ZANNONI, t. II, p. 372. REZZONICO, "Estudio", cit., t. I, p. 180, comente un yerro al señalar que a la contratación de los tutores con sus pupilos le debe ser de aplicación lo dispuesto en el art. 443 inc. 6, que admite la compra de bienes "para" los representados. El impedimento absoluto está previsto en el art. 450 y dado para la contratación entre el tutor y el pupilo.

(38) PUIG BRUTAU, "Fundamentos", cit., t. V, v. I, p. 439. ZANNONI, "Derecho de las sucesiones", Ed. Astrea, 3ª ed., Bs. As. 1983, t. II, p. 665, N° 1521. FASSI, "Tratado de los testamentos", Ed. Astrea, Bs. As. 1970/1971, t. II, p. 270, N° 732. BORDA, "Trat. Sucesiones", Ed. Perrot, Bs. As., t. II, p. 547, N° 1654. MOSSET ITURRASPE, "Compraventa inmobiliaria", cit., p. 269. CNCiv., sala D, en LA LEY, 132-1061, f. 18.598-S. Id. sala E, en ED, 84-520.

Es por todo ello que el inc. 3º del art. 1361 le impide al albacea "la compra de los bienes de las testamentarías que estuvieren a su cargo". A más de las razones dadas por su vinculación con los bienes de la herencia que administra y ejecuta, es importante señalar que el art. 1870 inc. 7º indica que al albacea se le aplican las disposiciones del mandato, y de esa forma se justifica aun más el impedimento. Se trata, por otra vez, de una prohibición absoluta cuyo incumplimiento acarrea la nulidad el acto de adquisición (39).

Sostiene Borda que esta imposibilidad no rige cuando el albacea es coheredero, y los bienes que se venden están destinados a cubrir las porciones legítimas de los herederos (40).

XIV. Mandatarios

La referencia a los mandatarios se encuentra en el inc. 4º, y dispone: "A los mandatarios, de los bienes que están encargados de vender por cuenta de sus comitentes", y debe correlacionarse con lo que disponen los arts. 1908 y 1918. Es una prohibición que tiene sus antecedentes en el Derecho romano (Digesto 18.1.34.7), se encuentra en la Novísima Recopilación (Ley 1, Tít. II, Libro 10), y está consagrada en los Códigos: francés (art. 1596), español (art. 1459 inc. 4º), italiano de 1942 (art. 1471 inc. 4º), y alemán (arts. 465 y 457) (40).

A mi entender el supuesto solo hace referencia a la relación entre el mandante y mandatario, y a los casos de representación voluntaria, no a los que la ley califica como representaciones necesarias (41).

(39) ZANNONI, "D. de las sucesiones", cit., t. II, p. 689, N° 1550, enseña que solo pueden vender bienes con conformidad de los herederos y siendo ello indispensable. SALVAT-ACUÑA ANZORENA, "Fuentes", cit., t. I, p. 316, N° 458. ESPIN CANOVAS D., "Manual de derecho civil español", Ed. R.D.P., 5ª ed., Madrid 1978, t. V, p. 377. C2ª La Plata, sala III, en JA, 1944-IV-281. Id. en JA, 48-286.

(40) BORDA, "Cont.", cit., t. I, p. 33, N° 29, y ello porque en ambos casos su función se encuentra limitada.

(41) Es la idea que sostiene MANRESA, "Cód. civil español", 5ª ed., Madrid 1950, t. X, p. 130. DIEZ PICAZO, "La prohibición de comprar impuesta a los mandatarios" en A.D.C. 1965-641. LUZZATTO, "La compraventa", cit., p. 37. BORDA, "Cont.", cit., t. I, p. 33, N° 31 d) y REZZONICO, "Estudio", cit., t. I, p. 181, extienden la veda a todos los representantes sean convencionales o legales.

Se plantea una cuestión ética y de conciencia, ya que pugnan los intereses del representado y los propios del mandatario, y con la prohibición la ley trata de evitar que se vulnere la confianza que guía ese tipo de relación jurídica.

Este tema es el que se conoce como "autocontrato", tratándose de una figura jurídica mirada con cierto desfavor por la doctrina y la jurisprudencia, y no solamente porque el mandatario, como dice Salvat, podría comprar por un precio inferior a lo que valgan las cosas en el mercado, sino también porque, aun pagando el precio corriente, daría siempre lugar a sospechas y malas interpretaciones en una vinculación que no acepta ese tipo de entendimiento (42).

Al mandatario encargado de vender, es al único a quien la ley le impide comprar, e incluso más, de adquirir los bienes que tiene para enajenar, no los demás del mandante. Los autores señalan bien, que si las facultades están solo dadas para administrar, no existe ninguna oposición de intereses y el acto es perfectamente posible y válido. Se trata siempre de una interpretación estricta nunca extensiva o analógica (43).

Cuando el mandante permite o autoriza que el mandatario compre, el acto es válido, al igual que si a posteriori ratifica en forma expresa o tácita. En este último supuesto se daría una especie de confirmación de un acto "nulo relativo" (conf. arts. 1059, 1061 y 1064 del Cód. Civil) (44).

(42) SALVAT-ACUÑAANZORENA, "Fuentes...", cit., t. I, p. 316, N° 459 d). MOSSET ITURRASPE, "Compraventa inmobiliaria", cit., p. 270 y sigtes. MASNATA H., "La autocontratación", Ed. Depalma, Bs. As. 1965. DÍAZ DE ENTRESOTOS FORNS M., "El autocontrato", Ed. Tecnos, Madrid 1990, p. 48 y sigtes. DE CASTROY BRAVO F., "Temas de derecho civil. La representación", Ed. Rivadeneyra, Madrid 1972, p. 114 y sigtes. DE LEON ARCE A., "La representación", en el libro "Negocio jurídico y representación", Ed. La Ley (España), Madrid 1989, p. 281. CHIANALEA., "La rappreentanza", en: "Il contratti in generale", Diritto da Pietro Rescigno, a cura de Enrico Gabrielli, Ed. UTET, Torino 1999, t. II, p. 1145, afirma: "Costituiscono esempi di conflitto di interessi: il contratto con se stesso".

(43) LAURENT, "Principes", cit., t. XXIV, p. 58, N° 47. AUBRY ET RAU, "Cours", cit., t. III, p. 241, N° 351, nota 11. SALVAT-ACUÑAANZORENA, "Fuentes", cit., t. I, p. 217, N° 460. BORDA, "Cont.", cit., t. I, p. 35, N° 32. CASTAN, "D. civil", cit., t. IV, p. 77.

(44) BADENES GASSET, "El cont. de compraventa", cit., t. I, p. 406 y sigtes. Y CASTAN, "D. civil", cit., t. IV, p. 77, citan varias sentencias del Tribunal Supremo Español, muy interesantes. Por ejemplo se decidió que la prohibición no tiene lugar cuando el mandante es representado por otra persona distinta (Fallo del 17-VI-20), o bien actúa el propio mandatario (Fallo del 22-II-58. Id. 7-XII-83. Id. 16-V-84. PUIG BRUTAU, "Fundamentos", cit., t. II,

XV. Empleados y funcionarios públicos

El inciso 5° del art. 1361 se vincula, primero con los empleados públicos, quienes "no pueden comprar los bienes del Estado o de las municipalidades de cuya administración estuviesen encargados". La prohibición se justifica en razones de orden moral y de defensa de los intereses públicos, e impide que, aquellas personas que cumplan tareas en la administración, nacional, provincial, o municipal, y se encuentren autorizados a disponer la venta de bienes del Estado, puedan adquirir por o para sí dichos bienes (45).

Al igual que en los supuestos anteriores la interpretación de la norma debe ser restrictiva, y por lo tanto no rige para los empleados que cumplan otras funciones o se encuentren trabajando en diferentes direcciones, ministerios, o reparticiones.

La sanción, ante la concreción del acto impedido, es la nulidad absoluta. Considero que no es posible pensar que una acción de esta clase pueda convalidarse por el tiempo o la confirmación, la moral y el orden público prevalecen para justificar la cualidad negativa del acto (46).

En cuanto a los Ministros de la Nación, al igual que los de las provincias, "no pueden comprar los bienes nacionales o de cualquier establecimiento público o de corporación civil o religiosa", "ni los bienes pro-

v. II, p. 131. REZZONICO, "Estudio...", t. I, p. 183. Por su parte LOPEZ DE ZAVALIA, "Teoría...", cit., t. II, p. 95, dice que si bien está prohibido que el mandatario compre para sí, no lo está cuando "autocontrata" vendiendo en nombre de un mandante y comprando para otro. En similar sentido: CNCiv., sala A, en JA, 1965-III. F. 55.394. CCiv. 2°C.F., en JA, 1943-III-846.

(45) DEGNI, "La compraventa...", cit., p. 91. CASTAN, "D. civil", cit., t. IV, p. 77. BORDA, "Cont.", cit., t. I, p. 36, N° 35 e). SALVAT-ACUÑAANZORENA, "Fuentes...", cit., t. I, p. 318, N° 462. REZZONICO, "Estudio...", cit., t. I, p. 184. LUZZATTO, "La compraventa", cit., p. 41. BARBERO, "Sistema del derecho privado", Ed. Ejea, Trad. Sentís Melendo, Bs. As. 1967, t. IV, p. 17, N° 736. BIGLAZI GERI- BRECCI- BUSNELLI- NATOLI, "Diritto civile. Obbligazione e contratti", cit., t. III, p. 312.

(46) BORDA, "Cont.", cit., t. I, p. 36, N° 36, dice bien: "Si tales actos pudiesen ser confirmados por los funcionarios que suceden al que los realizó, so color de que convienen al Estado, no podrá impedirse la sospecha de una colusión en perjuicio de los intereses públicos". En el derecho italiano FERRARA, "Teoría del negozio illecito", lo califica como un hecho contrario a la ley y por lo tanto antijurídico. DEGNI, "La compraventa...", cit., p. 99, nota 43.

vinciales o municipales o de las corporaciones civiles o religiosas de las provincias" (inc. 7º art. 1361). Estos funcionarios por su jerarquía tienen facultades suficientes para provocar la enajenación de los bienes en la órbita de su ministerio, y es ella la razón de que la ley impida la adquisición de esos bienes. Al igual que para el supuesto anterior el acto resultará nulo de nulidad absoluta.

Poco importa quién haya dispuesto u ordenado la venta, y en que repartición o dirección se disponga para ello, la prohibición es genérica y rige para cualquier supuesto (47). No resulta muy comprensible que también se extienda a los que corresponden a las corporaciones civiles y religiosas, ya que carecen de potestades o imperio en esa órbita.

XVI. Jueces, abogados, fiscales, etc.

El inciso 6º del art. 1361, hace una enumeración casi completa de aquellos que, por estar vinculados con el quehacer judicial, se encuentran imposibilitados de adquirir ciertos bienes; en ese sentido preceptúa: "... inc.6º. A los jueces, abogados, fiscales, defensores de menores, procuradores, escribanos y tasadores, de los bienes que estuvieren en litigio ante el juzgado o tribunal ante el cual ejercieren o hubieren ejercido su respectivo ministerio".

La norma fue tomada de Freitas, que en el Esboço (arts. 1903 inc. 10, y 2183 inc. 4º) establecía estos impedimentos, con algunas diferencias dignas de ser notadas y que van a aclarar en cierta medida lo controvertido de la disposición (48). De todos modos y, sin perjuicio del análisis de la fuente, es necesario buscar un sentido y explicación a la redacción de la norma tal como fue dictada por el Codificador nacional.

Por una parte se encuentran incapacitados: los jueces, secretarios, fiscales, asesores de menores e incapaces, defensores de pobres y au-

(47) TROPLONG, "Droit civil expliqué. De la vente", Ed. Charles Hingray, 4ème. ed., Paris 1845, t. I, p. 269, Nº 195. REZZONICO, "Estudio...", cit., t. I, p. 189. BORDA, "Cont.", cit., t. I, p. 40, Nº 41. SALVAT-ACUÑA ANZORENA, "Fuentes", cit., t. I, p. 323, Nº 469. El proyecto de 1936 se refiere genéricamente a los funcionarios públicos, y extiende la prohibición hasta dos años después de haber cesado en el cargo (art. 943 inc. 1º).

(48) FREITAS, "Código civil, obra fundamental del Código civil argentino", Ed. Garcia Santos - Roldán, Bs. As. 1909, t. I, p. 662, comentario al art. 1983, inc. 10, y art. 2183 inc. 4º.

sentes, tasadores, y demás auxiliares de la justicia, de poder adquirir los bienes que en los procesos donde tengan (o hayan tenido) intervención por su competencia e imperio. Por lo cual, y a contrario, es posible admitir que puedan hacerlo en los pleitos que no fueran de su incumbencia ni tuvieran ningún tipo de vinculación.

Las razones que imponen el impedimento se dan en el primer supuesto por la oposición de intereses y los aspectos éticos que gobiernan la situación; cuestión que no ocurre ante la inexistencia de relación alguna entre la función y la orden de venta dispuesta en otro proceso judicial. Insistiendo en el contenido de la prohibición, es célebre la opinión de Portalis en la exposición de motivos del proyecto de "Code", cuando afirmaba: "Cette disposition est la sauvegarde des justiciables. Un juge est établi pour terminer les contestation des parties et non pour en trafiquer" (49).

La misma prohibición rige para los abogados y procuradores que actúan por sus clientes, ya sea como apoderados o simplemente como patrocinantes, en las ventas ordenadas en aquellos procesos judiciales donde intervengan como profesionales (50).

Tanto para unos como para otros, el impedimento no concluye con la finalización de las tareas, sino que se mantiene por siempre, ya que la

(49) PORTALIS, "Exposé des motifs", Nº 16, cit. por LAURENT, "Principes...", cit., t. XXIV, p. 65, Nº 56. CASTAN, "D. civil", cit., t. IV, p. 78, siguiendo a Manresa, dice que el fundamento es clarísimo, no solo de quitar la ocasión al fraude, además de rodear a las personas que intervienen en la administración de justicia de todas los prestigios que necesitan para ejecutar su ministerio. BADENES GASSET, "La compraventa", cit., t. I, p. 417. REZZONICO, "Estudio...", cit., t. I, p. 186, alarga la prohibición a los juicios en que estos funcionarios intervienen o "son de su competencia". Me parece un criterio demasiado laso y que llevaría a una incapacidad casi total para adquirir bienes cuya enajenación se ordene en subastas judiciales. LUZZATTO, "La compraventa", cit., p. 44. El "Codice" italiano en el art. 1471 dispone: "Divieti speciale di comprare: Non possono essere compratori nemmeno all'asta pubblica né direttamente ni per interposta persona... inc. 2º: gli ufficiale pubblici rispetto ai beni che sono venduti per loro ministero".

(50) BORDA, "Cont.", cit., t. I, p. 38, Nº 37, cita un fallo que excluye de la prohibición a un procurador a quién, si bien se le había otorgado un poder general, no intervenía en el juicio. REZZONICO, "Estudio", cit. t. I, p. 186. SALVAT-ACUÑA ANZORENA, "Fuentes", cit., t. I, p. 319, Nº 464. Freitas aclaraba (coment. al art. 1903 inc. 10 y 2183) que no pueden comprar los bienes que se vendan en los juicios en que ejercen su profesión. LAURENT, "Principes...", cit., t. XXIV, p. 68, Nº 58, brinda igual solución.

ley establece, con referencia al tribunal: "... donde ejercieren o hubieren ejercido su respectivo ministerio" (51).

Queda por establecer si cuando la ley se refiere a "bienes que estuvieren en litigio", lo hace con relación a todos los bienes interesados en aquellos procesos contradictorios y además los voluntarios (v.gr. sucesiones), o solamente a los que se encuentran en juicios donde se deciden controversias, es decir los propios y verdaderos pleitos.

Una tesis restrictiva concentra el entendimiento a los supuestos en que se enajenan bienes en procesos contenciosos. Son mayoría los autores que consideran que la prohibición solo rige para estos casos, porque sino hay controversia sobre los derechos y consecuente incertidumbre, no existe impedimento para que quienes tienen intervención en dichos pleitos estén en condiciones de adquirirlos (52).

En concordancia a ello un viejo fallo de la Cám. 1ª de La Plata, resolvió que el impedimento "solo se refiere a los bienes sobre los cuales existan o hayan existido en la causa pretensiones contrarias de las partes" (53).

La opinión de Machado, seguida parcialmente por Salvat y Borda que la mantienen solo en cuanto a los funcionarios judiciales, extiende la limitación a cualquier clase de proceso judicial, sea o no contradictorio, como es el caso tan anunciado de los juicios sucesorios (54).

(51) SALVAT-ACUÑA ANZORENA, "Fuentes...", cit., t. I, p. 321, N° 467. LOPEZ DE ZAVALIA, "Teoría...", cit., t. II, p. 106. En contra: BORDA, "Cont.", cit., t. I, p. 39, N° 39, considera que el impedimento subsiste mientras dura el pleito "cesado éste concluye la incapacidad establecida en el art. 1361 inc. 6°".

(52) SEGOVIA L., "El Código civil de la Rep. Arg. Su explicación y crítica bajo la forma de notas", Ed. La Facultad, Bs. As. 1933, nueva ed., t. I, p. 400. LLERENA, "Concordancias...", cit., t. V, p. 66. BIBILONI J.A., "Anteproyecto de reformas al C.C. arg.", Ed. Valerio Abeledo, Bs. As. 1932, t. VI, p. 34, afirma que la tesis amplia es "insostenible". LOPEZ DE ZAVALIA, "Teoría", cit., t. II, p. 103. En el derecho francés: LAURENT, "Principes", cit., t. XXIV, p. 68, N° 58. El Supremo Tribunal Español declaró: "... para que se aplique la prohibición es necesario que se trate de cosas y derechos que fueran objeto de litigio, y que la contienda judicial exista al momento de celebrarse el contrato y no en otro posterior", y que la actuación del letrado no obedezca a la defensa de sus propios intereses, sino a la de alguno de los contendientes. ST Español, sent. del 29-X-64.

(53) C1ª La Plata, en JA, 1943-II-765. C2ª C.F. en JA, 11-1060.

(54) MACHADO, "Exposición", cit., t. IV, p. 64. BORDA, "Cont.", t. I, p. 39, N° 38. SALVAT-ACUÑA ANZORENA, "Fuentes...", cit., t. I, ps. 220 y 221, N° 465 y 468. No resulta muy

Participo de este último criterio por varias razones: primero porque no creo que tenga mucha importancia la clase de juicio de que se trate, sino la vinculación entre los funcionarios y profesionales que intervienen y los litigantes. Y segundo, porque la finalidad de la norma es salvaguardar y mantener el equilibrio necesario entre dichos funcionarios y profesionales y los titulares de los derechos.

El orden público y la moral exigen un sistema de rigidez estricta para proteger a los titulares de los intereses confiados a terceros; es necesario que, tanto sea en los procesos contenciosos como en los voluntarios, no haya siquiera sospechas sobre el comportamiento de funcionarios y letrados. Dicha prohibición debe extenderse a todos los sujetos que la ley incluye en el art. 1361 inc. 6° del Código civil (54).

Los actos que infrinjan lo dispuesto en el art. 1361 inc. 6°, son nulos (art. 1042), aunque existen algunas dubitaciones sobre si la nulidad es absoluta o relativa. Algunos distinguidos juristas como Lafaille y Llerena sostienen el carácter absoluto, al igual que lo hace Degni en la doctrina italiana (55).

Otra corriente de opinión, que fuera sustentada en lo que los autores franceses enseñaban, entiende que es una nulidad relativa. El perjuicio solo agrede a una de las partes, son actos ineficaces confirmables o cubiertos por la prescripción, lo que les da ese carácter (56).

Por su parte Salvat y Borda, seguidos por Rezzónico, dan una explicación muy satisfactoria. Enseñan que en el caso de los jueces, y demás

asertiva la opinión de Salvat, ya que al aclarar cual es significado de "bienes en litigio" dice que son los que están en pleito contradictorio; mas luego en el N° 468 c), afirma que los funcionarios y profesionales no pueden comprar cosas que se vendan en cualquier tipo de litigio.

(55) MOSSETITURRASPE, "Compraventa inmobiliaria", cit., p. 280, sostiene: "En consideración al interés comprometido, que no es otro, que el interés público en la preservación de la moral social, la nulidad es, al menos como regla, absoluta (art. 1047), no subsanable por la confirmación, ni susceptible de prescripción. LLERENA, "Concordancias", cit., t. V, p. 67. DEGNI, "La compraventa...", cit., p. 103. CNCiv., sala F, en JA, 1963-IV, f. 7199. Cpl. Río Cuarto, en LLC, 1992-645.

(56) MACHADO, "Exposición...", cit., t. IV, p. 66. LOPEZ DE ZAVALIA, "Teoría", cit., t. II, p. 108. PLANIOL- RIPERT- HAMEL, "Trat.", cit., t. X, p. 56, N° 58. AUBRY-RAU, "Cours...", cit., t. III, p. 244, N° 351, nota 24. TROP LONG, "Vente...", cit., t. I, p. 268, N° 194. LAURENT, "Principes...", cit., t. XXIV, p. 72, N° 63.

funcionarios de la justicia, el orden público funda la sanción y la ineficacia puede ser invocada por cualquiera, el carácter absoluto es lo que le corresponde; en cambio, cuando se trata de adquisiciones realizadas por los abogados o procuradores, solo juegan los intereses particulares y privados, además el acto puede ser confirmado o ratificado por el afectado (57). ♦

CAPACIDAD Y LEGITIMACION EN LOS CONTRATOS

POR JOSÉ MARÍA GASTALDI

SUMARIO: I. A manera de introducción. — II. Los conceptos en juego. Capacidad e incapacidad: especies. Legitimación. Paralelo entre capacidad y legitimación. — III. Capacidad e incapacidad en los contratos: principios generales. Los inhabilitados. La inoponibilidad. La emancipación. La habilitación comercial. — IV. Capacidad para contratar. — V. Régimen de los contratos celebrados por incapaces. Nulidad por incapacidad. Principio y excepciones. — VI. Legitimación: concepto. Supuestos. Personas físicas (representantes). Personas de existencia ideal (representantes). Legitimación y "competencia". — VII. Nulidad por falta de legitimación

I. A manera de introducción

Dentro de los diversos trabajos que se propusieron para integrar esta nueva publicación del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, que tengo el honor de integrar, seleccioné la "capacidad" y la "legitimación", particularizando los temas en el contrato, es decir, tratando ambas en el marco del acto jurídico por excelencia y, a su vez, la fuente más fecunda de obligaciones, condiciones que se dan en dicho instituto.

Considero que "capacidad" y "legitimación" son conceptos diferentes, ambiguos en su significado, cuestionados en su propia denominación, y que no siempre son abordados en la teoría general del contrato.

Trataré por ello de dar algunas bases de lo que considero necesario tanto para ubicar los conceptos como para colocarlos en aquel marco y, en lo posible, precisar su contenido, compararlos y aludir a su importancia.

(57) SALVAT- ACUÑA ANZORENA, "Fuentes", cit., t. I, p. 325, N° 475. BORDA, "Cont.", cit., t. I, ps. 39/40, N° 40. REZZONICO: "Estudio", cit., t. I, p. 190.

En primer lugar, bueno es recordar que, superada la consideración de la capacidad como uno de los elementos de los contratos (1), como lo establecía el Código Civil francés (2), se la excluyó —entendiendo definitivamente—, para colocarla como un “presupuesto de validez” de aquéllos o, más precisamente, del consentimiento que es su elemento más esencial e indiscutido. Así la he tratado en trabajos anteriores (3).

Es que se advirtió, posteriormente al modelo que inspiró tantos códigos, que la capacidad no tiene similar entidad que los restantes elementos enunciados por el código francés, toda vez que al consentimiento, el objeto y la causa —elementos esenciales, constitutivos— corresponde ubicarlos como intrínsecos al contrato, mientras que a la capacidad se la debe colocar como extrínseco. Aquéllos integran el contrato, esta última, diría, permanece en su exterior.

Consecuente con tal planteo, modernamente se considera que la capacidad no es otra cosa que un presupuesto de validez, en realidad del consentimiento que conforma el contrato. El contratante debe tener la capacidad suficiente, pues de lo contrario su voluntad no será válida para la formación del acuerdo.

Tal presupuesto se ha dicho que está ligado al contrato por un nexo de subordinación jurídica y ejerciendo a su respecto una función integradora (4). Pero no lo integra, es condición de su validez (5). Así resuelve la

(1) Para el detalle de los elementos y su clasificación remito a GASTALDI, José María, “Introducción al estudio del contrato”, Ed. La Ley, 2003, p. 38.

(2) Art. 1108 Cód. Civil francés: “Cuatro condiciones son esenciales para la validez de una convención: 1) El consentimiento de la parte que se obliga. 2) Su capacidad de contratar. 3) Un objeto cierto que forma la materia del compromiso. 4) Una causa lícita de la obligación”.

(3) GASTALDI, José María, “El contrato de concesión privada”, tesis (1969), Ed. Astrea, Bs. As., 1974, p. 116; “Introducción al estudio de los contratos comerciales. Su relación con los civiles”, Ed. de Belgrano, Bs. As., 1ª ed. 1981, 2ª 1985, 3ª actualizada, 1991, p. 49 y sigtes.; “Introducción al estudio del contrato”, Ed. La Ley, Bs. As., 2003, p. 37 y sigtes.; “Pacto comisorio”, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1985, p. 12; etc.

(4) Conf. RAVENNA, Nelly A., “Los elementos de los contratos”, en Contratos I, Cátedra del Dr. Federico N. Videla Escalada, Ed. Víctor P. de Zavalía, Bs. As., 1971, p. 262.

(5) Incluyo también como presupuesto a la forma, cuando ella es esencial, es decir, solemnemente absoluta, en cuyo caso su ausencia determina la nulidad del acto. Pero cabe aclarar que, al no ser exigida en todos los casos —en realidad la solemnidad absoluta es una excepción al principio de la libertad de formas— no cabe incluirla como un requisito esencial

codificación moderna el tema de la capacidad, por ejemplo, el Código italiano de 1942, nuestros proyectos de reforma, etc.

Desde otro ángulo, cabe analizarla también en sus diversas especies —de hecho, de derecho— y desde lo opuesto —incapacidad también de hecho y de derecho—, con ajuste de los términos —¿incapacidad de derecho o inhabilidad o prohibición?—.

En cuanto a la “legitimación”, jurídicamente el término engloba diversos significados —legitimación referida a un hijo, equiparación al “poder” conferido a un representante, legal o convencional, aptitud para representar, sea a personas físicas o jurídicas, etc.—, entre los cuales precisaré los referidos al sujeto que contrata, por ser el tema base.

También analizaré, fundamentalmente, el alcance de estos componentes vinculados a la formación del contrato y muy especialmente las consecuencias de su falta. Es decir, el régimen de los contratos celebrados por “incapaces” o por personas que carecen de legitimación” suficiente.

II. Los conceptos en juego. Capacidad e incapacidad: especies. Legitimación. Paralelo entre capacidad y legitimación

II.1. Capacidad e incapacidad: especies

La capacidad, que podemos identificar con aptitud, se la divide, como es sabido, en de “derecho” o de “goce” o “jurídica” (6), y de “hecho” o de “ejercicio”.

genérico, como se desprendería de la enunciación del art. 1325 del Código Civil italiano de 1942, cuando menciona como tal, a la par del acuerdo de partes, la causa y el objeto, a “la forma, cuando resultara prescrita por la ley bajo pena de nulidad”; la propia redacción determina que no es un requisito genérico, sino que es exigido en casos de excepción establecidos por la ley, como sucede en nuestro Código Civil, que proclama la libertad de formas en su art. 974, “cuando por este código, o por las leyes especiales, no se designe forma para algún acto jurídico”. Ejemplo de solemnidad absoluta, es decir, cuya ausencia anula el acto, lo tenemos en el art. 1810.

(6) Así la denomina, por ejemplo, HEDEMANN, J.W., “Tratado de Derecho Civil”, vol. III, Derecho de Obligaciones, traducción de la edición alemana por Jaime Santos Briz, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 38.

Entendemos por la primera, la titularidad de derechos, es decir, ser titular de ellos, tenerlos, por así decir, incorporados a la persona.

Por la segunda, la posibilidad de ejercerlos, de ponerlos en "funcionamiento", practicarlos.

Para la celebración de un contrato válido es necesario que las partes que lo realizan sean capaces, en ambos sentidos, recordando que la incapacidad de hecho se suple mediante un representante (caso de menores, dementes, etc.), no así la de derecho.

La falta de capacidad se la suele mencionar como "incapacidad", de hecho y de derecho, correspondiendo en cada caso a lo opuesto a la capacidad de una y otra especie.

Estoy de acuerdo con la denominación de incapacidad "de hecho", mas no que se denomine "incapacidad" a la "de derecho". El sujeto privado de la capacidad de goce no es un "incapaz", asimilable a los de hecho. De allí que opto por la denominación, en este caso, de inhabilidad o aun incompatibilidad o prohibición para ser titular de un derecho, originada en una disposición legal. Volveré sobre el particular.

II.2. Legitimación

Respecto a la "legitimación", limitaré su análisis al ámbito de los contratos y, además, circunscripta a una de sus acepciones: la situación en que quien contrata no lo hace a título personal sino en representación, de un incapaz o de una persona jurídica.

Quien ejerce tal representación, debe estar "legitimado" para ello, de manera que los actos que realice haciendo uso de ella incidan en el representado, resultando así fundamental para la concreción del contrato. Tal legitimación dependerá del tipo de incapacidad o de la persona jurídica de que se trate: sociedades, asociaciones, fundaciones.

A su vez, ese "legitimado", obviamente, deberá contar con los instrumentos necesarios que lo acrediten para realizar el contrato de que se trate y actuar dentro de los límites impuestos por la ley o por el representado.

II.3. Capacidad y legitimación: paralelo

Con estos principios resulta relativamente simple efectuar un paralelo y consecuente distinción entre capacidad y legitimación, esta última en la acepción que nos interesa ahora.

La primera diría que está referida directamente a la persona que, como "parte" —es decir, como centro de interés, o sea, sobre cuyo patrimonio tendrá efecto el contrato—, interviene directamente en un contrato —u otro acto jurídico—, es decir, el caso más común en los contratos entre personas de existencia visible.

La legitimación aparece cuando una persona física por algún motivo —legalmente obligatorio o voluntariamente— no puede o no quiere ejercer su capacidad directamente y es representada por otra persona.

También —y en este caso es la única posibilidad de realizar un contrato—, cuando se trata de una persona jurídica, que sólo puede actuar a través de sus representantes —no cabe referirme, por exceder este trabajo, si aquella tiene "representantes" u "órganos"—, que en cada caso resultan de lo que establecen, como fondo, las normas legales y, para el ejercicio, los correspondientes estatutos o contratos asociativos.

En síntesis, la "parte" no interviene directamente en el acto, sino que lo hace indirectamente, a través de un representante "legitimado".

Las diferencias entre lo que se entiende por "capacidad" y por "legitimación", son, pues, claras. El análisis de otros aspectos, como los diversos supuestos de una y otra, que se realizará a continuación, entiendo despeja cualquier duda conceptual.

III. Capacidad e incapacidad en los contratos: principios generales. Los inhabilitados. La inoponibilidad. La emancipación. La habilitación comercial

III.1. Capacidad e incapacidad. Terminología

En el marco que me he propuesto, me referiré expresamente a la capacidad e incapacidad para contratar, aunque para complementar el tema haré alguna referencia a aspectos vinculados.

En primer lugar, es bueno recordar que siendo el contrato un acto jurídico, y en tanto que lo que conviene al género conviene a la especie —salvo que ésta lo modifique—, los principios generales en materia de capacidad e incapacidad se le aplican y cabe entonces remitirse no sólo a los actos jurídicos sino a las normas genéricas sobre capacidad.

En segundo lugar, el propio código efectúa la remisión a tales principios en su artículo 1160, primero del capítulo denominado "De los que pueden contratar".

Y si bien la regla general es la capacidad —aunque en el caso de los menores se invierte—, a ella se opone la incapacidad, de "derecho" o de hecho, pudiendo ser aquélla sólo relativa —no existe la absoluta, que sería la "muerte civil" (7)—, mientras que la de hecho puede ser absoluta o relativa.

Los incapaces de hecho absolutos son los que enumera el artículo 54 (personas por nacer, menores impúberes, dementes —declarados en juicio— y sordomudos que no saben darse a entender por escrito). Los relativos, los del artículo 55: menores adultos. Ambos supuestos, por cierto, rigen para los contratos.

En cuanto a la denominación o la terminología empleada, se ha cuestionado la de "derecho", sosteniéndose con razón que se trata en realidad de inhabilidades (8) o prohibiciones (9) o incompatibilidades (10), que la ley, por motivos especiales, establece.

(7) VELEZ SANSFIELD, en su Código Civil, alude expresamente a la supresión de la denominada "muerte civil" en su art. 103: "*Termina la existencia de las personas por la muerte natural de ellas. La muerte civil no tendrá lugar en ningún caso, ni por pena, ni por profesión en las comunidades religiosas*", justificando plenamente la abolición de esta situación en la nota del artículo.

(8) Este término lo emplea, por ejemplo, RISOLIA, Marco Aurelio, "Capacidad y contrato", Monografías Jurídicas La Ley, Bs. As., 1959, ps. 14/15, citando a Demolombe, sosteniendo con éste que "*son meros obstáculos circunstanciales a la celebración de determinados actos, que pone y remueve el legislador, respondiendo a escrúpulos muy ajenos a la privación o la inmadurez de la voluntad jurídica*". Sobre el desarrollo de esta idea en nuestro país cita al eminente administrativista Rafael BIELSA, en su obra "La capacidad de derecho. Unicidad de su concepto", Rev. de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas, Rosario, 4ª serie, t. V, nº 1 y 2, enero-agosto 1946, p. 2.

(9) Emplea este término, al analizar la incapacidad de derecho, SPOTA, Alberto G., "Instituciones de Derecho Civil", Contratos, Ed. Depalma, Bs. As., vol. II, 1974, p. 118.

(10) Así MESSINEO, Francesco, "Doctrina General del Contrato", trad. de R.O. Fontanarrosa, S. Sentís Meiendo y M. Volterra, Ediciones Jurídicas Europa-América, t. I, Bs. As. 1952,

Pero el incapaz de "derecho" no es un verdadero "incapaz", sino simplemente es un sujeto al que, por algún motivo, se le impide la realización de un acto o contrato. ¿Puede decirse que es incapaz un esposo porque no puede celebrar el contrato de compra y venta con su esposa y viceversa? ¿Puede decirse que existe una incapacidad cuando a las personas se les prohíbe contratar sobre ciertos objetos? En realidad no, por lo cual comparto la opinión de darle otra denominación a estos supuestos.

Son aquellos en que la ley impide a una persona la realización de un determinado contrato, puntualmente, por motivos especiales —no siempre los mismos—. Por ejemplo, en el caso de los esposos, es para proteger a los terceros, porque se presume que puede vender uno al otro simuladamente, para eludir a terceros acreedores.

III.2. Inhabilitados

Otra categoría, introducida por la ley 17.711, es la de los "inhabilitados", supuestos que enumera taxativamente el art. 152 bis del Código Civil: ebrios habituales o toxicómanos, disminuidos en sus facultades —"demencia senil"—, pródigos (éstos pueden así calificarse si dilapidan pero, a su vez, si tienen cónyuge, ascendientes o descendientes). Como se advierte, este último caso es muy distinto a los anteriores, pues no hay, en realidad, disminución de facultades mentales y la ley sólo protege en razón de los familiares, siendo una situación de hecho que no resulta fácil establecer; ¿cuál es el límite más allá del cual existe "prodigalidad"? (11).

p. 90, que alude a "incompatibilidades por razones de orden público", autor a quien cita y sigue LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando, "Teoría de los contratos", Parte General, Ed. Víctor P. de Zavalia, Bs. As., 1971, p. 143.

(11) Es interesante leer la nota que el codificador coloca al art. 54 del Código Civil, en la que considera, citando al Código de Luisiana, que debe abolirse la incapacidad de los pródigos porque la prodigalidad no altera las facultades mentales; por cuanto la libertad individual no debe ser restringida sino en los casos de interés público, inmediato y evidente; que respecto a la manera de hacer gastos inútiles que concluyan una fortuna, no hay medio para distinguir con certeza el pródigo del que no lo es, "*en el estado de nuestras costumbres y todo sería arbitrario en los jueces, poniendo interdicción a algunos, mientras quedaban innumerables disipadores*" y que "*debe cesar la tutela de los poderes públicos sobre las acciones de los particulares, y ya que no es posible poner un máximo a cada hombre en sus gastos, el que se llamase pródigo habría sólo usado o abusado de su propiedad, sin quebrantar*

III.3. Inoponibilidad

Cabe también recordar que existe un tercer género vinculado a la eficacia de los actos. Me refiero a la "inoponibilidad", que determina que en algunos casos, un acto, aunque válido, no se puede invocar, resulta "inoponible" —en cierto modo "ineficaz"—, frente a cierto tercero o terceros.

En busca de un concepto podemos partir de una comparación entre "ineficacia" e "inoponibilidad" (12). En otras palabras, buscar las diferencias.

Mientras la primera es un concepto genérico que implica la no producción o privación de los efectos de un acto respecto de las partes o de terceros, la inoponibilidad es un modo de ser ineficaz el acto frente a terceros o algunos terceros en particular.

Continuando con los diversos aspectos de esta última, la misma presupone un acto válido.

En algunos casos —inoponibilidad originaria— el acto nace como inoponible y la ley exige el cumplimiento de algún requisito adicional para que pueda oponerse a terceros. Ejemplo serían la notificación de la cesión de derechos, art. 1459 del Código Civil, el supuesto del art. 1185 bis del mismo código.

En otros supuestos —inoponibilidad sobreviviente— el acto es inicialmente oponible pero pasa a ser inoponible frente a terceros interesados por circunstancias posteriores. Por ejemplo, los diversos casos de la ley de concursos 24.522, en que algunos actos realizados por un deu-

ley alguna". Este último concepto guarda relación con el art. 2513 en su redacción original, luego modificado por la ley 17.711, si bien, como he sostenido en otras diversas oportunidades, Vélez atemperó la norma con la limitación que destaca en la nota del art. 2508, último párrafo, respecto a la preponderancia que debe tener "el interés general y colectivo, sobre el interés individual", al margen las limitaciones genéricas que consagra a lo largo de su código —orden público, moral y buenas costumbres, causa ilícita—.

(12) Los conceptos que siguen, en líneas generales, los expusimos en ponencia conjunta que, bajo el título "Inoponibilidad de los actos jurídicos" presentamos con los Dres. Esteban CENTANARO y Jorge MIGUEL, a las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Corrientes, 1985.

dor con un acreedor, que serían inicialmente oponibles a los restantes acreedores, se tornan inoponibles al caer aquél en insolvencia y resultar incluido en el "período de sospecha" —arts, 118 y sigtes.—.

Se advierte que no hay inoponibilidad "en abstracto", sino que en cada caso debe darse en forma concreta, manifestarse "a quien" resulta inoponible el acto. Consecuentemente con ello, resulta de una disposición legal que tiende a la protección de ciertos terceros, para que éstos no puedan ser perjudicados por un acto en el cual no tuvieron intervención.

El derecho del tercero no apunta a la validez del acto, sino que le permite que se considere, a su respecto, como si no hubiere tenido lugar. Y para ello el tercero debe tener un interés, por lo cual cesa el derecho si son desinteresados.

En nuestro derecho positivo aparece como confuso el régimen de las inoponibilidades, en tanto no suele mencionársela bajo ese nombre sino, frecuentemente, como "ineficacia".

Podemos citar, en el Código Civil originario, diversos supuestos en que, sin aludirse la "inoponibilidad" se aplicaría: pago de deuda embargada (736), contradocumento oculto (960 y 996), acto fraudulento (art. 965), instrumentos privados sin fecha cierta (1034 y 1035), terceros adquirentes de buena fe (1051), venta de cosas embargadas (1174 y 1179), asentimiento del cónyuge (1277), venta de cosa ajena (1329), cesión de crédito no notificada (1459), mandatario que cesó en el mandato (1967), donaciones y disposiciones testamentarias en exceso de la legítima (1830, 1831, 3537, 3600 y 3602), dominio revocable (2669 y 2670), hipoteca no registrada (3135).

Dentro de la confusión señalada, en estas normas se emplean los términos "nulidad", "anulación", "perjudicar a terceros", etc., mientras que los únicos casos de "inoponibilidad" así calificada fueron incorporados o modificados por la ley 17.711: art. 715 ("no es oponible"), 1185bis ("serán oponibles"), 2505 ("no serán oponibles"), a lo que puede agregarse el art. 2 de la ley 17.801 de Registro de la Propiedad Inmueble (la transmisión de derechos reales debe inscribirse "para su... oponibilidad a terceros).

Tampoco el Código de Comercio, en su redacción original, se refería a casos de "inoponibilidad". Sólo habla de "eficacia", en términos genera-

les, en los arts. 587, 781 y 848, al igual que lo hace el Código Civil en los arts. 916, 947, 1024, 2057, 2058, 2272, 2683, 3346, 3623 y 4014. En cambio, en los arts. 1467 (la notificación de la cesión si no es realizada por acto público “no es eficaz respecto de otros interesados”) y 3345 (la renuncia de herencia debe otorgarse en escritura pública “para que sea eficaz respecto de los acreedores y legatarios”) trata claramente de supuestos de “inoponibilidad” bajo la forma de “ineficacia” respecto de ciertos terceros, por lo cual aquélla debe interpretarse no por su calificación como tal sino por la naturaleza del acto de que se trata.

Lo mismo ocurre en algunos supuestos de las leyes de sociedades comerciales y de concursos —aunque luego veremos que también hacen referencia a la “inoponibilidad” —.

En la primera, el art. 58, párrafo segundo, sobre eficacia interna de las limitaciones a las facultades de los administradores o representantes; el 60 sobre inscripción de la designación o cesación de administradores; el 215, sobre transmisión de acciones nominativas y escriturales; el 275, sobre extinción de la responsabilidad de los directores de las anónimas y los arts. 335 y 360 sobre *debentures*.

En la ley de concursos 24.522, el art. 120, al tratar el supuesto de acción revocatoria intentada por los acreedores.

Pero, sin embargo, las leyes de concursos y de sociedades comerciales hicieron una más frecuente referencia a casos de “inoponibilidad”.

Ejemplos son los arts. 122 y 123 de la primera de dichas leyes —supuestos similares contenía la anterior ley 19.551—, referidos a diversos actos realizados por el deudor que son inoponibles a los acreedores (el art. 98 menciona un caso de “oponibilidad” al deudor).

En cuanto a la ley de sociedades comerciales, también utiliza “oponibilidad” e “inoponibilidad”, en varias de sus normas.

Así su art. 12 (inoponibilidad a terceros de las modificaciones del contrato social no inscriptas en el órgano de control —Inspección General de Justicia en la ciudad de Buenos Aires—), el 125 (el pacto que limite la responsabilidad subsidiaria, ilimitada y solidaria de los socios de la sociedad colectiva, no es oponible a terceros), el 152 (la transmisión de cuotas de la sociedad de responsabilidad limitada es oponible a terce-

ros desde su inscripción), 155 (las limitaciones a la transmisibilidad de las cuotas serán inoponibles a las cesiones que los herederos realicen dentro de los tres meses de su incorporación).

Aunque en otros casos ambas leyes aluden a “eficacia” o “ineficacia” en casos de “inoponibilidad”: arts. 17, 109, 112, 118, 119 de la ley de concursos.

Y art. 98, sobre disolución (“eficacia respecto de terceros”), art. 150 (garantía de los socios de la sociedad de responsabilidad limitada por los aportes, estableciendo que “cualquier pacto en contrario es *ineficaz* respecto de terceros”).

En síntesis, existen numerosos supuestos en nuestra legislación respecto de actos “inoponibles”, pero no se reflejan correctamente al emplearse terminología inadecuada, la que debería ser modificada, en tanto la doctrina sobre “inoponibilidad” se encuentra ya firmemente desarrollada y aceptada.

III.4. Emancipación

Una sintética referencia para la integración de este trabajo, no siendo tema específico del mismo.

La “emancipación”, está mencionada como cese de la incapacidad en el artículo 128 del Código Civil y regulada en los artículos 131 y siguientes.

Cabe recordar que hace cesar la incapacidad, aunque con ciertos límites, y puede ser por matrimonio y por “habilitación de edad” —dativa—, siendo esta última la que otorga, al menor que ya ha cumplido 18 años, quien ejerce su patria potestad.

La dativa es revocable judicialmente, mientras que la que se origina en el matrimonio se mantiene aún en caso de divorcio o matrimonio putativo (aparente), pero cae en caso de nulidad del matrimonio.

Los emancipados tienen ciertas limitaciones a su capacidad, establecidas en su protección, dado su edad, de modo que para algunos actos necesitarán autorización judicial (véase artículos 134 y sigtes.).

Cabe también recordar que existen otros dos supuestos de otorgamiento de capacidad a los menores de edad: el menor que trabaja y el

que obtiene título habilitante para el ejercicio de una profesión, conforme resulta del art. 128 del Código Civil, reformado por la ley 17.711.

En cuanto al primer caso, consagra el artículo que *"Desde los dieciocho años el menor puede celebrar contrato de trabajo en actividad honesta sin consentimiento ni autorización de su representante, quedando a salvo al respecto las normas del derecho laboral"*.

En cuanto al segundo caso, dispone la misma norma: *"El menor que hubiere obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión podrá ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización"*.

Finalmente, es el mismo artículo que abarcando los dos supuestos determina: *"En los dos supuestos precedentes el menor puede administrar y disponer libremente los bienes que adquiere con el producto de su trabajo y estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a ellos"*.

Un caso especial se produce en el ámbito del derecho comercial con los martilleros y corredores.

Según su régimen, establecido por las leyes 20.266 y 25.028 (arts. 1º inc. a) y 31, inc. a), para martilleros y corredores, respectivamente), para ejercer la actividad deberían ser mayores de edad, pero se interpreta que, siendo ahora profesiones universitarias, ingresan en la habilitación que les otorga el ya mencionado art. 128 del Código Civil (13).

III.5. Habilitación comercial

También una sintética referencia para la integración de este trabajo, no siendo tema específico del mismo.

El régimen estaba previsto en el Código de Comercio (arts. 10 y siguientes) y era realmente avanzado pues habilitaba al menor para el ejercicio del comercio de manera bastante amplia, conforme lo dispone su art. 10: *"Toda persona mayor de 18 años puede ejercer el comercio con tal que acredite estar emancipado o autorizado legalmente"*.

(13) Conf. ROUILLON, Adolfo A. N., Director, "Código de Comercio Comentado y Anotado", Ed. La Ley, t. I, Bs. As., 2005, p. 49.

La "habilitación comercial" es, en definitiva, la autorización concedida por el padre al hijo mayor de 18 años para ejercer el comercio. Puede revocarse judicialmente (ver también art. 11 del Código de Comercio).

La amplitud del régimen de emancipación en general, establecida a partir de la ley 17.711, ya mencionada, se interpreta que amplió también la facultad de ejercer el comercio, tanto en el caso del emancipado por matrimonio como el emancipado por "habilitación de edad", conjugándose las normas del Código Civil con los arts. 1º y 9º del de Comercio.

Finalmente, recordemos que existe una autorización "tácita", contenida en el art. 12 del Código de Comercio, para *"el hijo mayor de 18 años que fuese asociado al comercio del padre o de la madre, o de ambos"*, que *"será reputado autorizado y mayor de edad para todos los efectos legales en las negociaciones mercantiles de la sociedad"*, no siendo revocable sino judicialmente, conforme el final de dicho artículo.

IV. Capacidad para contratar

Luego de la enunciación de los principios generales, contemplaré en este apartado, específicamente, la capacidad contractual, que tiene relación directa con aquéllos, conforme las normas de nuestro Código Civil que, además, se extienden en general también a los contratos comerciales.

IV.1. La capacidad para contratar en el Código Civil. Aplicación a los contratos comerciales

La norma general en materia de contratos se encuentra en el artículo 1160 del Código Civil: *"No pueden contratar los incapaces por incapacidad absoluta, ni los incapaces por incapacidad relativa en los casos en que les es expresamente prohibido, ni los que están excluidos de poderlo hacer con personas determinadas, o respecto de cosas especiales, ni aquellos a quienes les fuese prohibido en las disposiciones relativas a cada uno de los contratos, ni los religiosos profesos de uno y otro sexo, sino cuando comprasen bienes muebles a dinero de contado, o contratasen por sus conventos; ni los comerciantes fallidos sobre bienes que correspondan a la masa del concurso, si no estipularen concordatos con sus acreedores."*

Si bien caben algunas críticas en la estructura del artículo, que no hacen a su esencia—el capítulo se denomina “De los que pueden contratar” y la disposición establece los que “no pueden” hacerlo; los incapaces tienen por norma la prohibición, por lo que debió decir “salvo en los casos en que es expresamente permitido”—, la norma en análisis muy poco agrega a las generales que regulan la capacidad.

Aunque no lo dijera, la incapacidad absoluta, la relativa, las prohibiciones especiales en cuanto a personas, objetos o las establecidas en cada contrato en particular, regirían igualmente, en tanto resultan de otras normas.

Al mismo tiempo, como tales prohibiciones son excepciones al principio general de la capacidad de las personas, bastaría la última referencia del artículo 1160—prohibiciones establecidas para cada caso—, pues es en las normas especiales de cada contrato que ellas aparecen, refiriéndose a las personas o al objeto de los mismos.

El artículo establece, en efecto, ciertas incapacidades de hecho referidas a personas y objetos, al especificar los que “no pueden contratar”: a) personas: “ni los que están excluidos de poderlo hacer con personas determinadas”—ejemplo, los esposos que no pueden realizar compra y venta entre ellos (art. 1358); los padres no pueden vender ni comprar a sus hijos que están bajo su patria potestad (arts. 1360 y 1361, inc. 1º, respectivamente); b) objetos: “o respecto de cosas especiales” (en realidad debió decirse “bienes”, así debe interpretarse)—ej.: un juez no puede comprar los bienes vinculados a los juicios que están en su Juzgado (o en el mismo fuero, según se interpreta); los abogados los bienes de los procesos que atienden (para ambos casos, art. 1361, inc. 6º), etc.

Luego agrega el art. 1160: “*ni aquellos a quienes les fuese prohibido en las disposiciones relativas a cada uno de los contratos*”, lo cual, como dijimos, comprende los supuestos anteriores.

El artículo, en definitiva, en su parte sustancial, remite a lo ya legislado, es decir, a los incapaces de hecho absolutos del artículo 54 del Código Civil—personas por nacer, menores impúberes, dementes (declarados en juicio), sordo-mudos que no saben darse a entender por escrito— y a los relativos del artículo 55—menores adultos—.

Por otra parte, las “incapacidades” específicas de derecho—“inhabildades” o “prohibiciones”, según prefiero mencionarlas—relativas a no

poder contratar con “personas determinadas”, o sobre “cosas especiales” o en los supuestos de prohibición en “cada uno de los contratos”, surgirán de las normas específicas a lo largo del tratamiento de las figuras en especial. Y es así, como ya dije, que la última de las prohibiciones comprende las dos anteriores, se superpone con ellas, pues la ley va marcando en cada contrato en particular las inhabildades, sea vinculadas a personas como a bienes.

El artículo 1160, en síntesis, sienta dos principios generales respecto a los que no pueden contratar: a) los incapaces por incapacidad absoluta; b) los incapaces por incapacidad relativa “en los casos en que les está expresamente prohibido”. Como ya señalé, debió decir “salvo en los casos en que les es permitido”, porque en los incapaces la regla es la incapacidad y sólo pueden realizar los actos que la ley les permite, si bien, a partir de los 18 años, tienen la importante posibilidad de realizar contrato de trabajo o ejercer una profesión con título habilitante, sin emancipación ni autorización paterna, y en tal caso pueden administrar y disponer libremente de los bienes adquiridos con el producto de su trabajo.

Con lo analizado debo reiterar, siguiendo la línea de mi pensamiento, que es preferible, y así lo aplico, no denominar “incapacidades de derecho” a las prohibiciones concretas. En realidad, insisto, no hay una “incapacidad” como ocurre con las de hecho, sino una suerte de “inhabilidad” o “prohibición” para contratar, que es establecida taxativamente por la ley en diversos casos, justificados en motivos diversos.

El “incapaz de derecho” no es realmente un incapaz, pues tiene capacidad para obrar, pero la ley le impide celebrar ciertos actos.

Esta distinción permite también dilucidar el tema de las nulidades, pues la regla que suele repetirse es que una “incapacidad de derecho” genera una nulidad absoluta, a tenor del artículo 1043, insusceptible de confirmación, de acuerdo al artículo 1047.

Pero existen supuestos—como ejemplo, el inciso 4º del artículo 1361, reiterado en el artículo 1918— en los que los actos realizados por quien se califica como “incapaz de derecho”, son susceptibles de confirmación—véase el segundo artículo citado—. Entonces, no han generado una nulidad absoluta, insusceptible de confirmación.

El art. 1160 del Código Civil se aplica también a los contratos comerciales. Ello por cuanto en el derecho comercial hay que distinguir entre capacidad legal para contratar y capacidad para ejercer el comercio. Aquélla emana del Código Civil, pues el Código de Comercio sólo trata —artículos 9º a 24— de esta última, aunque alude a la capacidad legal para contratar en su artículo 1º, al caracterizar al comerciante: *“La ley declara comerciantes a todos los individuos que, teniendo capacidad legal para contratar, ejercen de cuenta propia actos de comercio, haciendo de ello profesión habitual”*.

Respecto a los artículos 1161, 1162 y 1163, ubicados en el capítulo sobre capacidad, no están vinculados a la capacidad, sino a los contratos por terceros o sobre hechos ajenos, por lo que existe coincidencia doctrinaria en que deberían ubicarse fuera de este capítulo.

IV.2. Los supuestos específicos de “incapacidad” del artículo 1160. El caso del artículo 12 del Código Penal

En la parte final, la norma establece dos “incapacidades” específicas para contratar: los religiosos profesos y los comerciantes fallidos, efectuando también excepciones a la restricción.

Respecto a los primeros, se trata de aquellos que realizan profesión de votos de obediencia, castidad y pobreza. Interesa para la solución de Vélez este último, que impone que se despojen de los bienes que poseen al ingresar a la comunidad —o adquieran después—, los que pasan a formar parte del patrimonio de ésta.

Antiguamente se consideraba a estos religiosos “muertos civiles”, a punto que sus bienes pasaban a sus herederos, intestados o testamentarios. Tal institución fue suprimida, solución adoptada por el codificador (artículo 103 del Código Civil, que alude expresamente a que no tendrá lugar la “muerte civil”, entre otros casos, “por profesión en las comunidades religiosas”).

Con la prohibición del artículo 1160, discute la doctrina si se trata de una “incapacidad” de derecho o de hecho absoluta. Me inclino por esta última, por cuanto aquélla determinaría, en realidad, un caso de “muerte civil”. Además, cabe considerar que quien abandona su comunidad no puede continuar inhabilitado en su vida civil.

La ley establece dos excepciones para los profesos: compra de bienes a dinero a contado o contratos que realicen por sus conventos, las que tienen explicación.

En cuanto a la primera, por razones de orden práctico, atento la falta de formalidades de la transmisión de muebles, lo que tornaría difícil averiguar en cada caso de este tipo de operaciones, una “incapacidad” que no es manifiesta, y se crearía una inseguridad jurídica, ante la posibilidad de una nulidad. Claro está que la excepción permitirá adquirir bienes de aquel tipo aunque sean de mucho valor, si se pagan al contado —ejemplo: joyas, cuadros, etc.—, lo cual no resulta aceptable, pero sabemos que dentro de nuestro sistema la “protección” referida a los inmuebles es en general más amplia que la de los muebles; por ejemplo, en punto a registración del dominio, presunción de propiedad, etc.

En cuanto a la segunda excepción, no es acertado considerarla como tal, porque en este caso el profeso no obra por sí sino como representante de otra persona —jurídica—, de la que ejerce o “toma”, por así decir, su capacidad. Esta situación podría, en mi opinión un tanto personal, incluirse en el artículo 1897 que permite otorgar mandato a un incapaz, supuesto que, en realidad, como lo he sostenido en otros trabajos (14), se trata de representación, no de mandato). Deben, eso sí, cumplir los requisitos que sus estatutos y la ley le exigen.

La prohibición de los religiosos profesos, criticada con razón, desaparece en las legislaciones modernas y, particularmente, en nuestros pro-

(14) El art. 1897 del Código Civil establece que *“el mandato puede ser válidamente conferido a una persona incapaz de obligarse”*. Respecto a esta norma, desde un antiguo trabajo que realizara en 1960, y publicado posteriormente en la Enciclopedia Jurídica Omeba, “Representación, Poder y Mandato”, t. XXIV, p. 716/740, que parcialmente reproduje en “Contratos”, vol. II, Abeledo-Perrot, 1ª. Ed. 1994, 2ª, 1998, cap. XXI, p. 239 y sigtes., vengo sosteniendo que en realidad la norma no alude al mandado como contrato, sino a un supuesto de representación, pues aquél, como tal, debe ser realizado por una persona capaz. En aquel trabajo, que realicé bajo la supervisión del Dr. Francisco de la Vega, analicé los tres conceptos —representación, poder y mandato— desde la perspectiva de nuestro código y la doctrina nacional y extranjera, concluyendo en que pueden ser distinguidos dentro del mismo, interpretando sus normas. Y en esa distinción, consideré que el art. 1897 alude a la representación, acto por lo demás que puede ser unilateral cuando no es legal sino voluntario, y no al mandato, que en su esencia es un contrato, conforme lo define clara y destacadamente Vélez Sarsfield en el art. 1869 de su código. Remito a aquellos trabajos para el análisis.

yectos de reformas del Código Civil, desde el Anteproyecto de Babiloni hasta los de unificación.

Respecto a la incapacidad de los "fallidos", no es tal. Es una prohibición para realizar ciertos actos, consecuencia del "desapoderamiento" de concursados o quebrados, que les impide administrar o disponer libremente de ciertos bienes. Los actos, en realidad, se tornan "inoponibles" a los acreedores, no nulos, pero todo ello escapa al ámbito del derecho civil, regulándose por la ley de concursos. Está de más en el Código Civil.

Otro supuesto especial es el del artículo 12 del Código Penal, que establece la "inhabilitación" de los condenados a penas de reclusión o prisión por más de tres años, mientras dure su condena, lo cual determina que quedan privados del derecho de administrar sus bienes y disponer de ellos por actos entre vivos, colocándolos bajo el régimen de la curatela establecido por el Código Civil. Es un nuevo caso en que no corresponde hablar de "incapacidad".

Se trata de una protección para el penado, no debiendo verse como una sanción. Cesa con la libertad condicional, indulto o amnistía.

Como se puede advertir, no se puede decir que los profesos, ni los fallidos ni los penados, sean "incapaces". De allí que insisto en que se trata de "inhabilitados" para contratar, por diversas razones.

Ello plantea el tema de la validez de los contratos que se celebren por el profeso que deja la orden —sin que sea dispensado— o el penado que fuga. Si contratan con terceros de buena fe, debe admitirse la validez de tales contratos.

V. Régimen de los contratos celebrados por incapaces. Nulidad por incapacidad. Principio y excepciones

V.1. Principios

Los artículos 1164 a 1166, regulan el tema, debiendo también tener en cuenta las normas generales sobre nulidad por incapacidad, establecidas para los actos jurídicos, que establecen como principio que quien puede alegarla es el incapaz, no el capaz.

Por ello, el artículo 1164, coincidiendo con el 1048 *in fine* —también 1047 y 1049—, dispone: "El derecho de alegar la nulidad de los contratos, hechos por personas incapaces, sólo corresponde al incapaz, sus representantes o sucesores, a los terceros interesados, y al ministerio de menores, cuando la incapacidad fuere absoluta, y no a la parte que tenía capacidad para contratar.

Siguiendo ese principio, agrega el 1165: "Declarada la nulidad de los contratos, la parte capaz para contratar no tendrá derecho para exigir la restitución de lo que hubiere dado, o el reembolso de lo que hubiere pagado, o gastado, salvo si probase que existe lo que dio, o que redundara en provecho manifiesto de la parte incapaz".

Y establece excepción el artículo 1166: "Si el incapaz hubiese procedido con dolo para inducir a la otra parte a contratar, ni él, ni sus representantes o sucesores tendrán derecho para anular el contrato, a no ser que el incapaz fuere menor, o el dolo consistiese en la ocultación de la incapacidad".

Paso a analizar los tres artículos.

V.2. Personas que pueden alegar la nulidad por incapacidad. Casos

De acuerdo a la primera norma citada, primera parte, siguiendo la regla del artículo 1049, 1ª parte (15) —reiterada al final del 1164— la nulidad, en principio, "sólo" puede ser reclamada por el incapaz, su representante —todo incapaz debe tenerlo— o sus sucesores —que siguen la persona del incapaz—.

Pero a continuación, la norma confunde, porque no obstante el "sólo" agrega, como posibles solicitantes de la nulidad, a los terceros interesados y al ministerio de menores, cuando la incapacidad fuere absoluta. Es decir, amplía quienes pueden alegar la nulidad, lo cual plantea dudas respecto a quienes realmente pueden hacerlo.

Una buena interpretación, a mi juicio —que no resulta original, por cierto—, es la siguiente:

(15) Art. 1049: "La persona capaz no puede pedir ni alegar la nulidad del acto fundándose en la incapacidad de la otra parte..."

a) El artículo debe separarse en dos partes, para lo cual debe leerse colocando un "punto y coma" luego de "sucesores", de modo de distinguir la norma general, que es restrictiva en cuanto a la posibilidad de pedir la nulidad, del caso en que, además, se autoriza a los terceros y al ministerio de menores; incluso, puede agregarse la declaración "de oficio" por el juez.

b) Esa ampliación de autorizados se produciría, según el artículo así leído cuando la "incapacidad" fuere absoluta. No es así. Debe interpretarse en el sentido de que no la incapacidad, sino la nulidad, debe ser absoluta, porque en este caso, por basarse en cuestiones de orden público, corresponde extender los autorizados e incluso agregarse al juez aun sin petición de parte.

Tal interpretación es factible realizarla aplicando la norma genérica del artículo 1047, que más claramente establece el criterio: *"La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto. Puede alegarse por todos los que tengan interés en hacerlo, excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Puede también pedirse su declaración por el ministerio público, en el interés de la moral o de la ley. La nulidad absoluta no es susceptible de confirmación"*.

c) Cuando la ley alude a "ministerio de menores", debe interpretarse como "ministerio pupilar" o, mejor, dado la denominación que se utiliza habitualmente, "asesor —o defensor— de menores e incapaces", o cualquiera otra denominación que corresponda a tal función.

Pero considero que tal funcionario también debe ser incluido entre los "representantes" de la primera parte de la norma, para cualquier tipo de nulidad, pues se trata, precisamente, de un representante promiscuo de todos los incapaces.

d) Finalmente, por aplicación del artículo 1047, e interpretación del mismo 1164, en el caso de nulidad absoluta debe agregarse al representante del Ministerio Público, habitualmente denominado "Fiscal" o "Agente Fiscal".

V.2.1. Tipo de nulidad

En cuanto a cuándo existirá una nulidad absoluta y cuándo una relativa, dependerá del supuesto de incapacidad de que se trate, orientán-

dome en la tesis de que la primera siempre obedece a motivos de orden público. También cabe recordar que no todas las "incapacidades" de derecho originan nulidades absolutas —ejemplo ya citado del artículo 1361, inc. 4º, referido a la prohibición para el mandatario de comprar los bienes que está encargado vender, acto que el mandante puede ratificar, por lo cual la nulidad no es absoluta, norma que cabe interpretar con el art. 1918 (16)—.

Respecto a la incapacidad de hecho absoluta o relativa, hay acuerdo en que esta última origina nulidad relativa, pero se discute en la absoluta, pues hay quienes dicen que engendra siempre nulidad absoluta (Spota, Salvat, Lafaille) y otros que depende de los casos (Borda).

Por otra parte, estoy de acuerdo con la doctrina que simplifica la calificación de las nulidades, haciendo coincidir lo "nulo" con lo absoluto —razones de orden público— y lo anulable con lo relativo —razones de interés particular—.

V.3. Derechos de la parte capaz

El artículo 1165 regula los derechos de la parte capaz en el caso de que un contrato se anule por incapacidad.

Reitero que dicha parte no puede pedir la nulidad —final del artículo 1164—, pero "declarada" ésta (obviamente a pedido del incapaz o quien esté autorizado), como dice el 1165, le otorga algunas posibilidades.

En principio le niega el derecho de exigir la restitución de lo que dio por el contrato o el reembolso de lo que pagó o gastó, pero establece dos excepciones: a) si prueba que existe lo que dio o b) si prueba que redundará en provecho manifiesto del incapaz.

Ambos son una solución de equidad y se justifican en la doctrina del "enriquecimiento sin causa justificada", que se ha fundado en la nota del artículo 784 del Código Civil.

(16) Art. 1918: *"No podrá el mandatario por sí ni por persona interpuesta, comprar las cosas que mandante le ha ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante, lo que éste le ha ordenado comprar, si no fuese con su aprobación expresa"*.

Porque, si bien la ley protege al incapaz, no pretende su enriquecimiento, que se produciría si, no obstante la nulidad, se queda con la cosa o recibe un provecho de ella —en ambos casos no obstante recuperar su contraprestación—.

Un ejemplo simple puede aclarar la interpretación. Supongamos que el incapaz adquirió un automóvil, el cual aseguró.

Si pide la nulidad del contrato y el auto se encuentra en su poder, debe restituirlo, haciendo aplicación de la primera excepción.

Si el auto se destruyó o le fue sustraído, nada tendrá que devolver. Pero si existe un seguro que le paga por la pérdida del vehículo, debería compensar a la parte capaz en el límite de la indemnización recibida, pues de lo contrario tendría un “provecho” indebido, que la norma no autoriza.

V.4. Excepciones a los derechos del incapaz

El artículo 1166, por su parte, establece una excepción al principio de que la parte capaz no puede pedir la nulidad: cuando el incapaz obró con dolo para inducir a la otra parte a contratar.

Entre la incapacidad y el dolo, la ley, justificadamente, castiga el vicio, pues si el incapaz actuó dolosamente, si fue capaz de engañar, debe ser responsabilizado de su conducta, pues ha demostrado que su supuesta inferioridad no es tal.

Pero la norma es un tanto confusa, porque establece, a su vez, dos excepciones al dolo, o sea, supuestos en que no obstante existir éste el incapaz puede igualmente reclamar la nulidad. Y digo que es confusa, por lo siguiente.

Por un lado exime al incapaz “menor”, por lo cual todos los menores, aún los adultos, podrían obrar con dolo e igualmente podrían alegar la nulidad.

Por el otro, exime si el dolo consiste en la “ocultación de la incapacidad”, con lo cual prácticamente siempre se daría tal eximición, pues evidentemente en el caso del incapaz que contrata siempre oculta su condición.

¿Cómo interpretar entonces ambas excepciones? La respuesta es recurriendo a las fuentes del artículo y/o a la interpretación contextual del código.

En el primer supuesto —excepción al “menor”—, caben dos posibilidades. O seguir a la fuente, Freitas, que hablaba de menor “impúber” (menos de 14 años) en el artículo 1879 del *Esboço*—es la doctrina mayoritaria de nuestros autores—, o remitirnos al artículo 921 del Código Civil (Machado, Mosset Iturraspe), que señala que se reputan efectuados sin discernimiento los actos ilícitos realizados por menores de diez años, con lo cual ésta sería la edad para atribuir responsabilidad por dolo.

En el segundo supuesto —existencia de dolo—, Vélez tomó como fuente el artículo 1685 del Código de Chile, que exime cuando existe una simple, una mera, ocultación, o sea, el incapaz se limita a afirmar que es capaz (“la aserción de mayor edad, o de no existir la interdicción u otra causa de incapacidad, no inhabilitará al incapaz para obtener el pronunciamiento de nulidad”). Para dar un ejemplo: se eximiría al incapaz que simplemente manifestó ser capaz, pero no al que falsificó un documento para acreditar una mayoría de edad que no tenía. Es el mismo criterio que tomó, entre otros, el artículo 1426 del Código italiano de 1942 (17).

VI. Legitimación: concepto. Supuestos. Personas físicas (representantes). Personas de existencia ideal (representantes). Legitimación y “competencia”

IV.1. Concepto

En el ámbito de los negocios jurídicos el término se utiliza para analizar las relaciones sujeto-objeto y sujeto-sujeto.

Si bien debo limitarme a la segunda, que se relaciona con la capacidad, recuerdo que la primera se ocupa de examinar si el sujeto —parte de un contrato, en el caso— tiene “legitimación” para contratar sobre

(17) Art. 1426 Cód. Ital. 1942: “Engaños usados por el menor. El contrato no será anulable si el menor hubiese ocultado mediante engaños su minoridad; pero la simple declaración hecha por él de ser mayor de edad no será obstáculo para la impugnación del contrato”.

un determinado objeto, particularizando en los supuestos en que éste es "ajeno", es decir, no pertenece al sujeto que contrata (arts. 1177, 1329 y conc. del Código Civil, art. 453 del Código de Comercio) (18).

Se han ensayado varios conceptos de "legitimación", que en realidad parecen apuntar a la primera relación.

Así se ha dicho que, en sentido amplio, "legitimación es la situación jurídica en que se halla el sujeto con respecto al objeto (bienes), de tal modo que la declaración de voluntad de aquél tiene consecuencias legales respecto a tal objeto" (19).

Ello ha hecho señalar en nuestra doctrina que "mientras la capacidad es la idoneidad para la titularidad o el ejercicio de derechos y obligaciones, la legitimación importa esa situación o relación entre el sujeto y el objeto del negocio jurídico" (20).

Esa diferencia puede advertirse fácilmente en los actos de las personas jurídicas. Quien las representa, debe tener capacidad individual, propia por así decir, pero a su vez debe tener legitimación para obrar, por ejemplo contratar, derivada de la ley, los estatutos, disposiciones de los órganos, etc. Veremos luego los diversos casos.

Algo similar ocurre cuando se trata de representar a personas físicas, sea por una representación legal —caso de los menores—, sea por una representación voluntaria, sea convencional —caso del contrato de mandato, etc.— o simplemente unilateral. El representante deberá tener, en principio, su capacidad individual (21), pero a su vez debe estar

(18) Véase, por ej., LOPEZ DE ZAVALIA, "Teoría...Parte General", cit., p. 142 y sigtes.

(19) CARIOTA FERRARA, Luigi, "El negocio jurídico", trad. de Manuel Albaladejo, Madrid, p. 528 y sigtes., n° 132.

(20) SPOTA, Alberto G., "Instituciones de Derecho Civil, Contratos", Ed. Depalma, Bs. As., vol. II, 1974, p. 234. MONNACCIANI, *Azione e legittimazione*, Milán, 1951, cit. por SANCHEZ FONTAN, "Capacidad y legitimación en derecho contractual", Montevideo, Uruguay, 1953, p. 42, nota 56, define así la legitimación: "La aptitud para constituir, mediante un negocio jurídico, una situación jurídica sobre un determinado objeto o respecto de un determinado sujeto, y sólo reconocida por la ley a aquellos sujetos, que ya han sido investidos, respecto de aquel objeto o de aquel sujeto, de una situación jurídica preconstituida que precisamente lo legitima a actuar en el sentido de la mutación jurídica querida".

(21) Esta es la condición normal, sin perjuicio de que el art. 1897 del Código Civil establece que "el mandato puede ser válidamente conferido a una persona incapaz de obligarse". Al respecto remito a la nota 14.

legitimado —por la ley o por una disposición voluntaria del representado— para representarlo.

Se ha considerado también por la doctrina (22) la existencia de una "legitimación pasiva para contratar", en alusión, en realidad, a lo que nosotros podemos incluir, directamente, en los conceptos de capacidad e incapacidad, al sostenerse que aquélla se trataría de la idoneidad para ser sujeto activo o pasivo, con lo cual entiendo que el supuesto queda subsumido en aquellos conceptos (23).

De allí que limitaré el análisis de la "legitimación" a los casos de actuación por terceros, como veremos seguidamente.

IV.2. Supuestos de legitimación

Limitando el concepto de "legitimación" a los supuestos en que terceros intervienen en representación de otra persona —física o de existencia ideal—, considerando la misma como "el poder de atribuir los efectos del negocio a otro sujeto" (24), analizaré los diversos casos de personas físicas y de existencia ideal.

IV.2.1. Personas físicas (representantes)

En el caso de las personas físicas, por diversos motivos —incapacidad, ausencia, etc.— ellas suelen no intervenir directamente en los actos jurídicos o contratos, debiendo o pudiendo ser representados por terceros, que actúan en su nombre y por su cuenta, salvo cuando no es admitido por la ley. Existen, desde este punto de vista, representaciones legales y representaciones voluntarias.

(22) Véase CARIOTA FERRARA, op. cit. en nota 14; BETTI, "Teoria generale del negozio jurídico", Turín, 1943, p. 153, n° 27 y nota 5.

(23) Coincido así con SPOTA, "Instituciones, Contratos", vol. II, cit. p. 235.

(24) Así la define SANCHEZ FONTANS, José, "Capacidad y legitimación", cit. p. 43, quien alude a tres especies: la "receptiva", que es la idoneidad para adquirir la calidad de parte o sujeto en la relación concreta y específica creada por el negocio y que constituye un presupuesto de validez; la legitimación "para disponer" que consiste en la titularidad de un derecho o facultad de la cual depende la eficacia del negocio y la "del representante", que hemos citado en el texto. Las dos primeras, agrega con razón, se aprecian en el representado (sujeto de la relación) —cabe interpretar que se asimilan a la "capacidad"— y la tercera en el representante (sujeto del negocio).

Veamos los diferentes supuestos, lo cual efectuaré en forma sintética, para una mejor integración de este trabajo, al no ser tema específico del mismo.

IV.2.1.1. Representación de los incapaces (legal). Casos

Respecto a los incapaces de hecho, absolutos o relativos, para aquellos actos que no pueden realizar por sí la ley prevé su representación por terceros, conforme diversos casos.

Esos terceros están "legitimados" por la ley para actuar por sus representados.

Individualizamos los siguientes supuestos:

a) Representación de las personas por nacer.

El art. 64 del Código Civil les otorga una capacidad de derecho mínima y una representación limitada a ella, mas no, obviamente, una capacidad de hecho.

Conforme esa norma "tiene lugar la representación de las personas por nacer, siempre que éstas hubieren de adquirir bienes por donación o herencia".

Es decir, les otorga una capacidad de derecho muy restringida—sólo beneficiarias de incorporaciones patrimoniales gratuitas— y su representación la ejercen, conforme al art. 57, "sus padres y a falta o incapacidad de éstos, los curadores que se les nombre".

Esta capacidad de las personas por nacer—cuya existencia como tales consagra los arts. 63 y 70 y siguientes del Código Civil— y los derechos que éste les confiere, son muy importantes, no sólo por tales derechos sino por cuanto, en nuestro sistema legal—que siguió a Freitas en este aspecto— son personas, a tenor del art. 30 (25) y los anteriormente

(25) Art. 30 Cód. Civil: "Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones". Art. 63: "Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno". Art. 70: "Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en

mencionados. Esa condición es determinante para analizar situaciones que han originado polémica y llegado incluso a resolución de los tribunales, como la penalización del aborto o la interrupción voluntaria del embarazo con fallecimiento del feto.

Al margen la posibilidad de recibir por herencia y donación, la doctrina ha considerado con razón otros casos de derechos para las personas por nacer: legados, cargos a su favor, reconocimiento como hijos, alimentos, reparación de los daños sufridos durante su concepción, derechos otorgados por leyes sociales, etcétera (26).

En cuanto a contraer obligaciones, se admite su posibilidad, en la medida que resulten accesorias de derechos adquiridos.

b) Representación del menor, impúber o púber (adulto)

Recordemos que, de acuerdo al art. 127 del Código Civil, son menores impúberes "los que aún no tuvieren la edad de catorce años cumplidos y adultos los que fueren de esta edad hasta los veintiún años cumplidos".

La representación de unos y otros corresponde a los padres, y a falta o incapacidad de éstos, al tutor que se les nombre, a tenor del art. 57, inc. 2º: "Son representantes de los incapaces... 2º De los menores no emancipados, sus padres o tutores".

Cabe también tener en cuenta al respecto las normas que regulan la patria potestad—arts. 264 a 310—, cuyo ejercicio depende de las diversas situaciones contempladas en el primero de dichos artículos y las excepciones al mismo contenidas en los siguientes.

el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre". Art. 72: "Tampoco importará que los nacidos con vida tengan imposibilidad de prolongarla, o que mueran después de nacer, por un vicio orgánico interno, o por nacer antes de tiempo". Art. 73: "Repútese como cierto el nacimiento con vida, cuando las personas que asistieren al parto hubieren oído la respiración o la voz de los nacidos, o hubiesen observado otros signos de vida".

(26) Conf. BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil, Parte General", Abeledo-Perrot, 12ª ed. actualizada (Lexis-Nexis), t. I, Bs. As., reimpresión 2003, p. 406; LLAMBIAS, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil, Parte General", Ed. Perrot, t. I, Bs.As., 1961, p. 250, considerándose la enumeración "enunciativa".

En los casos corrientes de hijos, matrimoniales o extramatrimoniales, y en la medida que los padres convivan, el ejercicio es conjunto y en principio se presume que los actos realizados por uno de ellos cuentan con el consentimiento del otro (al respecto pueden verse arts. 264bis a 264quater).

c) Representación de los dementes y sordomudos

Corresponde a los curadores, que se le designen, conforme el art. 57, inc. 3º: *"Son representantes de los incapaces....3º De los dementes o sordomudos, los curadores que se les nombre"*.

En este supuesto, será la sentencia que, necesariamente, debe declarar la incapacidad, la que designe los curadores, siguiendo el orden establecido en los arts. 476 y siguientes, según los casos.

En primer lugar, respecto de personas casadas serán los cónyuges (art. 476), los hijos mayores de edad —uno de ellos— de sus padres viudos (art. 477) y los propios padres de sus hijos solteros, divorciados o viudos que no tengan hijos mayores de edad que puedan desempeñar la curatela (art. 478).

Cabe también la designación por los padres en testamento (art. 479).

d) Representación de los inhabilitados (art. 152 bis del Código Civil).

No siendo equiparables a los dementes, la representación en estos casos tiene reglas especiales.

Recordemos que el artículo —introducido por la ley 17.711— contempla tres casos de inhabilitación, que debe ser decretada judicialmente: a) quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes *"estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio"*; b) disminuidos en sus facultades, cuando sin llegar a la demencia —calificada en el art. 141—, *"el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio"*; c) a quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes *"expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio"*, pero sólo se declarará la inhabilitación si la persona tuviere cónyuge, ascendientes o descendientes y *"hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio"*.

En estos casos, continúa el artículo, también se designa un curador al inhabilitado, aplicándose en lo que corresponda las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación.

Asimismo, establece como régimen especial que *"no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos"* sin la conformidad del curador, aunque podrán realizar *"por sí solos actos de administración"*, salvo aquellos que limite la sentencia conforme las circunstancias del caso.

O sea, que la ley diferencia los actos de administración de los de disposición, si bien permite *contrario sensu* testar.

e) Representación del penado por más de tres años (art. 12 del Código Penal).

En este supuesto, quedan sometidos a curatela, o sea, son representados por curadores.

f) Representación "promiscua".

En todos los casos antes analizados la ley prevé una representación "promiscua" —es decir, general para todos—, que es ejercida por el Ministerio de Menores —Defensoría o Asesoría de Menores, o denominaciones semejantes—, según el art. 59 del Código Civil, obligando a su intervención, bajo pena de nulidad, en todos los asuntos judiciales o extrajudiciales, voluntarios o contenciosos, en que el incapaz sea parte como actor o demandado, o se trate de su persona o bienes.

Finalmente, en caso de existir intereses opuestos entre el incapaz y su representante, corresponde la designación de un curador "especial", para el caso concreto (art. 61).

IV.2.1.2. Representación voluntaria. Límites

En la celebración de un contrato —como de los actos jurídicos en general, salvo algunas excepciones para unos u otros— puede actuar el directo interesado —"parte" del contrato— o un tercero, en nombre y por cuenta de aquél (27).

(27) Al tema de la representación me he referido en los trabajos citados en nota 14, a los que me remito para el análisis de la misma.

Según se ha dicho, "representación es la situación jurídica en cuya virtud alguien emite una declaración de voluntad para realizar un fin cuyo destinatario es otro sujeto, de modo que hace conocer a los terceros a quienes va dirigida esa declaración de voluntad, que él actúa en interés ajeno, con la consecuencia de que todos los efectos jurídicos de la declaración de voluntad se produzcan respecto del sujeto en cuyo interés ha actuado" (28).

Si bien el concepto puede aplicarse en todos los casos en que se actúa por representación, en realidad se lo circunscribe a aquellos en que voluntariamente una persona capaz designa un representante para que actúe por él.

Son diversas las circunstancias en que ello ocurre, con lo cual es frecuente la contratación por intermedio de representantes. Así la ausencia del lugar, la distancia, circunstancias comerciales o personales que influyen a la parte a no asistir personalmente al acto, como el caso muy especial del otorgamiento de representación para realizar actos en interés del representante o de terceros, tal cual ocurre en los casos de poder irrevocable que prevé el art. 1977 del Código Civil.

Esta representación se califica como "voluntaria", diferenciándola de la legal —hemos analizado antes los supuestos—, en tanto emana de la voluntad del interesado y no resulta impuesta por la ley.

De allí que se encuentra en los casos en que una persona, aun estando en situación de gestionar por sí los propios negocios y declarar por sí su voluntad, opta por confiar a otro (representante) efectuar negocios en su nombre.

La figura contractual que se utiliza corrientemente para otorgar representación es el mandato, lo que determina que el propio Código Civil, si bien no regula autónomamente el instituto de la representación, en el art. 1870, que sigue al concepto de mandato, determina la aplicación de las normas de éste a diversos supuestos de aquella que enuncia en esa norma.

Pero no son los únicos y la doctrina ha elaborado la distinción con el mandato —que en principio contiene la representación—, como tam-

bién se ha ocupado de señalar que no todas las representaciones emanan de un mandato. Como ejemplo podemos citar las de las personas jurídicas, a las que luego nos referiremos (29).

Las situaciones son múltiples, pero debo destacar que no todos los actos ni todos los contratos pueden realizarse a través de representante. Es decir, existen límites.

Al legislar sobre el mandato, el Código Civil —apuntando en realidad a la representación— establece en su art. 1890 que "*el mandato no da representación, ni se extiende a las disposiciones de última voluntad, ni a los actos entre vivos, cuyo ejercicio por mandatarios se prohíbe en este Código o en otras leyes*".

Así como no puede serlo el testamento —art. 3619, que coincidiendo con la norma antes citada prohíbe delegar las disposiciones testamentarias o dar poder para testar—, tampoco pueden serlo ciertos contratos, en los cuales es irremplazable la persona que debe realizarlos, por ser actos considerados "personalísimos". Por ejemplo, el caso de una locación de obra que exija condiciones especiales para quien debe realizarla —pintor de un cuadro—, tratándose de obligaciones de hecho "personalísimas"; el caso poco recordado del contrato de juego, que exige la lógica intervención personal de los jugadores —véase definición del art. 2052 y argumento que emana del art. 2061, 2ª parte— (30). También resultan excluidos el ejercicio de la patria potestad, la tutela, la curatela, la absolución de posiciones de personas físicas, etc.

Todo ello sin perjuicio de aquellos actos o contratos para cuya realización por representante se exige "poder especial", conforme al art. 1881. En realidad, debió decirse "expreso", para no confundir con el sentido que a "especial" le da el art. 1879, que luego veremos.

Obviamente, el representado no puede realizar por un representante voluntario actos que por sí no podría realizar, es decir, no puede exceder su capacidad a través de él, principio que se desprende claramente de los arts. 1894 y 1895 del Código Civil, al establecer la capacidad para

(29) Para todo ello vuelvo a remitir a los trabajos citados en nota 21.

(30) Conf. GASTALDI, José María - CENTANARO, Esteban y colaboradores, "Contratos aleatorios y reales", Ed. de Belgrano, Bs.As., 1998, p. 34.

(28) ROCCO, "Diritto Commerciale", Parte General, Milano, 1936, n° 79, p. 311.

dar mandato para actos de administración y de disposición, respectivamente.

Al margen esa necesidad de capacidad del mandante, la delegación de sus facultades puede otorgarse de manera muy amplia o muy restringida, mediante el otorgamiento de poderes generales o especiales, estos últimos, reiteramos, indispensables en algunos casos puntuales que el art. 1881 determina.

Pero prescindiendo de esos supuestos legales, el poderdante puede delegar facultades desde dos puntos de vista:

a) El objeto del poder —o del mandato, según califica el Código Civil—, en el sentido de que pueden derivarse, conforme el art. 1889, “*todos los actos lícitos, susceptibles de producir alguna adquisición, modificación o extinción de derechos.*”

El mandato —o, mejor, el poder— puede ser general o especial, conforme resulta del art. 1879, que aclara que “*el general comprende todos los negocios del mandante, y el especial uno o ciertos negocios determinados.*”

Es decir, el “general” abarcaría todos los negocios del mandante, autorizado también por el art. 1892 que establece que “*el mandato puede tener por objeto uno o más negocios de interés exclusivo del mandante...*”

Este caso se da con frecuencia por razones de ausencia prolongada o para prever supuestos imprevistos que impidan la actuación del poderdante, por lo cual resulta útil la generalidad de los actos que quedan incluidos.

Pero también puede limitarse el objeto a ciertos actos, siendo así calificado como mandato o poder “especial”. Por ejemplo, para realizar un contrato determinado.

b) La extensión de las facultades que se otorgan.

Puede el mandato —y la consecuente representación que naturalmente contiene (31)—, ser concebido “en términos generales” o “espe-

(31) Decimos “naturalmente”, por cuanto existe el mandato sin representación o “mandato oculto”, conforme el art. 1929 del Código Civil y la denominada “comisión” del de Comercio—art. 222, 2ª parte—. Remitimos nuevamente a los trabajos citados en nota 14.

ciales”, lo que implica no la extensión del objeto (32) sino de las facultades otorgadas al representante.

Respecto al primer caso establece el art. 1880: “*El mandato concebido en términos generales, no comprende más que los actos de administración, aunque el mandante declare que no se reserva ningún poder, y que el mandatario puede hacer todo lo que juzgare conveniente, o aunque el mandato contenga la cláusula de general y libre administración.*”

Respecto al segundo supuesto, establece a continuación diversas restricciones, a partir de los poderes especiales que exige en el art. 1881 y los diversos casos que regula en los siguientes, los cuales estimamos que se resumen en el 1884: “*el mandato especial para ciertos actos de una naturaleza determinada, debe limitarse a los actos para los cuales ha sido dado, y no puede extenderse a otros actos análogos, aunque éstos pudieran considerarse como consecuencia natural de los que el mandante ha encargado hacer.*”

Los actos de disposición, según interpretación *contrario sensu* del art. 1880, son los que se estima requieren esos “poderes” especiales que regula el código; y en la duda se considera que éstos no se han otorgado, o sea, se interpreta restrictivamente el poder especial.

En realidad, la terminología empleada confunde, siendo producto de la confusión entre mandato, poder y representación propia de la época y a la que no escapó el codificador. En este aspecto debió hablarse de “facultades” especiales o expresas y no de “poderes”, conforme lo he sostenido en trabajos anteriores citados en las notas del presente.

Finalmente cabe señalar que en algunos casos se denomina como “poder general” al que en realidad es especial para ciertos negocios pero “general” en el sentido que abarca todos dentro de esa especialidad. Es lo que comúnmente sucede con el poder para actuar en juicio los abogados, que si se otorga para todos los pleitos se suele mencionar como “poder general”, siendo en realidad simplemente especial por su objeto limitado —sólo juicios—.

(32) Respecto al objeto, cabe referenciar el art. 1879 del Código Civil: “*El mandato es general o especial. El general comprende todos los negocios del mandante, y el especial uno o ciertos negocios determinados.*”

IV.2.2. Personas de existencia ideal (representantes u "órganos"). Casos.

Recordemos que por oposición a las personas de "existencia visible" —o físicas— el Código Civil alude a las personas de "existencia ideal", conforme se desprende del art. 31, que establece para ambas: "pueden adquirir los derechos, o contraer las obligaciones que este Código regla en los casos, por el modo y en la forma que él determina. Su capacidad o incapacidad nace de esa facultad que en los casos dados, les conceden o niegan las leyes".

Y distinguiendo las segundas de las primeras establece el artículo siguiente: "Todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones, que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal, o personas jurídicas".

No corresponde que me detenga en la discusión respecto si "personas de existencia ideal" es lo mismo que "personas jurídicas" o si hay relación de género a especie, como tampoco en la calificación de estas últimas que realizan los arts. 33 y 34, aunque sí en la segunda parte del primero de estos dos artículos, cuando señala las personas jurídicas de "carácter privado", pues de ellas analizaré la representación.

Dice así: "Tienen carácter privado: 1. Las asociaciones y las fundaciones que tengan por principal objeto el bien común, posean patrimonio propio, sean capaces por sus estatutos de adquirir bienes, no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado, y obtengan autorización para funcionar. 2. Las sociedades civiles y comerciales o entidades que conforme a la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar".

Este artículo fue modificado, en la forma transcripta, por la ley 17.711, que puso fin a la discusión respecto a qué tipo de persona o personalidad tenían todos estos entes, muy especialmente las sociedades.

Fundamental es el art. 45, en cuanto establece a partir de cuándo comienza la existencia con el carácter de personas jurídicas, al cual la ley 17.711 agregó el segundo y tercer párrafo: "Comienza la existencia de las corporaciones, asociaciones, establecimientos, etc., con el carácter de personas jurídicas, desde el día en que fuesen autorizadas por la ley o por el Gobierno, con aprobación de sus estatutos, y confirmación de los

prelados en la parte religiosa. Las decisiones administrativas en esta materia podrán ser revocadas judicialmente por vía sumaria, en caso de ilegitimidad o arbitrariedad. En el supuesto de fundaciones cuyos estatutos no prevean el procedimiento para su reforma, podrá el Poder Ejecutivo disponer su modificación para hacer posible el cumplimiento del fin de la entidad. En este caso los órganos de gobierno de la fundación podrán interponer los recursos mencionados en el párrafo anterior" (33).

En cuanto a la representación de las personas jurídicas, una aproximación nos dan los arts. 35, 36 y 37.

El primero de ellos, destacando la capacidad y asimilación a la persona física y su representación, todo lo cual se les confiere por la ley, nos dice: "Las personas jurídicas pueden, para los fines de su institución, adquirir los derechos que este Código establece, y ejercer los actos que no les sean prohibidos, por el ministerio de los representantes que sus leyes o estatutos les hubiesen constituido". Es bueno detenerse en los comentarios de la nota de este artículo.

Del mismo resulta claro que, en el tema que nos ocupa, la representación resultará de las leyes o de los estatutos de la entidad de que se trate.

Completando, con carácter general, nos dice el art. 36: "Se reputan actos de las personas jurídicas los de sus representantes legales, siempre que no excedan los límites de su ministerio. En lo que excedan, sólo producirán efecto respecto de los mandatarios".

Y el art. 37: "Si los poderes de los mandatarios no hubiesen sido expresamente designados en los respectivos estatutos, o en los instrumentos que los autoricen, la validez de los actos será regida por las reglas del mandato".

Esta asimilación al contrato de mandato no es del todo feliz —aunque pueda justificarse en la época de sanción del Código Civil—, habiéndose reemplazado la condición de mero representante —sostenida por la

(33) En cuanto al organismo que otorga la autorización, en la ciudad de Buenos Aires es la Inspección General de Justicia. En las provincias organismos similares si bien con denominaciones diferentes.

teoría de la ficción de las personas jurídicas— por la más moderna teoría del “órgano” —sostenida por la teoría de la realidad—, que al considerar que aquéllas son reales, no ficticias, quienes las dirigen o administran deben considerarse como sus “órganos” naturales.

De esta manera esos dirigentes o administradores no se encontrarían vinculados con una relación contractual de mandato, sino que se los considera como parte integrante de la persona jurídica de que se trata.

La jurisprudencia (34) se fue inclinando a aceptar la teoría del “órgano”, la cual puede considerarse que ha sido receptada por la ley 19.550 de sociedades comerciales (35). De la aplicación de la teoría fluye también la responsabilidad por los actos de sus “órganos”, a punto que el art. 58 de aquella ley determina que todos los actos celebrados por el administrador o representante que lo es por el contrato societario o por la ley, obligan a la sociedad en la medida “que no sean notoriamente extraños al objeto social” (36).

Finalmente, por su alcance general, cabe referirse al art. 39: “Las corporaciones, asociaciones, etc., serán consideradas como personas enteramente distintas de sus miembros. Los bienes que pertenezcan a la asociación, no pertenecen a ninguno de sus miembros; y ninguno de sus

(34) Conf. CNCom, sala A, 27/10/78, ED, 82-369.

(35) El art. 157 de esta ley, en la sección referida a las sociedades de responsabilidad limitada, expresamente titula “Los órganos sociales” al capítulo referido a la administración y representación de las mismas, si bien el art. 157, primero de ese capítulo, establece que “la administración y representación de la sociedad corresponde a uno o más gerentes...”; y diversas normas referidas a otros tipos societarios también mencionan “administración” y/o “representación”, en lugar de “órganos”—arts. 127, 136, 143, 255, 318, que luego comentaré—, lo cual no obsta, por cierto, a sostener la teoría del “órgano”. Véase CNCom, sala A, 28/7/54, JA, 1955-I, 342, con nota de Spota, que aprueba lo resuelto (aunque cabe advertir que se trata de un fallo anterior a la ley 19550, el concepto se ha reiterado en posteriores). Igualmente la doctrina comercialista ha considerado que el régimen societario “adhiera a la teoría del órgano u organicista”. Así, por ejemplo, MASCHERONI, Fernando H. —MUGUILLO, Roberto A., “Ley de Sociedades Comerciales, comentada y concordada”, ERREPAR, Bs.As., 2000, p. 65.

(36) Art. 58 LS: “El administrador o el representante que de acuerdo con el contrato o por disposición de la ley tenga la representación de la sociedad, obliga a ésta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social. Este régimen se aplica aun en infracción de la organización plural, si se tratare de obligaciones contraídas mediante títulos valores, por contratos entre ausentes, de adhesión o concluidos mediante formularios, salvo cuando el tercero tuviere conocimiento efectivo de que el acto se celebra en infracción de la representación plural”.

miembros, ni todos ellos, están obligados a satisfacer las deudas de la corporación, si expresamente no se hubiesen obligado como fiadores, o mancomunado con ella”. Esta norma admite excepciones, al extenderse en algunos casos la responsabilidad del ente a sus miembros, aspecto que excede el alcance de este trabajo.

Hechas las precedentes consideraciones genéricas, paso a describir quienes son los “legimitados” para la realización de actos en representación de diversas clases de personas jurídicas o agrupamientos societarios, es decir, quien tiene en cada caso “legitimación” para obrar por ellos.

a) Asociaciones civiles

No tienen una legislación completa, no obstante su importancia, pues han servido para lograr finalidades de todo tipo, desde exclusivamente altruistas a culturales, gremiales, profesionales, deportivas, etc., abarcando una gran gama de actividades y teniendo así gran desarrollo tanto en nuestro país como en el extranjero. Tienden al bien común —de sus asociados—, e incluso al bien público en más de un caso.

No obstante esa falta de apoyo normativo, están amparadas por los derechos constitucionales que emanan del art. 14 de la Constitución Nacional y se refieren a ellas varios artículos del Código Civil que, con doctrina y jurisprudencia constructiva, han permitido establecer una regulación diría estable.

Además de su ubicación como personas jurídicas de carácter privado, según el art. 33 del citado código que ya he citado y transcrito, y que las alcanzan otros artículos también citados —arts. 35 y sigtes.—, son mencionadas en normas específicas que cabe recordar.

Así, el art. 40, fundamental: “Los derechos respectivos de los miembros de una asociación con el carácter de persona jurídica, son reglados por el contrato, por el objeto de la asociación, o por las disposiciones de sus estatutos”.

Se sustenta aquí todo el funcionamiento de la asociación, sin dejar aclarar que el empleo del término “objeto”, aceptado por su uso reiterado, en las leyes y en la práctica, cabe interpretarse —de ello no hay duda— que se refiere a la “actividad” de la persona jurídica, no debiendo

confundirse con el "objeto" como integrante de los elementos constitutivos esenciales de los contratos, incluso los asociacionales —asociaciones, sociedades—.

El art. 41: "*Respecto de terceros, los establecimientos o corporaciones con el carácter de personas jurídicas, gozan en general de los mismos derechos que los simples particulares para adquirir bienes, tomar y conservar la posesión de ellos, constituir servidumbres reales, recibir usufructos de las propiedades ajenas, herencias o legados por testamentos, donaciones por actos entre vivos, crear obligaciones e intentar en la medida de su capacidad de derecho, acciones civiles o criminales*". Si bien cabe entender estas facultades como incluidas en los arts. 32, 35 y concordantes, el codificador siguió la vía de una amplia ejemplificación para despejar cualquier duda respecto a la capacidad de las personas jurídicas.

Para completar aspectos principales de la "personalidad" de las asociaciones, el art. 46 enuncia a las que no son "personas jurídicas", ampliando el panorama de este tipo asociacional: "*Las asociaciones que no tienen existencia legal como personas jurídicas, serán consideradas como simples asociaciones civiles o religiosas, según el fin de su instituto. Son sujetos de derecho, siempre que la constitución y designación de autoridades se acredite por escritura pública o instrumentos privados de autenticidad certificada por escribano público. De lo contrario, todos los miembros fundadores de la asociación y sus administradores asumen responsabilidad solidaria por los actos de ésta. Supletoriamente regirán a las asociaciones a que este artículo se refiere las normas de la sociedad civil*". Este es el artículo actual conforme la ley 17.711, que amplió el original del código, que sólo contenía el primer párrafo, pero agregando a las "comerciales", que eliminó la reforma.

Un punto que no debe olvidarse es la distinción entre las asociaciones y las sociedades.

Estas últimas —sean civiles o comerciales— tienen como condición general el "propósito (ánimo) de lucro", mientras que las asociaciones se distinguen, precisamente, por ser "sin ánimo de lucro", como a veces en forma redundante se las menciona, agregando tal aditamento a la palabra "asociación". Por esencia, no deben tener ese propósito.

El tema es precisar qué se entiende por ese ánimo o propósito, porque vemos a menudo que las asociaciones hacen operaciones por las

cuales "lucran", en tanto están destinadas a obtener ganancias, con las que contribuirán a su sustento y el cumplimiento de sus finalidades. Vaya como ejemplo la tan común "venta" de jugadores profesionales a otras asociaciones o clubes, la realización de eventos lucrativos, etc.

No debe interpretarse "lucro" en ese sentido. La falta de él resulta de que los ingresos obtenidos no están destinados a sus integrantes en forma directa, como una sociedad (37), sino que deben ser empleados en el sostenimiento de la asociación y en beneficios para sus socios. Dicho en otras palabras, no se distribuyen las ganancias, no hay "dividendos" ni otros reconocimientos directos para los asociados (38).

En cuanto a la representación de las asociaciones para ejercer su capacidad, de la conjunción de las normas del Código Civil resulta que los legitimados para ello han de surgir del contrato fundacional y/o de los estatutos.

Se reconocen tres tipos generales de órganos de las asociaciones: deliberativo —la asamblea de socios (o de representantes de ellos)—, el ejecutivo o de dirección —comisión directiva, consejo directivo— y el de contralor —comisión fiscalizadora de cuentas o revisora de cuentas, o aún, menos usado, síndico—.

Pero de acuerdo a la importancia de la asociación o cantidad de socios, suelen preverse en los estatutos un tribunal de juzgamiento de los socios —tribunal de honor, comisión de disciplina— o deportivo —tribunal de penas—, comisiones internas —de diversas actividades según la asociación de que se trate—, etc.

Pero quienes deciden los temas son la asamblea de socios o la comisión directiva, debiendo señalar que si bien la primera es el órgano superior, suelen existir en los estatutos facultades propias de la comisión, independientes de la asamblea para su ejercicio, para dar más agilidad

(37) Vaya como ejemplo, bien claro, la definición de la sociedad civil, art. 1648 del respectivo código: "*Habrá sociedad, cuando dos o más personas se hubiesen mutuamente obligado, cada una con una prestación, con el fin de obtener alguna utilidad apreciable en dinero, que dividirán entre sí, del empleo que hicieren de lo que cada uno hubiere aportado*".

(38) Para ampliar sobre la distinción véase VIDELA ESCALADA, Federico N., "Sociedades Civiles", Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1962.

al funcionamiento. Ello sin perjuicio de dar cuenta de sus actos a la asamblea.

Para la realización de actos jurídicos, normalmente deben ser previamente aprobados por la asamblea o la comisión, según las facultades de cada una, y la persona legitimada para representar al ente es comúnmente el presidente, si bien es habitual que su firma sea refrendada por el secretario o quien desempeñe tal tarea. Téngase en cuenta que generalmente, variable según la entidad, su importancia y el número de socios, existen presidente, vicepresidente/s, secretario, prosecretario, tesorero, protesorero, vocales, todos integrantes del órgano ejecutivo. Todo esto es regulado por el estatuto, ley de las asociaciones.

En las "simples asociaciones", la situación es similar, aunque sus órganos suelen ser menos o más simples, pero la voluntad de los asociados siempre será la que defina las situaciones.

b) Fundaciones

Las fundaciones se encuentran reguladas por la ley 19.836 (BO 25/09/1972), resultando una normativa bastante completa.

Son entidades también "sin fines de lucro", con finalidad de bien común y cuya diferencia con las asociaciones la simplifico señalando que mientras éstas están constituidas por una pluralidad de personas —asociados—, nacen de un contrato asociativo, con una finalidad dirigida al bien de sus miembros, las fundaciones son una suerte de "patrimonio de afectación" destinado a una finalidad no establecida por asociados sino por el o los fundadores, que aportan aquél al menos en su inicio, y cuya aplicación no tiende al bien de los asociados —no los hay— ni de los fundadores, sino de terceros "beneficiarios".

En otras palabras, las fundaciones nacen por la voluntad exclusiva del fundador —o fundadores—, mediante un acto no contractual sino unilateral y esa voluntad trasciende la constitución y se proyecta a toda la vida del ente.

• Su concepto resulta del art. 1º: "*Concepto. Las fundaciones a que se refiere el artículo 33 del Código Civil son personas jurídicas que se constituyen con un objeto de bien común, sin propósito de lucro, mediante el aporte patrimonial de una o más personas, destinado a hacer posible*

sus fines. Para actuar como tales deberán requerir la autorización prevista en el artículo 45 del citado Código".

Es la misma ley que prevé, en su capítulo 3, el "Gobierno y administración" de las fundaciones.

El art. 10, primero del capítulo establece que "*el gobierno y administración de las fundaciones estará a cargo de un consejo de administración, integrado por un mínimo de tres personas*" que "*tendrá todas las facultades necesarias para el cumplimiento del objeto de la fundación, dentro de las condiciones que se establezcan en el estatuto*". Sus integrantes pueden ser permanentes o temporarios —art. 13—.

Pero la voluntad del fundador se concreta en el art. 11, en cuanto dispone como "derecho de los fundadores" que éstos "*podrán reservarse por disposición expresa del estatuto la facultad de ocupar cargos en el consejo de administración, como también la designación de los consejeros cuando se produzcan el vencimiento de los mandatos o vacancia de los mismos*". Es habitual el desempeño del fundador como presidente del consejo de administración.

A su vez, sin que sea obligatorio, se puede constituir un "comité ejecutivo", según el art. 14: "*El estatuto puede prever la delegación de facultades de administración y gobierno a favor de un comité ejecutivo integrado por miembros del consejo de administración; aquél ejercerá sus funciones entre los períodos de reuniones del citado consejo. Igualmente podrá delegar facultades ejecutivas en una o más personas, sean éstas miembros o no del consejo de administración*".

Como situación particular de las fundaciones, el art. 18 de la ley prevé que en caso de acefalía del consejo de administración, "*la autoridad administrativa de control procederá a reorganizar la administración de la fundación y a designar sus nuevas autoridades, modificando el estatuto en las partes pertinentes*".

En síntesis, la representación de las fundaciones es primariamente del consejo de administración, pero los estatutos suelen concederla en primer lugar al presidente y, cuando los hay, que es muy frecuente, al vicepresidente o vicepresidentes, en ausencia de aquél. Son los que resultan legitimados para contratar por el ente, sin perjuicio de que las resoluciones las deba adoptar el consejo.

c) *Sociedades*

En cuanto a las sociedades, la legitimación para contratar por ellas difiere según sean civiles o comerciales y, dentro de éstas, según el tipo al cual pertenecen.

Vemos los diversos supuestos.

➤ *Civiles:*

Definidas en el art. 1648 del Código Civil —que les dedica desde ese artículo hasta el 1788 (y 1788 bis agregado por la ley 17.711)—, las sociedades civiles, como las comerciales, tienen “propósito de lucro”, que resulta del propio concepto (39).

Pero su diferencia resulta de la actividad que desarrollan, que no debe ser comercial, habiéndose sido Bibiloni, en su Anteproyecto, que marcó un camino al señalar diversas sociedades que debían ser consideradas civiles: ejercicio de profesionales liberales, agropecuarias o forestales, establecimientos educacionales, explotación minera, etc. y “todo ramo no incluido entre los actos de comercio” (40).

Pero ello siempre que no se constituyan bajo un tipo comercial, conforme a la ley 19.550, a la que luego aludiré.

En cuanto a la representación de las sociedades civiles, es similar sea que se trate de las constituidas regularmente o las “de hecho”.

(39) Art. 1648 Cód. Civil: “Habrá sociedad, cuando dos o más personas se hubiesen mutuamente obligado, cada una con una prestación, con el fin de obtener alguna utilidad apreciable en dinero, que dividirán entre sí, del empleo que hicieren de lo que cada uno hubiere aportado”. Sus elementos constitutivos propios surgen del concepto: aporte; propósito de lucro; participación en los resultados (ganancias y pérdidas); y se completan con la *affectio societatis*.

(40) Para el análisis y el paralelo con las comerciales remito a GASTALDI, José María, “Introducción al estudio de los contratos comerciales. Su relación con los civiles”, 2ª. ed. 1985, 3ª, 1998, y sucesivas reimpresiones, Apéndice: Ponencia conjunta del autor con Esteban CENTANARO y Jorge MIGUEL, presentada a las IX Jornadas de Derecho Civil, Mar del Plata, 1983, sobre “Unificación de la legislación de las sociedades civiles y comerciales”.

Cabe recordar que para ser constituidas regularmente el Código Civil exige escritura pública, conforme el inc. 3 de su art. 1184 (41), pero no se exige, por el código ni por otra ley, su registración en el organismo de control —como ocurre con las comerciales—:

- Regularmente constituidas

Según el art. 1676 del mencionado código, que encabeza el capítulo sobre la administración de la sociedad, “*el poder de administrar la sociedad corresponde a todos los socios, y se reputa ejercido por cada uno de ellos, si no constare que para ejercerlo, los socios hubiesen nombrado uno o más mandatarios, socios o no socios*”.

Al margen que se mantiene el criterio del “mandato”, a lo cual ya me he referido, queda claro el régimen de representación, teniendo importancia si la designación es efectuada en el mismo contrato social, pues en tal supuesto —y no si lo fuera por acuerdo posterior— su revocación debe ser por “causa legítima” (art. 1681) y en tal caso, o en caso de renuncia, muerte o incapacidad, será causal de disolución (arts. 1686, 1687 y 1759).

En cuanto a las facultades del administrador, se regula por el contrato o acuerdo posterior y, subsidiariamente, por el “objeto de la sociedad” y el “fin” (art. 1691) y se prevé que, salvo que la actuación se disponga en forma conjunta, “*cualquiera de ellos puede ejercer todos los actos de administración separadamente; pero cualquiera de ellos puede oponerse a las operaciones del otro, antes que éstas hayan producido efectos legales*”.

En cuanto al supuesto de “*actos opuestos al fin de la sociedad o que puedan destruirla*” sólo “*pueden hacerse por deliberación unánime de los socios*”.

- Irregulares o de hecho

Según una opinión —y apartándose del derecho comercial, que las distingue claramente— ambos términos son indistintos para designar

(41) Art. 1184: “*Deben ser hechos en escritura pública, con excepción de los que fuesen celebrados en subasta pública:.....3. los contratos de sociedad civil, sus prórrogas y modificaciones*”. Con anterioridad a la reforma, el código sólo establecía el requisito de escritura pública para aquellas sociedades cuando el capital de cada socio pasara de \$1000 o cuando algún bien aportado fuere inmueble. De lo contrario regía el 1662, con toda amplitud de formas. Luego me referiré al mismo.

a la sociedad civil que no ha seguido en su constitución la forma prevista en el art. 1184, inc. 3.

Una segunda doctrina entiende que debe reservarse la denominación de "irregular" para la sociedad civil que se constituye por contrato escrito, pero sin ser escritura pública. Y "de hecho" para el supuesto de simple constitución verbal, sin documentación alguna.

Una tercera señala que no sólo ingresan en esta categoría las sociedades no constituidas con la formalidad legal exigida, sino aquellas que no lo son por cualquier otra causa, por ejemplo, falta de capacidad de los socios (42).

Como una cuarta postura, que comparto, cabe considerar que frente a la sociedad "regular" se encuentran las "anómalas", que comprenden las "de hecho" o "irregulares" y las de objeto—mejor decir "finalidad"—ilícito.

Anterior a la reforma de la ley 17.711 se exigía el requisito de la escritura pública sólo para ciertos casos, que constituían excepción a la amplitud de forma aceptada por el art. 1662, no derogado por aquella ley, que establece: *"El contrato de sociedad puede ser hecho verbalmente o por escrito, por instrumento público, o por instrumento privado, o por correspondencia. La prueba de él está sujeta a lo dispuesto respecto a los actos jurídicos. El valor del contrato será el de todo el fondo social para la tasa de la ley"*.

Según alguna doctrina, este artículo habría quedado derogado tácitamente, ante la reforma del 1184 en su inciso tercero.

Salvo casos de excepción—cuando se dicta alguna norma que se contradice abiertamente, o sea, resulta incompatible (43), con un principio general—no estoy de acuerdo con el criterio de las derogaciones tácitas, mucho menos cuando se trata, como en el caso, de la incorporación de una modificación dentro de un cuerpo legal como es el Código Civil (44).

(42) En tal sentido, SALVAT, Raymundo L., "Tratado de Derecho Civil Argentino, Fuentes de las Obligaciones", TEA, 2ª ed. actualizada por Arturo Acuña Anzorena, t. II, Bs. As., 1957, p. 402.

(43) Véase en este sentido CSJN, 9/11/64, Fallos: 260:62.

(44) Véase GASTALDI, José María, "Pacto comisorio", cit., p. 128 y sigtes. En el mismo sentido se expresaba RISOLIA, Marco Aurelio, "Sobre la derogación tácita o implícita de una norma particular", ED, 62-211.

En este supuesto, puede mantenerse el art. 1662 y considerar que, luego de la reforma citada del 1184, los contratos de sociedad efectuados en alguna de las otras formas, aun la verbal, previstas por aquel artículo, originan una sociedad de "hecho", que tiene como característica principal que cualquiera de los socios, en cualquier momento, puede pedir su disolución.

La representación de estas sociedades debe asimilarse a las regulares, por falta de otra regulación particular.

En efecto, si bien se discute su carácter de persona jurídica, de los arts. 1663 a 1665 del Código Civil resulta que la sociedad puede ejecutar actos y los socios pueden alegar la existencia de ella frente a terceros, lo cual demuestra la posibilidad de actuar de estas sociedades y, por ende, el reconocimiento de su personalidad. Y entonces, al ser sociedades, cabe aplicarles el criterio de las regulares, pudiendo adquirir derechos y contraer obligaciones (45). Claro está que siempre tienen una existencia precaria, en tanto cualquier socio puede pedir en cualquier momento su disolución y liquidación.

➤ Comerciales: Los diversos tipos y su representación.

En el caso de las sociedades comerciales y su diversos tipos, hay que remitirse a la ley que las regula, 19.550.

• Regularmente constituidas

Respecto a las regulares y sus diversos tipos existen normas de carácter general, que se encuentran en el capítulo I—Disposiciones generales—, sección VIII—De la administración y representación—.

Su art. 58, con que se inicia esta sección, bajo el título "Representación: régimen. Eficacia interna de las limitaciones", nos dice en su primera parte: *"El administrador o representante que de acuerdo con el contrato o por disposición de la ley tenga la representación de la sociedad, obliga a ésta por todos los actos que no sean notoriamente extra-*

(45) SCBsAs. 16/12/71, ED, 38-449; CNCom, sala B, 14/10/80, ED, 91-826, id. sala D, 17/7/76, ED, 70-51, C1ª Civ. y Com. Bahía Blanca, 25/7/91, LA LEY, 1991-E, 536 (fallos referidos a sociedades comerciales).

ños al objeto social...". Este es un principio general, que deberá ser interpretado según las circunstancias del caso.

El art. 59 les impone el deber de "obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios", agregando que "los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión". También en este caso habrá que atender a las circunstancias de personas, tiempo y lugar y se enmarcan en el deber de fidelidad que deben tener hacia la sociedad, colocando los intereses de ésta por sobre los personales.

Veamos ahora la legitimación en los diversos tipos societarios.

✓ Sociedad colectiva

No está definida en la LSC, siendo la típica sociedad de personas. La que más se aproxima a la sociedad civil.

El art. 127 LSC determina que el régimen de la administración se regulará en el contrato y, "en su defecto, administrará cualquiera de los socios indistintamente".

Conforme el art. 128, si son varios administradores pueden actuar indistintamente, salvo que se haya estipulado que lo deben hacer en forma conjunta.

✓ Sociedad en comandita simple

La administración y representación corresponde a los socios "comanditados", o "terceros que se designen", conforme el art. 136 LSC —aplicándose las normas correspondientes de las sociedades colectivas—, estándole prohibido al socio comanditario intervenir en la administración, bajo pena de responsabilizarlo ilimitada y solidariamente (art. 137).

✓ Sociedad de capital e industria

Constituidas por socios que aportan capital y socios que aportan su trabajo, la administración y representación "podrá ejercerse por cualquiera de los socios", remitiéndose a la colectiva, todo ello de acuerdo con el art. 143 LSC.

✓ Sociedad de responsabilidad limitada

Por lo prescripto en el art. 157 LSC (texto según ley 22.903) la administración y representación "corresponde a uno o más gerentes, socios o no, designados por tiempo determinado o indeterminado en el contrato constitutivo o posteriormente".

La misma norma establece la posibilidad de designar suplentes y para el caso de ser varios los gerentes, pueden distribuir entre ellos las funciones o imponer la administración conjunta o colegiada; en cuanto a su actuación, si nada se dice "se entiende que pueden realizar indistintamente cualquier acto de administración".

✓ Sociedad anónima

Distínguese la administración de la representación.

La primera, de acuerdo al art. 255 LSC "está a cargo de un directorio compuesto de uno o más directores designados por la asamblea de accionistas o el consejo de vigilancia, en su caso" (si lo prevé el estatuto). No es necesario ser accionista para ser director (art. 256) pero el cargo es "personal e indelegable" (art. 266).

La representación se establece en el art. 268: "La representación de la sociedad corresponde al presidente del directorio", si bien "el estatuto puede autorizar la actuación de uno o más directores", aplicándose "en ambos supuestos" el art. 58.

Flexibilizando la norma y partiendo de la autorización a directores que prevé, se ha admitido el ejercicio de la representación, en forma indistinta, entre presidente y vicepresidente o bien aquél y un director, o permitiendo el uso de la firma social a integrantes del directorio.

También se permite, conforme el art. 269, la designación de un "comité ejecutivo", "integrado por directores que tengan a su cargo únicamente la gestión de los negocios ordinarios".

✓ Sociedad en comandita por acciones

De acuerdo con el art. 318 LSC, "la administración podrá ser unipersonal, y será ejercida por socio comanditado o tercero". Puede también ser plural, conjunta o indistinta.

Cabe tener presente que a este tipo de sociedades se le aplican las normas de la anónima, salvo disposición en contrario (art. 316 LSC).

✓ Sociedad de hecho y sociedad irregular

Se admite —estando reconocida en dicha ley (Sección IV)— la “sociedad no constituida regularmente” (arts. 21 a 26).

Pero en este ámbito comercial se distingue claramente la sociedad “de hecho” de la sociedad “irregular”.

La primera es la que, teniendo un objeto —actividad— comercial carece de instrumentación, mientras que la “irregular” es la que no ha cumplido íntegramente el trámite de inscripción en el organismo correspondiente.

Tal diferencia resulta del art. 21 de la ley: *“Las sociedades de hecho con un objeto comercial y las sociedades de los tipos autorizados que no se constituyan regularmente, quedan sujetas a las disposiciones de esta Sección”* (Sección IV. *“De la sociedad no constituida regularmente”*), en conjunción con el art. 7: *“La sociedad sólo se considera regularmente constituida con su inscripción en el Registro Público de Comercio”*.

La interpretación de esta norma determina que la sociedad “de hecho” es aquella que teniendo un objeto comercial carece de instrumentación, mientras que la “irregular” se instrumenta bajo un tipo legislado, pero no cumple con la registración —en el organismo oficial competente—, que le otorga la publicidad suficiente para su “regularidad”.

Conforme el art. 24, en unas y otras, *“en las relaciones con los terceros, cualquiera de los socios representa a la sociedad”*.

Tienen la misma precariedad que las civiles de hecho, pues en cualquier momento cualquier socio puede pedir la disolución y liquidación, pero también puede pedir la regularización (art. 22, según ley 22.903).

Se discute también la condición de persona jurídica, pero se admite que pueden adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque se limita su capacidad para adquirir bienes registrales (46).

(46) Conf. ED, 132-682.

d) *Contratos de colaboración empresaria*

La ley 22.903, de reforma a la ley 19.550, reguló los “contratos de colaboración empresaria”, los que incorpora a ésta como capítulo III, a partir del art. 367.

Carece de disposiciones generales, pero contempla dos supuestos: las agrupaciones de colaboración y las uniones transitorias de empresas. Veamos la representación en ambos casos.

• *Agrupaciones de colaboración*

Las caracteriza en el agregado art. 367 LSC, primero de la sección I del capítulo III, autorizando a las *“sociedades y los empresarios individuales... mediante un contrato de agrupación, establecer una organización común con la finalidad de facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad empresarial de sus miembros o de perfeccionar o incrementar el resultado de tales actividades”*. Agrega la norma que *“no constituyen sociedades ni son sujetos de derecho”*.

De acuerdo con el art. 371, *la dirección y administración debe estar a cargo de una o más personas físicas designadas en el contrato o posteriormente por resolución de los participantes, siendo de aplicación el artículo 221 del Código de Comercio. En caso de ser varios los administradores y si nada se dijera en el contrato, se entiende que pueden actuar indistintamente*. Recordemos que el mencionado artículo del código es el que define el mandato comercial.

• *Unión Transitoria de Empresas (UTE)*

Contempladas en la sección II del capítulo III LSC, son caracterizadas por el art. 377: *“Las sociedades... y los empresarios individuales... podrán, mediante un contrato de unión transitoria, reunirse para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro concreto, dentro o fuera del territorio de la República...”*, agregando la misma norma que *“no constituyen sociedades ni son sujetos de derecho...”*.

El art. 378 determina que el contrato para formar una UTE se deberá otorgar por instrumento público o privado y, dentro de otros requisitos, deberá contener (inc. 7) *“el nombre y domicilio del representante”*.

El art. 379 determina que: *“el representante tendrá los poderes suficientes de todos y cada uno de los miembros para ejercer los derechos y contraer las obligaciones que hicieren al desarrollo o ejecución de la obra, servicio o suministro. Dicha designación no es revocable sin causa, salvo decisión unánime de las empresas participantes; mediante justa causa la revocación podrá ser decidida por el voto de la mayoría absoluta”*. La representación y administración puede recaer en persona física o jurídica.

Es muy importante destacar que para estar legitimado el representante, conforme la última norma citada, deberá tener los poderes suficientes de “todos y cada uno de los miembros”, es decir, en tal sentido éstos actúan y otorgan la representación en forma individual —actuando aquél como un mandatario—, situación que en más de un caso no se presenta, originando la nulidad de la representación.

Finalmente, según el art. 380, tanto el contrato como la designación del representante deberá inscribirse en el Registro Público de Comercio, ejercido por la autoridad de control (en la ciudad de Buenos Aires, la Inspección General de Justicia). De lo contrario no será oponible a terceros.

IV.2. Legitimación y “competencia” (administrativa)

Finalmente, a fin de completar el cuadro de la legitimación, en el sentido de facultad de representación para actuar por terceros, debe tenerse presente alguna similitud que presenta con la denominada “competencia” en el ámbito del derecho administrativo o, si se quiere, con la “competencia” y la “legitimidad” administrativas.

Nos dice con razón aquel eminente jurista que fue Rafael Bielsa (47), que “la validez del acto administrativo está subordinada al cumplimiento de requisitos esenciales, tanto de orden subjetivo (capacidad del sujeto: competencia) como objetivo (legalidad)”, identificando ésta con la “legitimidad”. Entiéndese por tal la facultad que posee y ejerce un integrante jerárquico de la administración pública para realizar actos para el organismo público, de cualquier tipo, al que pertenece.

(47) BIELSA, Rafael, “Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración”, 2ª edición, J. Lajouane y Cía. Editores, t. I, Bs. As., 1929, p. 93.

En cuanto a la primera, por cuanto el acto administrativo no basta que emane de una autoridad administrativa, sino que ésta debe tener “competencia” para realizarlo, es decir, que lo ejecute en el límite de sus funciones y atribuciones legales.

En cuanto a la “legalidad” o “legitimidad”, implica realizar el acto conforme a los requisitos legales.

Se advierte que la similitud con la capacidad —en realidad con la de hecho— para ejecutar actos jurídicos “privados”, aparece con la “competencia”, mientras que la “legitimidad” se acerca a la capacidad de derecho, si quisiéramos efectuar un paralelo entre dichos actos o los administrativos.

Lo expuesto es un simple esbozo, de un tema que es propio del derecho administrativo y del que éste se ocupa.

VII. Nulidad por falta de legitimación

En los supuestos que he analizado de “legitimación”, referida a la representación de las personas, físicas y de existencia ideal, la nulidad del acto realizado por el representante puede tener lugar en dos supuestos: defectos de representación e insuficiencia de los poderes.

Obviamente, si es el representado que carece de capacidad para el acto —por ejemplo, si tiene una prohibición legal para realizarlo— la nulidad se origina en tal circunstancia y aunque en definitiva podría englobársela en alguno de los supuestos mencionados, es preferible separarla en tanto no se trata en realidad de ninguno de ellos, que contemplan circunstancias diferentes.

Ya he señalado que el representante nunca puede exceder la capacidad del representado. Y así lo recalca el Código Civil en más de un caso. Por ejemplo, el proemio del art. 1361 —que establece prohibiciones para comprar— nos dice: *“Es prohibida la compra, aunque sea en remate público, por sí o por interpuesta persona”*, enunciando a continuación los distintos supuestos.

VII.1. Defectos de representación

Agrupo acá aquellos casos en que la representación ha sido otorgada sin los requisitos necesarios para ello.

Por ejemplo, si no se ha acreditado debidamente la capacidad del representado para otorgar el acto o, en las personas jurídicas, si no se han cumplido los requisitos exigidos por la ley o sus estatutos para delegar la representación: falta de realización de los actos societarios necesarios para otorgarla, etc.

Al analizar los diversos casos de sociedades he hecho algunas referencias.

VII.2. Insuficiencia de poderes

Es el supuesto en que, si bien la representación ha sido otorgada cumpliendo todos los requisitos, el poder que la sustenta no resulta suficiente para la realización del acto o bien no lo son las facultades otorgadas —de administración o disposición, según corresponda—.

Esto resulta muy claro en aquellos casos en que la ley exige el otorgamiento de poderes especiales (expresos) —por ejemplo, los del art. 1881— y sólo se otorga un poder general, o cuando se otorga “en términos generales” y se pretende efectuar un acto de disposición —art. 1880—.

He analizado ya el tema, a lo que me remito. ♦

SOBRE LA CAPACIDAD DE LOS MENORES DE EDAD PARA CONSENTIR LA REALIZACIÓN DE TRATAMIENTOS MEDICOS

POR EDUARDO A. SAMBRIZZI

SUMARIO: I. Consideraciones previas. — II. El alcance del consentimiento de los menores de edad para la realización de tratamientos o intervenciones médicas. — III. La cuestión en otras legislaciones.

I. Consideraciones previas

Antes de entrar al análisis particularizado del tema de la presente nota, corresponde señalar que al paciente médico que no se encuentra privado de discernimiento le asiste el derecho a tomar las decisiones que pudieran corresponder con respecto a los posibles tratamientos o intervenciones médicas a serle aplicados, en especial, cuando existan terapias alternativas, constituyendo una exigencia moral colocarlo en condiciones de poder elegir personalmente, y no a la de someterse a decisiones y elecciones que otros han tomado por él. Para lo cual el paciente debe recibir en forma adecuada suficiente información con respecto a su estado de salud, y particularmente, sobre la enfermedad que lo afecta, así como sobre las terapias posibles y sus riesgos, lo que implica una previa y amplia información al respecto, conociéndose el consentimiento que el mismo preste a ese efecto, que se encuentra unido a la noción de discernimiento (1), como *consentimiento informado*, cuya práctica es relativamente reciente (2).

(1) Conf., KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, “El derecho del menor a su propio cuerpo”, en *La Persona Humana*, AA.VV., dirigida por Guillermo A. Borda, Buenos Aires, 2001, p. 255.

(2) Véase al respecto, entre otros, RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo, *Actos Jurídicos y Documentos Biomédicos*, Buenos Aires, 2004, ps. 251 y sigtes.; BERGOGLIO DE BROUWER

Se ha dicho al respecto que el consentimiento informado "consiste en una declaración de voluntad efectuada por un paciente, por la cual éste decide prestar su conformidad y someterse a un procedimiento médico invasivo o quirúrgico, diagnóstico o terapéutico, que se le propone como médicamente aconsejable, luego de habersele suministrado información adecuada y suficiente acerca del procedimiento en cuestión" (3).

Llegado a este punto, debemos señalar que el convenio para la realización de un tratamiento o una intervención médica constituye un acto jurídico, por cuanto el mismo consiste en un acto voluntario y lícito, que tiene por finalidad inmediata establecer entre las personas involucradas una relación jurídica (conf., art. 944, Código Civil) (4).

Ahora bien, sabido es que de conformidad a las disposiciones establecidas en el Código Civil, los menores de edad tienen una capacidad jurídica limitada para la realización de actos jurídicos. En el caso, se trata de analizar si los mismos tienen capacidad como para consentir la realización de tratamientos médicos sobre su persona, debiendo por de pronto señalar, con relación a dicha capacidad, que de acuerdo a lo normado en el artículo 54 del Código Civil, aparte de las personas por nacer, los menores impúberes —o sea, los que aún no tuvieren la edad de catorce años cumplidos (art. 127)— tienen una incapacidad absoluta para realizar actos jurídicos. En cambio, los menores adultos (desde los catorce años hasta los veintiuno) *sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar* (art. 55). Lo cual es así, salvo que el menor se hubiera emancipado ya sea por matrimonio o por habi-

de KONING, María Teresa y BERTOLDI de FOURCADE, María Virginia, "La eutanasia, distanasia y ortotanasia. Nuevos enfoques de una antigua cuestión", ED, 117-788 y sigte., quienes ponen el acento en la necesidad de la previa información acabada, leal, clara e inteligible por parte del médico, para que el paciente pueda ejercitar un juicio inteligente antes de decidir.

(3) BURSZTEIN, Abraham León, KOHAN, Miriam Corina, DUTACK, Alejandro Andrés y BOTTO, Carlos Gustavo, "Empleo del formulario de consentimiento informado en endoscopia digestiva", en Cuadernos de Bioética, n° 5, Buenos Aires, 2000, p. 79. Agregan dichos autores que el consentimiento informado tiene legalmente un importante valor probatorio, protegiendo el mismo al profesional actuante contra aquellas demandas promovidas por el paciente o sus derechohabientes, en el caso de que se materialice un riesgo posible, inherente al procedimiento médico efectuado.

(4) CNCivil, sala B, LA LEY, 1986-A, 410, especialmente, voto de la Dra. Teresa M. Estévez Brasa. Conf., entre otros, BLANCO, Luis Guillermo, "Bioética: proyección y aplicaciones jurídicas", ED, 158-945.

litación de edad, en este último supuesto, con su consentimiento y mediante decisión de quienes ejerzan sobre ellos la autoridad de los padres; en caso de emancipación, el menor adquiere plena capacidad civil, con las limitaciones previstas en los artículos 134 y 135 del Código (arts. 131 y 133) (5).

Y en cuanto a los actos que la ley le autoriza a otorgar al menor adulto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 128 del Código Civil, *desde los diez y ocho años el menor puede celebrar contrato de trabajo en actividad honesta sin consentimiento ni autorización de su representante, quedando a salvo al respecto las normas del derecho laboral* (6). *El menor que hubiere obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión podrá ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización*. En esos dos supuestos *el menor puede administrar y disponer libremente de los bienes que adquiere con el producto de su trabajo y estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a ellos* (art. 128, 3ª parte). Además, los menores pueden donar los bienes adquiridos por el ejercicio de alguna profesión o industria (art. 1807, inciso 7º), y recibir cosas en depósito necesario (art. 2228). También pueden contraer matrimonio, la mujer a los diez y seis años, y el hombre a los diez y ocho, aunque con asentimiento de sus padres o tutor, o en su defecto, del juez (artículos 166, inciso 5º y 168), pudiendo casarse antes de esa edad, previa dispensa judicial (art. 167). Puede asimismo el menor adulto estar en juicio laboral en acciones vinculadas al contrato o relación de trabajo y para hacerse representar por mandatarios (art. 33, ley 20.744), como también estar en juicio cuando sea demandado criminalmente, reconocer hijos (con la limitación que resulta del art. 41 del decreto-ley 8204/63) y testar, aunque esto último, desde los diez y ocho años de edad (arts. 286 y 3614). Desde esa misma edad el menor puede disponer la ablación de órganos o materiales anatómicos para trasplante en las condiciones que admite la ley, como también para después de su muerte (arts. 15 y 19, ley 24.193), así como también donar sangre (art. 44, inc. b, ley 22.990), y ejercer el comercio (arts. 10 a 12, Cód. de Comercio).

(5) Pero si el menor se hubiera casado sin autorización, no tendrá *hasta los veintidós años, la administración y disposición de los bienes recibidos o que recibieren a título gratuito, continuando respecto a ellos el régimen legal vigente de los menores, salvo ulterior habilitación* (art. 131, 2ª parte).

(6) También puede celebrar contrato de trabajo desde los catorce años, aunque con autorización de sus padres (arts. 283, Cód. Civil, y 32, ley 20.744).

Recordamos asimismo que del artículo 2392 resulta la capacidad de los menores de diez años para adquirir la posesión de las cosas por sí mismos, pudiendo también ser mandatarios (art. 1897).

Sin perjuicio de lo hasta aquí expresado, debemos resaltar que la necesidad ha hecho que sean aceptados como válidos los denominados "pequeños contratos" que celebran los menores, tanto los impúberes como los adultos, tal como ocurre, por ejemplo, cuando los mismos viajan en vehículos de transporte público y pagan el boleto, o adquieren entradas para un espectáculo público, como puede ser un cine o un teatro, cuando compran útiles escolares, golosinas u otras mercaderías, etc., etc.

Como se advierte, son varios los actos jurídicos que la ley les permite realizar a los menores de edad. Pero con la salvedad de algunos supuestos puntuales, a los que enseguida haremos referencia, nada se establece con relación a la posibilidad por parte de los mismos, sea que se trate de menores impúberes o adultos, de consentir la realización de tratamientos médicos. Y por el contrario, el principio general es que los hijos están sujetos a la representación de sus padres, sin perjuicio de las atribuciones que corresponden al Ministerio de Menores, siendo aquella representación de carácter necesario y universal, con las únicas excepciones previstas en la ley en forma expresa (arts. 59, 264, 274 y concordantes, Código Civil) (7).

II. El alcance del consentimiento de los menores de edad para la realización de tratamientos o intervenciones médicas

Cabe ahora analizar si aparte de los actos hasta aquí referidos, los menores pueden válidamente consentir la realización de dichos tratamientos.

a) La cuestión en nuestro Derecho

De acuerdo a lo más arriba expresado, la plena capacidad para la realización de actos jurídicos se adquiere en nuestro país a los 21 años de

(7) Véase al respecto, entre otros, ZANNONI, Eduardo A., "Derecho Civil. Derecho de Familia", 2ª edición, Buenos Aires, 1989, t. 2, ps. 729 y sigtes.; MAZZINGHI, Jorge A., "Derecho de Familia", 3ª edición, t. 4, Buenos Aires, 1999, ps. 405 y sigtes.; BELLUSCIO, Augusto C., "Manual de Derecho de Familia", 5ª edición, Buenos Aires, 1991, t. II, ps. 310 y sigtes.

edad (artículos 126 y 128, Código Civil), en que la persona deja de ser representada por sus padres —o por un tutor, a falta de éstos—, los que hasta esa edad tienen el derecho (además de la obligación) de ejercer la patria potestad sobre sus hijos menores, que les es conferida por la ley (artículo 264 y siguientes, Código Civil). Por lo cual y salvo el supuesto de emancipación por matrimonio o por habilitación de edad, así como de lo expresamente establecido en algunas normas especiales y de la realización de los denominados "pequeños contratos", los mismos son legalmente representados por sus padres.

Ciertas normas relacionadas con el ejercicio de la profesión médica contemplan expresamente esa circunstancia, entre las cuales podemos recordar lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 19 de la ley 17.132, de *Ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración*, en el que se establece que "...en los casos de incapacidad, los profesionales requerirán la conformidad del representante del incapaz". Asimismo y con relación a la intervención de los padres en cuestiones de tratamientos o terapias médicas, el artículo 18 del Código de Ética Médica de la Confederación Médica de la República Argentina dispone que "el médico no practicará ninguna operación a menores de edad sin la previa autorización de los padres o tutor del enfermo", y que "en caso de menores adultos, su conocimiento será suficiente tratándose de operaciones indispensables y urgentes y no hubiese tiempo de avisar a sus familiares". Ya más específicamente, el Código de Deontología del Cirujano establece en su artículo 4º, que "las intervenciones quirúrgicas realizadas a menores de edad deberán contar con el consentimiento previo de los padres, representantes legales o tutores, actuando sin autorización sólo cuando razones de urgencia médica lo exijan. En este último caso será conveniente recabar opinión o actuar en conjunto con otro cirujano. Cuando frente a procesos graves sucedidos a menores se encuentre impedido de actuar por los padres, tutores o representantes legales, deberá hacer la denuncia pertinente a la autoridad legal más próxima, sometiéndose a la decisión del juez competente que entienda en la causa".

Pero sin perjuicio de dichas disposiciones, existen diversas normas especiales relativas a la posibilidad por parte de los menores, de decidir sin intervención de sus padres, sobre distintas cuestiones puntuales que atañen a su cuerpo o a su salud. En efecto, tal como más arriba señalamos, de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 15 y 19 de la ley 24.193, el menor que cumplió 18 años puede prestar conformidad para

la ablación de un órgano de su cuerpo, con la finalidad de ser implantado en otro ser humano con quien haya un determinado vínculo de parentesco, así como también, disponer de sus órganos para después de su muerte. Asimismo, los menores de edad pueden desde los diez y ocho años donar sangre, sin autorización de sus padres o de sus representantes legales, requiriéndose en cambio esa autorización desde los diez y seis años hasta aquella edad (art. 44, inc. b, ley 22.990). También recordamos, ya en el orden local, la ley 418 —modificada por la ley 439— de la Ciudad de Buenos Aires, de “Salud reproductiva y procreación responsable”, cuyos destinatarios son “la población en general, especialmente las personas en edad fértil” (art. 5°), o sea, inclusive los menores de edad, en la que se establece, entre otras disposiciones, la realización, a pedido de los interesados, de los estudios necesarios previos a la prescripción del método anticonceptivo elegido y los controles de seguimiento de ese método, la prescripción de métodos anticonceptivos, la realización de prácticas médicas correspondientes al método anticonceptivo elegido en cada caso particular, y la atención integral del embarazo, parto, puerperio y lactancia (art. 7°, incs. b, c, d y ñ). Pues bien, con relación a la realización de los actos a los que se refieren las disposiciones hasta aquí mencionadas, no resulta necesaria la intervención de los padres de los menores, aunque debe tenerse en cuenta que por tratarse de normas de excepción, las mismas deben ser interpretadas en forma restrictiva, no pudiendo hacerse una interpretación analógica o extensiva para otros supuestos distintos.

Es también de interés poner de relieve que ya desde hace unos cuantos años se vienen dictando distintas normas con relación a la necesidad o la conveniencia de oír a los menores antes de tomar ciertas decisiones que les atañen personalmente, debiendo recordarse al respecto —aunque referido a ciertas situaciones puntuales— la anterior ley de adopción 19.134, que en su artículo 10, inc. c), establecía que el juez o tribunal oíría personalmente al adoptado, si lo juzgara necesario y siempre que fuera mayor de diez años. En la actual ley de adopción 24.779 —cuyo texto fue incorporado al Código Civil— se eliminó la limitación de la edad a los efectos de oír al adoptado, al establecerse que en el juicio de adopción *el juez o tribunal de acuerdo a la edad del menor y a su situación personal, oíría personalmente, si lo juzga conveniente, al adoptado...* (artículo 321, inciso c), Código Civil). De dichas normas se advierte que antes el juez debía oír al menor siempre que fuera mayor de diez años y sólo si lo consideraba *necesario*, mientras que actualmente —aparte de eliminarse el límite mínimo de edad— la ley considera su-

ficiente para oírlo, que el juez lo estime *conveniente*, todo lo cual confiere (al menos, desde el punto de vista teórico) una mayor amplitud al respecto. Asimismo, en la ley 19.134 se establecía que en el caso de existir otros descendientes del adoptante, *podían* ser oídos por el juez si lo consideraba necesario y fueran mayores de ocho años (artículo 4°); el actual artículo 314 del Código Civil (reformado por la ley 24.779), dispone simplemente que en ese supuesto, los descendientes *pueden* ser oídos por el juez, eliminándose, al igual que en el caso recién visto, el límite de la edad. El artículo 167 del Código Civil (reformado por la ley 23.515), por su parte, establece con relación a la dispensa del impedimento de edad, que el juez debe oír personalmente a quienes pretendan casarse (8). A su vez, el artículo 264 *ter* del Código Civil dispone, para el supuesto de desacuerdo entre el padre y la madre del hijo menor con relación a la patria potestad o a la tutela, que para resolver el juez puede *oír al menor, si éste tuviese suficiente juicio, y las circunstancias lo aconsejaren*.

Asimismo, aunque ya no en forma particularizada sino de manera general y con carácter expansivo, el artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, aprobada por la ley 23.849 y que tiene vigencia constitucional (artículo 75, inciso 22, CN), establece que los Estados parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez (9).

Parece fundamental escuchar la opinión de los menores, saber lo que piensan y sienten, y lo que quieren, en especial cuando el menor ha adquirido discernimiento, no pudiendo obviarse el hecho de que en nuestro derecho se considera que ello ocurre, para los actos lícitos, a partir de los catorce años (artículo 921, Código Civil), o sea, cuando todavía faltan siete largos años para llegar a la mayoría de edad, por lo

(8) Nada se establecía al respecto en los arts. 9° y siguientes de la ley 2393, ni tampoco en la primitiva redacción del Código Civil, que remitía a las disposiciones de los cánones de la Iglesia Católica.

(9) Como bien señala Carlos A. CARRANZA CASARES, dicha norma es de carácter operativo, y no simplemente programática, por lo cual debe entenderse que la misma constituye una directiva de inmediata aplicación (“Participación de los niños en los procesos de familia”, LA LEY, 1997-C, 1384).

cual parece conveniente tener seriamente en cuenta la voluntad de los menores que ya hubieran llegado a aquella edad, y hasta inclusive también la de aquellos que todavía no han cumplido los catorce años, cuando, a juicio del facultativo, los mismos denoten un claro entendimiento sobre las cuestiones de que se trate. En definitiva, la edad en la que conviene oír al menor en las cuestiones que le atañen, constituye una cuestión de hecho a decidir en cada caso en particular, dependiendo fundamentalmente de su madurez y del tipo de cuestiones a resolver, no debiendo en el análisis particular dejarse de lado que una persona menor de edad puede tener suficiente discernimiento como para poder opinar con fundamento respecto de algunas cuestiones, pero no de otras, puesto que no para todos los asuntos es necesario el mismo grado de comprensión.

Pero resulta claro que el hecho de escucharlos y tener en cuenta sus deseos y opiniones, no significa tener que actuar de acuerdo a ellas. Al respecto, se ha resuelto que en virtud de la Convención a la que recién aludimos, existe la obligación de escuchar al menor, aunque —con razón se ha aclarado— no necesariamente debe hacerse lo que éste diga, sino que debe valorarse su opinión armonizada con los restantes elementos de la causa, a fin de no transformarlo en un árbitro de cuestiones que están más allá de su decisión y responsabilidad (10).

b) Distintas opiniones doctrinarias sobre el tema

Existen en doctrina distintas opiniones sobre la posibilidad por parte de la persona menor de edad, de tomar decisiones con respecto a los posibles tratamientos o intervenciones médicas a serle aplicados. Y así, Olga O. Lavalle ha sostenido que a partir de una interpretación sistemática de distintas normas de nuestro ordenamiento jurídico, cabría en principio reconocer capacidad jurídica y competencia bioética a los mayores de diez y ocho años con relación a la toma de decisiones en temas vinculados con su propia salud, así como también, que existiría legalmente una zona gris tratándose de jóvenes que han cumplido los

(10) CNCiv., sala H, LA LEY, 1998-D, 261. En similar sentido, Nilda Susana GORVEIN y Marta POLAKIEWICZ afirman que "el derecho a expresar la opinión o deseo del niño no equivale al derecho a decidir o consentir un acto o práctica sobre su propio cuerpo" ("El derecho del niño a decidir sobre el cuidado de su propio cuerpo", ED, 165-1287).

catorce años de edad. Afirma asimismo dicha autora que los menores de entre 14 y 18 años que hubieran alcanzado un suficiente grado de madurez, tienen derecho a ser informados y consultados con respecto a su sentir en lo relacionado con los valores éticos, morales y religiosos de las prácticas médicas que les conciernen, así como a intervenir en la toma de decisiones; sin perjuicio de lo cual, la misma pone de relieve la obvia dificultad existente en cuanto al juzgamiento sobre la madurez del menor, que, a su juicio, podría recaer en un juez de familia con el apoyo de un equipo interdisciplinario, en los supuestos de desacuerdo entre la opinión del menor adulto, sus padres y/o el equipo de salud (11). Señala asimismo Lavalle que el concepto jurídico de *capacidad* no necesariamente coincide con el concepto bioético de *competencia* cuando se trata de decisiones referidas al propio cuerpo y a la salud, pudiendo por ejemplo un demente declarado tal, tener suficiente discernimiento como para tomar decisiones con respecto a su salud (12).

Luis Guillermo Blanco considera, por su parte, que "los menores afectados por enfermedades terminales que cuenten con suficiente entendimiento y/o que tengan conciencia de su pronta muerte, tienen derecho a recibir adecuada información, la que les debe ser prudentemente brindada, e indefectiblemente si lo requiriesen. En iguales condiciones, se les debe permitir formular preguntas referentes a su estado de salud, las que deben serles contestadas con una veracidad adecuada a su edad... los menores pueden expresar su opinión con respecto a la terapéutica médica, así como también sus deseos, los que, de ser contestados con la *lex artis*, pueden (y en ocasiones deben) ser respetados. Si se trata de adolescentes, las precedentes consideraciones resultan de plena aplicación; se debe requerir su anuencia al tratamiento, y debe reconocérseles el derecho a rechazar una intervención fútil o desproporcionada" (13). Aída Kemelmajer de Carlucci añade que el consentimiento para la intrusión en la integridad del cuerpo debe ser requerido de toda persona que tenga aptitud mental, por lo que si el menor es mental y moralmente maduro como para apreciar la totalidad de las implicancias de su decisión —afirma dicha autora—, la cuestión residi-

(11) Por nuestra parte, creemos que dicho procedimiento sería demasiado engorroso, siendo a nuestro juicio más práctico que dicha circunstancia sea determinada por el equipo médico tratante.

(12) "Consentimiento informado en adolescentes", JA, 2000-IV-1067.

(13) "Muerte Digna. Consideraciones bioético-jurídicas", p. 114.

ría en saber cuál sería la voluntad que queda en segundo plano, si la de los padres o la del hijo (14).

Gorvein y Polakiewicz han afirmado la existencia de una distinción entre la celebración del contrato médico, con respecto al cual rigen las normas sobre capacidad, por tratarse de un acto jurídico propiamente dicho, y el consentimiento del paciente, para el cual, por tratarse, según sostienen, de un acto no negocial, es suficiente el discernimiento, que de acuerdo al artículo 921 del Código Civil, se adquiere a los catorce años. No obstante, las mismas autoras han dicho que al ser la preservación de la salud del menor uno de los deberes atribuidos a quien ejerce la patria potestad o la tutela del menor, ello supone una limitación a la libertad del menor con discernimiento (15), agregando más adelante que en nuestro sistema jurídico, "ante el supuesto de que un niño con el grado de madurez suficiente prestare su consentimiento a una práctica o tratamiento, éste no sería suficiente para tornar lícita dicha práctica, siendo necesario para ello que el consentimiento sea prestado por los padres o representantes legales del menor", y que "si el niño estuviera de acuerdo con la práctica y los padres se rehusaran a ella, la voluntad de los padres prevalecería sobre la del menor" (16).

A su vez, los Dres. Roberto Arribere y Manuel A. Vega efectúan la siguiente distinción con respecto a la posibilidad de asentimiento por parte de los menores para la realización de actos médicos en general: los menores impúberes son, a juicio de dichos autores, *cuasi competentes* para expresar su voluntad, asistidos por el consentimiento de quienes ejercen su representación; mientras que, según manifiestan, los menores adultos son "personas competentes a los fines del ejercicio de su autonomía en el campo de la bioética aplicada a las ciencias de la salud". Y agregan que "parece difícil negarle tal carácter en los casos de prácticas médicas terapéuticas, y/o de laboratorio destinadas a diagnóstico, cuando las mismas importen secuelas de riesgo. Entendemos que tal carácter —dicen— debería reconocérsele aún para la mera consulta, o aún en tratamientos y prácticas de menor complejidad, ya que

(14) "El derecho del menor a su propio cuerpo", cit., p. 256.

(15) Con lo cual, el margen de discrecionalidad de los menores con discernimiento para aceptar tratamientos o intervenciones médicas sobre su persona, se convierte en buena medida en ineficaz

(16) GORVEIN, Nilda Susana y POLAKIEWICZ, Marta, "El derecho del niño a decidir sobre el cuidado de su propio cuerpo", cit., ED, 165-1289 y 1294.

en todos los casos estaremos rescatando, y respetando, la personalidad y voluntad de estos menores, respecto de los cuales resultarían inaplicables las reglas de la patria potestad"; juega además, según afirman dichos autores, el respeto del principio de confidencialidad en la relación médico-paciente (17).

c) Nuestra opinión

Sin perjuicio de reiterar lo ya expresado en cuanto a la necesidad de escuchar y tener en cuenta la opinión de los menores con relación, entre otros aspectos y en particular, a cualquier tratamiento o intervención médica a serles practicada, cuando los mismos gocen de suficiente discernimiento, nosotros creemos que, de acuerdo a lo que resulta de la normativa vigente en nuestro país, como principio general y salvo la existencia de alguna norma expresa al respecto para determinados supuestos particulares —a las cuales más arriba hemos hecho referencia—, si bien los menores de edad deben ser oídos, es a los padres (o en su defecto, al tutor) a quienes, como representantes del menor y en ejercicio de la patria potestad que les confiere la ley (arts. 264 y sigtes., Código Civil), les corresponde decidir sobre la aplicación a los mismos de un determinado tratamiento, o su supresión, o la realización de alguna intervención quirúrgica.

Lo cual a nuestro juicio es así, con la salvedad del supuesto de que existan serias razones morales, reales y significativas, que hagan que el menor, en ejercicio de su libertad de conciencia, se oponga al tratamiento, caso en el cual la terapéutica en cuestión no le podría ser aplicada, si el mismo tuviera suficiente capacidad de discernimiento para emitir un juicio moral, solución con la cual coincide, entre otros, Alain Garay. Dicho autor sostiene además que la exigencia de discernimiento no deberá ser interpretada de una manera demasiado restrictiva, pues "para que se pueda hablar propiamente de una decisión de conciencia basta con que el menor tenga una convicción mínimamente razonada acerca de la inmoralidad del tratamiento rechazado y una voluntad firme de oponerse a él" (18). Con relación a este aspecto queremos recor-

(17) "El asentimiento de los menores de edad, a partir de un protocolo de aplicación clínica de terapia génica", en Cuadernos de Bioética, N° 1, Buenos Aires, 1997, ps. 34 y sigte.

(18) "Libertad de conciencia y tratamiento médico: el caso del consentimiento a la transfusión sanguínea", en Cuadernos de Bioética, N° 6, Buenos Aires, 2000, ps. 49 y 50, donde cita a Javier Hervada como conforme con esa doctrina.

dar en cuanto a la relevancia de las razones morales y religiosas en la toma de decisiones —aunque en el caso se trataba de una persona mayor de edad—, un fallo de fecha 11 de agosto de 1995, dictado por la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (19), que convalidó la negativa de la paciente —testigo de Jehová— a someterse a una transfusión de sangre (la misma admitía la aplicación de tratamientos alternativos) que, de acuerdo a la opinión de los médicos, debía transfundirse en virtud de su delicado estado de salud; se afirmó en la sentencia de la Cámara que la naturaleza de la libertad religiosa implica no estar obligado a un acto prohibido por la propia conciencia, entendida en el sentido de creencias religiosas o convicciones morales, siendo dicha libertad un derecho natural inviolable de la persona.

Es suficiente que el consentimiento sea prestado por uno de los padres, pues para la aplicación de un determinado tratamiento médico, basta la conformidad de uno sólo de ellos (artículos 264 y 264 *quater* del Código Civil). Pero si hubiera desacuerdo al respecto entre ambos padres, *cualquiera de ellos podrá acudir al juez competente, quien resolverá lo más conveniente para el interés del hijo, por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los padres con intervención del Ministerio Pupilar...* (artículo 264 *ter*, Cód. Civil) (20). Como también se encuentran sujetas al contralor judicial, las eventuales discrepancias que pudieran existir con relación al derecho del menor a tomar decisiones sobre los tratamientos médicos, en especial, cuando se estimen abusivas o incongruentes (21).

Naturalmente que si los padres omitieran ocuparse de la salud de sus hijos, y ni siquiera comparecieran —no obstante la citación del médico— a prestar conformidad para la realización de prácticas médicas

(19) ED, 164-651, con notas de LEONARDI de HERBON, Hebe Mabel, "Un caso difícil: el derecho a vivir y morir con la conciencia en paz"; PORTELA, Jorge Guillermo, "Hacia un respeto de la conciencia ajena"; y BIDART CAMPOS, Germán J., "Derechos y valores convergentes en la objeción de conciencia a la transfusión de sangre". El fallo también fue publicado en LA LEY, 1996-C, 389, con nota aprobatoria de COLAUTTI, Carlos E., "Acerca de la obligación de someterse a tratamiento médico".

(20) Con relación a lo establecido en otros países, como también en lo relativo al supuesto de que existieran opiniones discrepantes entre los padres y el médico, remitimos a lo expresado al respecto por KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "El derecho del menor a su propio cuerpo", cit., ps. 271 y sigtes.

(21) Conf., TOBIAS, José W., "El consentimiento del paciente en el acto médico", ED, 93-805.

necesarias o siquiera convenientes para la salud del menor, éstas lo mismo podrán realizarse, pudiendo eventualmente requerirse —dependiendo de la urgencia y de la práctica médica a ser realizada— una autorización judicial. En igual sentido, Gorvein y Polakiewicz afirman que "en cualquier supuesto en que los padres se rehusaren a una práctica (exista o no conformidad del menor), si los médicos consideran que la negativa paterna pone en grave riesgo la salud o la vida del menor, podrán solicitar la intervención judicial para obtener la autorización del caso" (22).

Es importante, asimismo, poner de relieve con relación a las conclusiones a las que hemos arribado, que los poderes derivados de la patria potestad no deben ni pueden ser ejercidos en forma abusiva, en virtud de lo cual parecería cuestionable, por ejemplo, el sometimiento de un menor próximo a cumplir la mayoría de edad, a una intervención quirúrgica que tuviera cierto riesgo y cuya realización no fuera urgente, indicando la prudencia la conveniencia de demorar la intervención, a fin de someter su realización a la conformidad del menor, cuando éste llegue a la mayoría de edad (23). También resultaría abusiva la realización a menores de edad de prácticas médicas no curativas, como la que se produciría en el supuesto, entre otros, de experimentación humana no terapéutica (24).

Como resulta de lo expresado al comienzo de este punto, nuestra opinión tiene un fundamento de carácter normativo, no sólo de la ley positiva, sino también de la norma moral, que, a nuestro juicio, tiene preeminencia sobre aquélla. Creemos que en el caso no puede obviarse lo normado en el artículo 55 del Código Civil, en cuanto allí se dispone que *los menores adultos sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar*. Por lo que si no existe una disposición que los autorice para realizar por sí determinados actos, como lo son, entre otros, los de consentir y contratar la práctica en su cuerpo de determi-

(22) "El derecho del niño a decidir sobre el cuidado de su propio cuerpo", cit., ED, 165-1294.

(23) TOBIAS, José W., "El consentimiento del paciente en el acto médico"; cit., ED, 93-805.

(24) Distintas disposiciones han puesto de relieve la necesidad —en lo posible— del consentimiento de la persona sobre la cual se ha de realizar la experimentación, entre las cuales recordamos la Declaración de Nuremberg, así como una Declaración efectuada al respecto en el año 1990 por el Consejo de Europa, o el Acta de la Protección de los Sujetos Humanos en Experimentación Médica de California, del año 1987.

nados tratamientos o intervenciones médicas, entonces, sencillamente, no los pueden realizar por sí mismos, por falta de capacidad de hecho. Lo que es así, aun cuando ello pudiera eventualmente no satisfacer al intérprete, y si el contenido de las disposiciones legales no fueran del agrado de este último o no contemplaran sus expectativas o intereses, debería, en todo caso, tratar de modificarlas. Pero, entretanto, las mismas deben ser acatadas, pareciendo claro que no corresponde que sean dejadas de lado, como si no existieran, ni aún con la alegación de que las ideas generales de la sociedad han cambiado, ni tampoco en el supuesto de que se afirmara la existencia de nuevas exigencias sociales que no se compadecieran con el contenido de la normativa vigente.

Cabe asimismo poner de relieve la inconveniencia de pretender eludir la aplicación de la ley por medio de la distinción entre *capacidad* y el moderno concepto bioético de *competencia*, que no se halla receptado por nuestro ordenamiento jurídico, al menos, en lo relativo a las posibilidades de actuación de los menores por sí mismos, en el campo jurídico. Por otra parte y en particular con relación a los denominados "derechos sexuales y reproductivos", aún cuando se admitiera que el ejercicio de dichos "derechos" constituyen actos personalísimos, creemos que ello no podría modificar el carácter de acto jurídico de la contratación médica, y, por tanto, la necesidad de la actuación de los representantes legales del menor; además, resulta claro que en ese supuesto no se da el caso de que la voluntad del otorgante del acto deba ser personal e indelegable, como en cambio ocurre con el consentimiento matrimonial, el otorgamiento de testamento o el reconocimiento de hijos extramatrimoniales.

Es por lo hasta aquí dicho que no podemos coincidir con lo resuelto por la Sala I de la Cámara Civil y Comercial de San Isidro en dos sentencias dictadas con fecha 7 de mayo de 2002 (25), en las cuales se

(25) ED, 198-377 y 382. Dichas sentencias se dictaron al resolver las apelaciones de dos sentencias de fechas 27-09-2002 y 12-10-2002 del Tribunal de Familia N° 2 de la ciudad de San Isidro, que habían hecho lugar a la acción de amparo iniciada por cuatro matrimonios en el primer caso, y por otros cuatro matrimonios y una madre en el segundo, en ambos casos por derecho propio y en representación de sus hijos menores de edad, impugnando por ilegitimidad la Ordenanza N° 14.843 de la Municipalidad de Vicente López denominada "Programa de Salud Sexual y Reproductiva", y solicitando que no fuera aplicada a los menores representados, además de solicitar subsidiariamente su declaración de inconstitucionalidad. El primero de los fallos del Tribunal de Familia fue publicado en ED, 198-316, con notas de MENDEZ COSTA, María Josefa, "Patria potestad y disposiciones

declaró la constitucionalidad de una Ordenanza del Municipio de Vicente López, que, entre otras disposiciones, establecía la posibilidad de prescribir a personas menores de edad elementos anticonceptivos sin la intervención ni el consentimiento de sus padres. No obstante que no pretendemos efectuar un comentario del fallo, queremos señalar con relación a la afirmación del Tribunal de que sólo es necesaria la autorización de los padres para suministrar métodos anticonceptivos a personas menores de diez y seis años debido a que a partir de dicha edad el menor tiene la responsabilidad de reconocer a sus hijos (en realidad no es estrictamente así, conforme resulta de lo dispuesto en el art. 41 del decreto-ley 8204/63), que la capacidad de hecho para reconocer hijos que concede a los menores adultos el artículo 286 del Código Civil, no puede extenderse a otras situaciones no contempladas por esa u otras disposiciones que otorgan capacidad para determinados actos, por cuanto al tratarse de reglas de excepción, deben ser interpretadas en forma restrictiva. De más está señalar que por las razones hasta aquí expresadas y sin perjuicio de la existencia de otros argumentos que no vienen al caso, tampoco estamos de acuerdo con la desestimación resuelta por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires (26), del planteo de inconstitucionalidad de la Ley de Salud Reproductiva y Procreación Responsable de esa ciudad.

III. La cuestión en otras legislaciones

En distintos convenios y declaraciones de carácter internacional se contempla el supuesto de la posibilidad por parte de los menores, de consentir por sí mismos la aplicación de tratamientos médicos, sin intervención de los padres o del representante legal. A ello nos referiremos seguidamente.

sobre salud reproductiva y procreación responsable" (p. 331); CONEN, Cristian, ORTELLI, Ana María y CAMPS, Marina, "Patria potestad; contenido y extensión del deber de los padres a la educación de la sexualidad de sus hijos (p. 343); y TOLLER, Fernando y DE REINA TARTIERE, Gabriel, "Interés estatal y patria potestad en el asesoramiento a menores en materia sexual" (p. 349). El fallo del 12-10-2002 se publicó en ED, 198-366.

(26) Véase el fallo en Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, año 2004-I, ps. 47 y sigtes., con nota de BIDART CAMPOS, Germán J., "Sexualidad, minoridad, discernimiento y patria potestad".

a) Convenios y Declaraciones de carácter internacional

Debemos por de pronto recordar con respecto al tema en análisis, aparte de la norma más arriba citada de la Convención sobre los Derechos del Niño, lo establecido en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (más comúnmente conocido como Convenio de Oviedo), en el cual, si bien se dispone que cuando un menor carezca de capacidad para expresar su consentimiento con relación a una intervención médica, deberá requerirse la "autorización de su representante, de una autoridad o una persona o institución designada por la ley", se agrega que "la opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez" (artículo 6, inciso 2).

A su vez, en la Declaración de Helsinki, que fuera completada en Venecia en el año 1983, se dispone con relación al consentimiento informado en el caso de los menores de edad, que debe estarse a las disposiciones legales nacionales en cada caso; pero se agrega que cuando el menor de edad pueda dar su consentimiento, éste debe ser obtenido, aunque debe asimismo obtenerse el de los responsables legales.

También recordamos que de conformidad al 2º párrafo del artículo 7 del Proyecto original de la Convención de Bioética del año 1994 del Consejo de Europa, "el consentimiento del menor debe ser considerado como un factor cada vez más determinante, proporcionalmente a su edad y a su capacidad de discernimiento".

b) Normativa existente en distintos países

Resulta de interés señalar que el Código Civil español establece, aunque sin referirse particularmente a los tratamientos médicos, que "si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten" (ver artículo 154, inciso 2º).

Por su parte, el artículo 43 del Código de Deontología Médica de Francia dispone que "el menor tiene derecho de participar en el tratamiento médico que le será prodigado" (27), habiendo resuelto la Corte de Ape-

(27) Cit. por BLANCO, Luis Guillermo, "Muerte Digna. Consideraciones bioético-jurídicas", cit., p. 112, donde informa que en un caso ocurrido en Francia se reconoció a una

laciones de Nancy que a un menor de catorce años le asistía derecho a rechazar un tratamiento médico contra el cáncer, al que se resistía en razón de los efectos negativos que el mismo le producía. A su vez, el Código Deontológico del Consejo de Colegios Médicos de Cataluña —cuya vigencia data del año 1998— va más allá, al establecer que se debe respetar el consentimiento del menor que tuviera formado su criterio y pudiera argumentar en forma razonable su decisión, lo que es así aun cuando dicho consentimiento pueda diferir de la voluntad de sus representantes legales.

Desde los diez y seis años se puede consentir en Gran Bretaña la realización de tratamientos médicos: la Sección 8ª del Acta de Reforma del Derecho de Familia del año 1969 autoriza a los adolescentes de diez y seis o más años, a consentir tratamientos quirúrgicos, médicos y odontológicos, como si fuesen mayores de edad, prevaleciendo sus deseos por sobre los de sus padres (28). No obstante, Ricardo Rabinovich-Berkman informa que en Gran Bretaña rige la *regla del menor maduro*, según la cual, si bien hasta la mayoría de edad continúa en vigor la patria potestad, a medida que el menor va madurando, el grado de control paterno debe ir decreciendo; por lo cual, desde el momento en que el joven posee la suficiente inteligencia como para comprender plenamente el tratamiento que se propone, basta con su consentimiento para la toma de decisiones terapéuticas, supuesto en el cual resulta innecesario el de sus padres. Aunque, aclara dicho autor, se duda sobre la validez de ese consentimiento en el supuesto de que se tratara del rechazo de una terapia o tratamiento que ofrece un buen pronóstico (29). Recordamos al respecto un caso ocurrido en Gran Bre-

menor de catorce años capacidad para rechazar un tratamiento médico contra el cáncer que padecía, el que le producía ciertos efectos indeseables, como la pérdida del cabello, virilización, etc.

(28) Asimismo, el Acta de los Derechos de los Niños del año 1989 permite que un niño con suficiente entendimiento tome una decisión informada para rehusar someterse a valoraciones médicas psiquiátricas (las que deben distinguirse del tratamiento, que es el resultado de la valoración) u otras que las Cortes puedan incluir en órdenes de protección (GORVEIN, Nilda Susana y POLAKIEWICZ, Marta, "El derecho del niño a decidir sobre el cuidado de su propio cuerpo", cit., ED, 165-1292 y sigte.).

(29) Actos Jurídicos y Documentos Biomédicos, cit., p. 59 y sigtes., donde agrega que la referida regla se desarrolló en forma parcialmente concomitante con la *regla del menor emancipado*, que contemplaba el supuesto del menor de edad que viviera con una cierta autonomía, fuera del hogar paterno.

taña (30), en el cual el Tribunal autorizó, contra la voluntad de sus padres y del paciente, la transfusión de sangre a un menor de 15 años, testigo de Jehová, que se hallaba enfermo de leucemia. Si bien el menor —afirmó el Tribunal— era suficientemente capaz para decidir acerca de su propio bienestar, no tenía, no obstante, comprensión sobre las consecuencias de su negativa a recibir transfusiones, referidas en particular a la forma de su muerte y su sufrimiento y el de su familia, por lo que su falta de consentimiento —se dijo— no podía implicar un impedimento para la transfusión, debiendo protegerse su bienestar aun en contra de su voluntad (31). En el conocido como caso *Gillick*, se rechazó la demanda de una madre que requería que se resolviera que los niños no podían antes de los diez y seis años decidir ni consentir la adopción de medidas anticonceptivas, habiendo señalado el Tribunal que para prestar consentimiento para la realización de dichas prácticas, resultaba suficiente que los menores tuvieran madurez suficiente.

En el año 1975 la Conferencia de Derecho Uniforme de Canadá aprobó la Ley de Consentimiento Médico de los Menores, en la cual se tomó como base para la validez del consentimiento o rechazo autónomo de terapias por parte de los menores de edad, los diez y seis años de edad, lo que es así salvo que el médico, con el apoyo por escrito de otro colega, halle que la persona menor de esa edad "es capaz de entender la naturaleza y consecuencias del tratamiento, y el tratamiento es en el mejor interés del menor" (32), supuesto en el cual resultaría válido lo expresado al respecto por quien todavía no ha cumplido la mencionada edad. A su vez, en el Libro Primero, Título Segundo del Código Civil de Québec, se contienen reglas especiales con relación a los menores (artículo

(30) El caso fue extraído de la Revista *Family Law* del mes de marzo de 1992, y publicado por Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, Buenos Aires, 1992, N° 8, p. 173.

(31) Nilda Susana GORVEIN y Marta POLAKIEWICZ recuerdan el caso ocurrido en Gran Bretaña de un aborto a una niña de 12 años, que fue autorizado por un tribunal contra la voluntad de sus padres, por considerarse que aquella entendía las implicancias del acto, y porque el mismo era "en su mejor interés" ("El derecho del niño a decidir sobre el cuidado de su propio cuerpo", cit., ED, 165-1291 y sigte.).

(32) RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo, "Actos Jurídicos y Documentos Biomédicos", cit., p. 57. Señala dicho autor que hasta el año 1995, sólo Nueva Brunswick había adherido a dicho modelo (aunque no en su totalidad), mientras que las demás provincias canadienses se mantenían en los terrenos casuístas del *common law*, o habían adoptado una edad menor, 18 ó 19 años.

los 14 a 18): entre otras disposiciones y luego de disponer con carácter general que son los padres o el tutor quienes deben prestar el consentimiento relacionado con el estado de salud del menor, se establece que el menor de 14 o más años puede hacerlo, debiendo ser informados los padres cuando la terapia requiere una internación de más de doce horas. Si el menor rechazara la terapia, ésta puede ser ordenada por un Tribunal, pudiendo también ordenarla los padres si la vida o integridad del menor se encuentran amenazadas, o el mismo se halla en emergencia.

En los Estados Unidos de América se han sancionado por ciertos Estados, determinadas reglas para dar valor a la expresión de voluntad de los menores de edad, habiendo sido la causa de ello el involucramiento cada vez mayor por parte de los mismos en determinadas cuestiones que pueden derivar en la necesidad de tratamientos médicos, muchas veces con motivo ya sea de la droga o de la ingesta de alcohol. Y así, una ley vigente en el Estado de Arkansas ha dispuesto que "todo menor no emancipado que goza de la inteligencia suficiente para comprender y apreciar las consecuencias de determinada prestación médica y/o quirúrgica puede consentirlas válidamente" (33). Es de interés recordar que en dicho país los tribunales han reconocido el derecho subjetivo al rechazo del tratamiento terapéutico por motivos religiosos —o de escasas posibilidades de éxito—, y particularmente con relación a las transfusiones de sangre a los Testigos de Jehová, lo que es así, salvo que ello fuera decidido por los padres con relación a los hijos menores de edad (como también, de los incapaces por otras causas), por cuanto ello constituiría —según se ha resuelto— un ejercicio abusivo de la patria potestad, por el cual se incurriría en responsabilidad penal (34).

c) El especial caso de la ley holandesa de eutanasia

Un comentario aparte merece lo dispuesto en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 2° de la ley holandesa 26.691, denominada *Ley de Terminación de la Vida a Petición Propia y del Auxilio al Suicidio*, cuya entrada en vigencia data del 1° de abril de 2002, en los cuales se contempla la

(33) Esos supuestos son conocidos como *status based exceptions* (SCHERMAN, Ida Ariana, "Los menores y las decisiones médicas en la legislación y jurisprudencia norteamericanas", en Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, N° 26, Buenos Aires, 2002, p. 192).

(34) NUÑEZ PAZ, Miguel Angel, "Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad", Madrid, 1999, p. 244, nota 141, y p. 451, V.

posibilidad de aplicar la eutanasia a menores de edad con la sola conformidad de los mismos, reconociéndoles por tanto capacidad para tomar una decisión al respecto.

En efecto, dichos apartados se ocupan, respectivamente de la petición de eutanasia o de auxilio al suicidio, de: a) pacientes de al menos 16 años de edad que no puedan por su estado de salud expresar su voluntad al respecto, pero que antes de ello estuvieron en condiciones de realizar una valoración razonable de sus intereses al respecto, y que redactaron una declaración por escrito que contenga una petición de terminación de la vida. De esta disposición resulta la admisión de la validez de las directivas previas (35), aunque la norma sólo contempla el supuesto de que la directiva estuviera enderezada en el sentido de la terminación de la vida; b) de pacientes de entre 16 y 18 años de edad a los que se le pueda considerar en condiciones de realizar una valoración razonable de sus intereses al respecto, debiendo en esos casos haber participado los padres o el tutor en la toma de la decisión. Nótese que sólo se exige la participación de los padres o del tutor, pero el que toma la decisión es la persona mayor de 16 años; y c) de pacientes de entre 12 y 16 años de edad a los que se pueda considerar en condiciones de realizar una valoración como la recién referida, y cuyos padres o tutor estén de acuerdo con la terminación de la vida del paciente o del auxilio al suicidio. En este supuesto, para que la decisión sea válida, debe ser tomada por el menor y por sus padres o tutor.

Hemos hecho referencia a la ley holandesa en razón de reconocer la misma capacidad a personas menores de edad para un acto médico, o quizás mejor, para un acto en el que se da intervención a médicos, pero lo cierto es que, en rigor, dichos actos no constituyen un tratamiento médico o una terapia, por cuanto ésta, contrariamente a la finalidad de la ley holandesa, constituye una acción que se encuentra destinada a curar, y no, en cambio, a eliminar a una persona. ♦

(35) Se ha dicho que las directivas previas, o testamento vital, o *living will*, "son manifestaciones valorativas de los pacientes, que pretenden expresar cómo desearían ser tratados en ocasión de enfrentar situaciones de grave riesgo de muerte o discapacidad, para el caso de que no estuvieren en aquel momento (futuro, hipotético) en condiciones de manifestarse, o de que su manifestación sea tomada en cuenta (demencia, coma, confusión, afasia, etc.)" (MANZINI, Jorge L., "Las directivas anticipadas para tratamientos médicos", JA, 2001-IV-1264).

CAPACIDAD JURIDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR

POR JOSÉ W. TOBIAS

SUMARIO: I. Aspectos terminológicos. — II. Capacidad jurídica y capacidad de obrar: categorías independientes. — III. Capacidad jurídica: las bases de la construcción tradicional. — IV. Capacidad jurídica y derechos subjetivos. — V. La capacidad jurídica basada en el principio formal de la igualdad. VI. Las críticas al concepto basado en el principio formal de la igualdad. — VII. Una formulación del concepto de capacidad jurídica. — VIII. Capacidad de obrar. — IX. Capacidad de obrar y actos personalísimos. — X. Capacidad jurídica y capacidad de obrar: su funcionamiento en planos diversos y con modalidades propias. — XI. Capacidad, legitimación, compatibilidad.

I. Aspectos terminológicos

No puede decirse que el significado jurídico del término "capacidad" cuente con un consenso doctrinario lo suficientemente extendido como para considerar que un nuevo intento de estudio resulte sobreabundante; por el contrario, acerca de este concepto "núcleo" del derecho subsiste una "larga franja de ideas imprecisas y heterogéneas, fuente de oscilaciones e incertezas" (1).

Una de las primeras imprecisiones se advierte en el plano terminológico, en donde la nomenclatura, además de no ser uniforme, es equívoca-

(1) FALZEA, A. voz "Capacità—II (teoría generale)" en *Enciclopedia del diritto*, vol. VI, Giuffrè, Milan, p. 9. Observa MARELLA, M.R., "La soggettività giuridica e la diversità", en *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, *Diritto privato. Persone, famiglia, successione e proprietà*, Milano Dott. A. Giuffrè, p. 487, que el tema de la subjetividad jurídica y la capacidad y la relación de ambos conceptos con la condición humana siguen evidenciando aspectos problemáticos y justifican la atención de los civilistas.

ca. En el Derecho italiano, la doctrina de ese país —por influencia de su código civil (art. 2º)— contrapone la “capacidad jurídica” a la “capacidad de obrar” y también lo hace la doctrina española. En realidad, la denominación de la primera de las categorías, que no sería cuestionable si en el ámbito del derecho existiera una única figura de capacidad, se presenta como observable si se considera que ella constituye una categoría específica en relación a la otra figura de capacidad —la de obrar— que también opera en el campo del derecho y también es, por lo tanto, jurídica.

Consideraciones parecidas cabe realizar respecto de la terminología de nuestro código (art. 52): también la capacidad de hecho, contrapuesta a la de derecho, funciona en el campo del derecho y es, de ese modo, “de derecho”.

No menos imprecisa es la terminología de la doctrina francesa: la “*capacidad de jouissance*” (de goce) —equivale a la capacidad jurídica o de derecho— se contrapone a la capacidad “*d'exercice*” (de ejercicio) y la expresión “goce” atiende no tanto a la potencial o abstracta aptitud de ser portador de intereses o titular de relaciones jurídicas, sino al aspecto dinámico del ejercicio de aquéllos.

En otro orden, y con relación a la terminología “capacidad de ejercicio”, esta categoría actúa también en un ámbito diverso al del ejercicio de derechos, como es el de la capacidad de obligarse y existen formas de ejercicio de los derechos que no requieren de la capacidad de ejercicio como sucede con aquellas formas de ejercicio de derechos que se concretan en actos no negociales, para cuya validez resulta suficiente el discernimiento. Los términos “obrar” y “ejercicio”, por otra parte, estrictamente entendidos excluirían los hechos humanos puramente receptivos: surge así el problema de indudable relevancia práctica —que se considera más adelante— si la exigencia de la capacidad de obrar se extiende a aquellos casos en que la persona no “obra” o “ejerce” sino que “recibe” (*infra* VIII); una contestación afirmativa al problema —como la que aquí se adopta— lleva a entender que cabe atribuir a la capacidad de obrar o de ejercicio un alcance más amplio que el que surge de la mera acepción gramatical.

En un plano más general —y siempre en el aspecto terminológico— la propia expresión “capacidad” es materia de usos heterogéneos en el Derecho. En el plano legislativo, nuestro mismo Código Civil emplea la

acepción —en su sentido negativo— para aludir a un supuesto de falta de discernimiento y no de incapacidad de obrar (dice el art. 1045: “*Son anulables los actos jurídicos cuando sus agentes obraren con una incapacidad accidental como si por cualquier causa se hallasen privados de su razón...*”). Uno de los enunciados del título I de la Sección I del Libro IV del Código Civil se denomina “*De las incapacidades para suceder*” (arts. 3290 a 3310) y el título XV del mismo libro se denomina “*De la capacidad para recibir por testamento*” (2) y la reciente ley 26.061 de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes emplea la criticable expresión “*capacidad de discernimiento*” (art. 3º). Se emplean las expresiones “discapacidad” o “discapacitado” —por oposición a “capacidad” o “capacitado”— para aludir a una deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal, que limita la aptitud para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria (3). En la rama del derecho de trabajo se usa el término para referirse a la aptitud psicofísica, técnica y laboral del trabajador (capacidad o incapacidad laboral [4]) y en el derecho tributario para aludir a la aptitud patrimonial del contribuyente para pagar impuestos (capacidad o incapacidad contributiva) (5) (6).

Se ha señalado que las dificultades terminológicas en el sector del Derecho, no son sino derivación de la numerosa variedad de sentidos

(2) Sobre el alcance de esa terminología, *infra* XI.

(3) Arts. 1º, 2º, 4º, 6º, 9º a 12; ley 24.901; Decreto 762/97; arts. 1º a 4º, 8º a 11, 23, 25 etc. ley 22.431; ley 22.280; Decreto 467/98; Decreto 1193/98. En la doctrina, por ejemplo, MENDEZ COSTA, M.J., “Los niños con capacidades diferentes en la Convención y en América Latina”, en *El Derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Prof. M.A. Ciuro Caldani*, Dirs. A.A. Alterini, N. Nicolau, Ed. La Ley, p. 500 y sigtes.

(4) Emplean, entre otros, la expresión, el art. 212 de la Ley de Contrato de Trabajo; los arts. 7º a 10 y 14 a 16 de la Ley 24.577 de riesgos de trabajo. En la doctrina, por ejemplo, ETALA, C.A., “Contrato de trabajo, ley 20.744”, 2ª ed. actualizada y ampliada, Ed. Astrea, p. 485 y sigtes.; VAZQUEZ VIALARD, A., “Derecho del trabajo y de la seguridad social”, 2ª ed. actualizada, Ed. Astrea, t. 1, p. 59 y sigte.

(5) Art. 51 Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

(6) Un sector de la doctrina civilista argentina emplea el término “capacidad” en materia de instrumentos públicos para aludir a la aptitud o habilidad para otorgarlos, que proviene de la investidura que corresponde al cargo derivado de nombramiento realizado por la autoridad competente (CIFUENTES, S., “Negocio jurídico”, 2ª ed. act. y ampliada, Ed. Astrea, p. 254; BREBBIA, R., “Hechos y actos jurídicos”, t. 2, Ed. Astrea, com. art. 979, p. 418; ARMELLA, M.C., en “Código Civil y normas complementarias”, Dir. A. BUERES, Ed. Hammurabi, t. 3c, com. art. 982, p. 21).

de la voz "capacidad" en el lenguaje cotidiano (7) del que el lenguaje jurídico es derivación y que similar proyección se advierte en el lenguaje empleado en otras ciencias: en física (capacidad térmica, capacidad eléctrica), en psicología (capacidad intelectual), en fisiología (capacidad vital), etcétera (8).

No obstante las imprecisiones y equívocos señalados —que han inducido a un autor a proponer una modificación de la terminología (9)— se emplearán indistintamente en lo sucesivo las expresiones aceptadas por la doctrina atendiendo a la generalización de su uso (capacidad jurídica o de derecho o de goce y capacidad de obrar o de hecho o de ejercicio).

En un ámbito más conceptual que terminológico —sobre el que se volverá más adelante— habría que agregar que también se presentan como equívocas y estrechas las definiciones —muy extendidas en las doctrinas francesa, argentina y española— que caracterizan a la capacidad de goce o de derecho o jurídica —según la respectiva terminología— como la aptitud para ser "titular de derechos" y a la de hecho o de ejercicio como aptitud o el grado de aptitud para ejercer los derechos de que se es titular (10). Empero, la indicada correlación de la noción de

(7) El Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, 22ª ed., 2001, le asigna entre otras, las siguientes acepciones: propiedad de una cosa de contener otra dentro de ciertos límites; aptitud, talento, cualidad que dispone a alguien para el buen ejercicio de algo; volumen, oportunidad, lugar o medio para ejecutar algo, de obrar: para ejercer personalmente un derecho y el cumplimiento de una obligación; jurídica: aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones.

(8) FALZEA, A., voz *Capacitá (teoría generale)*, cit., p. 9; MAYO, J., "Capacidad civil", 1ª parte, en *Rev. Conceptos Univ. Museo Social Argentino*, año 71, Mar-Abril 1996, p. 30.

(9) FALZEA, A., voz *Capacitá (teoría generale)*, cit., p. 8, nota 3.

(10) *Infra* autores citados en nota 20. El Proyecto de Reforma de Código Civil de 1998 se alinea también en esa tendencia (en sentido crítico, mi artículo: "Algunas observaciones a la Parte General del Proyecto de Código Civil de 1998", LA LEY, 2000-B, 1132 y sigte. Además, LACRUZ BERDEJO, J.L., "Elementos de derecho civil, Parte general", vol. segundo, Personas, J.M. Bosch, 1990, p. 11; JOSSERAND, L., "Derecho civil", Bosch, Barcelona, 1950, t. I, vol. 1, p. 262; RESCIGNO, P., voz *Capacitá di agire* en "Novissimo digesto italiano", Ed. Utet, vol. II, p. 861; DIEZ PICAZO, L.-GULLON, A., "Sistema de derecho civil", vol. 1, 7ª ed., Tecnos, p. 278; GALGANO, F., "Diritto privato", 10ª ed., Cedam, p. 75; TORRENTE, A., SCHLESINGER, P., "Manuale di diritto privato", sedicesima ed., p. 76; CHAVAS, F., "Leçons de droit civil", en Mazeaud, H y L-Mazeaud J.-Chavas, F., 7ª ed., Ed. Montcrestien, p. 154; GOUBEAUX, G., en "Traité de droit civil", sous la direction de J. Ghestin, *Les personnes*, Libr. Generale de droit et de jurisprudence, 1989, p.24.

capacidad con la titularidad o ejercicio de los derechos subjetivos no contempla adecuadamente el cúmulo de intereses —legítimos, colectivos o difusos, de hecho— que tienen a la persona humana como destinataria y que no se corresponden con el modelo conceptual del derecho subjetivo (sobre esto *infra* IV), lo que ha llevado a considerar que se trata de una caracterización ambigua e imprecisa y, aún, anticuada (11).

II. Capacidad jurídica y capacidad de obrar: categorías independientes

Es una opinión bastante generalizada la de considerar que existe un concepto general de capacidad del que la capacidad jurídica y la de obrar constituirían subespecies o categorías (12). Este punto de vista no resulta compartible: la adopción de una rúbrica unitaria atribuida a la capacidad sólo puede justificarse como un procedimiento tendiente a concentrar en una exposición sistemática las manifestaciones fundamentales de la subjetividad jurídica; en lo demás, no es posible delinear una configuración única de la noción de capacidad que permita abarcar la capacidad jurídica y la de obrar pues ambas categorías, como se verá, funcionan en planos diversos y con modalidades propias (13).

Los intentos abarcadores o exponen un concepto general de capacidad que coincide con el de la capacidad de derecho —excluyéndose así la pretensión unificadora (14) — o ensayan un concepto general que

(11) FALZEA, A., voz *Capacitá (teoría generale)*, cit., p. 16, nota 32.

(12) Autores citados en las notas 13 a 15.

(13) FALZEA, A., *Capacitá (teoría generale)*, cit., p. 9.

(14) LLAMBIAS, J.J., cit., "Parte General", t. 1, p. 30; ORGAZ, A., "Personas individuales", 2ª ed., revisada y ampliada, Ed. Assandri, 1961, p. 161. También E. BUSSO, "Código Civil anotado", t. 1, comp. art. 30, nº 40, p. 247 quien, al caracterizar a la capacidad en general como la "aptitud jurídica de ciertos entes que pueden por ello constituirse en sujetos pasivos o activos de derechos" asimila esa noción con la que le atribuye a la capacidad de derecho: "facultad para gozar o ser titular de un derecho"; BORDA, G., "Tratado de Derecho Civil, Parte General", I, undécima ed. act., Ed. Perrot, p. 392, para este autor "capacidad es la aptitud... para adquirir derechos y obligaciones" y capacidad de derecho es "la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones"; ARAUZ CASTEX, M., "Derecho Civil, Parte General", Ed. Operadora de Derecho y Ciencias Sociales, t. 1, p. 341, sostiene que la capacidad es la aptitud para adquirir derechos y esta noción "abraza dos virtualidades distintas...", entre ellas la de derecho, que sería la aptitud para llegar a ser titulares de ese derecho, con lo que —a mi juicio— también termina asimilando los conceptos.

involucra los conceptos de las dos figuras (15) —lo que no disimula la circunstancia de que se trata de manifestaciones diversas de la subjetividad jurídica, insusceptibles por ello de ser subsumidos en una noción única— o, sin intentar elaborar un concepto único, se limitan a afirmar que el concepto de capacidad se desdobra en dos categorías distintas (16).

III. Capacidad jurídica: las bases de la construcción tradicional

La construcción del concepto de capacidad jurídica se ha elaborado tradicionalmente en base a dos ideas centrales: a) su correlación con la titularidad de derechos subjetivos; b) su carácter flexible o graduable. De ese modo la capacidad jurídica consistiría en el grado o medida de aptitud de la persona para ser potencial titular de derechos subjetivos; en tanto el concepto de persona sería unitario —“se es persona o no se es”— la capacidad jurídica denotaría una idea de *quantum* o de grado: siendo persona se gozaría de mayor o menor grado de capacidad jurídica. Admitiéndose que la regla general es la de la capacidad, el carácter flexible o graduable resultaría de la circunstancia que el ordenamiento jurídico consagra límites a la genérica aptitud de la persona para ser titular de derechos, estableciendo por consideraciones de orden superior supuestos circunscriptos —incapacidades de derecho— que determinan que ciertas personas no puedan ser titulares de determinados derechos.

Las premisas indicadas guardan estrecha relación con el concepto que se tiene de “persona”: persona y derechos subjetivos serían términos correlativos en el sentido que estos necesitan pertenecer a “alguien” quien, por la potencial aptitud de ser titular de ellos, es “persona”. El encuadre de concepto de persona, como se ve, es vinculado a la noción de capacidad jurídica o de derechos y ésta, a su vez, a la titularidad de derechos subjetivos: o se considera que personalidad jurídica y capacidad jurídica son expresiones equivalentes —“persona es quien tiene capacidad, quien tiene capacidad es por tanto persona” (17)— o se ubi-

(15) RIVERA, J., en “Código Civil y leyes complementarias”, Dir. A. BELLUSCIO, Ed. Astrea, t. 1, p. 25; CIFUENTES, S., “Elementos de Derecho Civil”, 2ª ed., Ed. Astrea, p. 160; RISOLIA, M.A., “Capacidad y contrato”, Abeledo Perrot, p. 10.

(16) APARICIO, J.M., “Contratos/2. Parte General”, Ed. Hammurabi, p. 35.

(17) ORGAZ, A., “Personas individuales”, Ed. Assandri, p. 6.

ca la diferencia en que persona es el ente en sí mismo y la capacidad es su atributo jurídico, sin dejar de destacarse la necesaria correlación, pues la capacidad es el atributo que convierte al ente en persona (18) o se destaca como dijimos, que la diferencia se centra en la “unicidad” o “flexibilidad” de ambas nociones (19) (siendo persona se es más o menos capaz).

Lo cierto es que, con matices variados, la caracterización de la capacidad jurídica en base a las dos ideas centrales inicialmente destacadas, es absolutamente generalizada en la doctrina argentina (20). Ambas bases requieren, a mi juicio, una reconsideración doctrinaria que debe realizarse simultáneamente con la reconsideración del concepto mismo de persona: un esbozo de lo primero —con el agregado de reflexiones acerca de la capacidad basada en el principio formal de la igualdad— se intenta en los números siguientes.

IV. Capacidad jurídica y derechos subjetivos

La consideración de la persona como valor fundamental del ordenamiento jurídico ha determinado —como se adelantó (*infra* I)— el reconocimiento en los últimos tiempos de intereses de la persona que no se corresponden con el modelo conceptual del derecho subjetivo. A la par de la individualización de nuevos derechos —a la información, a la identidad personal, a la salud, etc.— se asiste a una suerte de pérdida de

(18) BUSSO, E., cit., com. art. 30, nº 35, p. 246.

(19) BARBERO, D., “Sistema de Derecho Privado”, trad. de S. Sentis Melendo, Ejea, 1967, t. 1, p. 190; RIVERA, J. en “Código Civil y leyes complementarias”, Dir. A. BELLUSCIO, cit., t. 1, p. 285.

(20) Con diferentes matices: BUSSO, E., cit., com. art. 30, núms. 39 y sigte. y 57; ARAUZ CASTEX, M, cit., t. I, p. 341; RIVERA, J., en BELLUSCIO, A.- ZANNONI, E., “Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado”, cit., t. 1, p. 285; BORDA, G., “Tratado de derecho civil argentino. Parte general”, cit., t. I, p. 392; ORGAZ, A., “Personas individuales”, cit., p. 161; SALVAT, R. con las ads. de LOPEZ OLACIREGUI, J., “Tratado de derecho civil argentino. Parte general”, 11ª ed (edición del cincuentenario), Tea, Buenos Aires t. I 1964, ps. 591 a 593; SPOTA, A., “Tratado de Derecho Civil”, Tomo I, Parte General, vol. 31, Depalma, núms. 627 y 630; CIFUENTES, S., “Elementos ...”, cit., p. 110; BORDA, A., “La capacidad” en *La persona humana*, Dir. G.A. BORDA, Ed. La Ley, p. 167 y sigte. Varios de estos autores no incorporan la idea de “flexibilidad” en la definición pero la aceptan al admitir la existencia de incapacidades de derecho; BREBBIA, R., “Hechos y actos jurídicos”, Ed. Astrea, t. 2, p. 112; LORENZETTI, R., “Tratado de los contratos. Parte general”, Rubinzal Culzoni, p. 334 y sigte.

terreno de la categoría dogmática del derecho subjetivo, entendida como la única idónea para abarcar de manera exclusiva el cúmulo de intereses jurídicamente protegidos por el sistema jurídico (21).

En ese orden, se considera modernamente la necesidad de tutelar intereses de la persona, no ya como individualidad, sino en cuanto perteneciente a categorías sociales (derechos del niño, de la mujer, del paciente, del consumidor): a los derechos subjetivos "de la persona" se agregan los derechos "de las personas", determinados por su modo de ser en el medio social (22).

En la misma línea de ideas, se consolida la caracterización —y tutela— de los "intereses difusos", es decir, aquellos que pertenecen a una pluralidad de personas en cuanto miembros de una comunidad o de grupos ligados en virtud de la pretensión de goce, portador cada una de ellas, de una única prerrogativa (23). Se sitúan entre ellos los relativos a las reglas del urbanismo, a la salubridad del medio ambiente, al equilibrio ecológico, etc.

En el ámbito de derecho de daños, se desecha un criterio tradicional que postulaba que la tutela resarcitoria sólo procede ante la violación de derechos subjetivos y se la extiende a supuestos de menoscabos a intereses legítimos y, aún, se postula la resarcibilidad de todo interés lesionado —intereses simples o intereses de hecho— que integra la esfera de actuar lícita, siempre que sea razonable suponer que lo hubiera mantenido de no haber acaecido el hecho dañoso; la procedencia del resarcimiento, en este último caso, no requiere que el interés sustancial lesionado gozase además del poder de actuar para poder exigir su satisfacción o goce, pues esa exigencia —se afirma— "no tiene fundamento legal alguno" (24).

(21) BESSONE, M-FERRANDO, G., voz *Persona física (diritto privato)* en "Enciclopedia del Diritto", Ed. Giuffrè, Milano, vol. XXXIII, p. 204.

(22) Autores y lugar citados en nota anterior.

(23) ZANNONI, E., "El daño en la responsabilidad civil", Ed. Astrea, p. 46.

(24) ZANNONI, E., cit. en nota anterior, p. 37; id. "Derecho subjetivo e interés simple en la responsabilidad civil", en *La responsabilidad, Homenaje al Prof. Dr. Isidoro H. Goldenberg*, Abeledo Perrot, p. 103 y sigtes. Ver además CALVO COSTA, C., "Daño resarcible", Ed. Hammurabi, p. 74 y sigte.; BORAGINA, J., "El daño", en *Derecho privado. Libro Homenaje a Alberto J. Bueres*, Ed. Hammurabi, p. 1143; PIZARRO, R.-VALLESPINOS, C., "Instituciones de derecho privado - Obligaciones", Ed. Hammurabi, 2, p. 658 y sigte. IRIBARNE, H., "Los

Se podrá advertir luego de lo expuesto, la afirmación inicial de construir una noción de capacidad jurídica sobre una base más amplia que la potencial titularidad de derechos subjetivos. La existencia de intereses jurídicamente tutelados de la persona que no responden al modelo de derecho subjetivo, imponen la necesidad de ampliar la caracterización, de modo de aprehender el cúmulo de intereses —legítimos, difusos y simples intereses de hecho— de que es potencial titular la persona humana. El concepto de capacidad jurídica —en suma— no puede circunscribirse a la potencial aptitud de la persona para ser titular de derechos subjetivos, sino comprender el cúmulo de los intereses tutelados por el Derecho de que ella es titular (25).

Una extensión algo mayor a las del criterio tradicional puede probablemente atribuirse a aquellas definiciones de la capacidad jurídica que, en vez de vincular la noción con los derechos subjetivos, la vinculan con la aptitud para poder ser titular de relaciones jurídicas y con la facultad para influir sobre relaciones jurídicas mediante instrumentos propios del derecho (26).

En consonancia con lo expuesto, creo —sin embargo— que resulta más preciso correlacionar la noción de capacidad jurídica con la aptitud potencial de ser titular potencial de intereses tutelados por el Derecho y no sólo de derechos subjetivos (27). Correlativamente, la referencia a la aptitud para ser titular de obligaciones, debe reemplazarse por la más genérica de la aptitud para ser titular de deberes jurídicos. Que-

intereses difusos. Su percepción desde el punto de vista de los derechos sustantivos en Anuario de Derecho", Universidad Austral, 3, Abeledo Perrot, p. 145 y sigtes.

(25) TOBIAS, J., en *Código Civil y normas complementarias*, Dir. A. Bueres, Ed. Hammurabi, t. 1, p. 95; MAYO, J., cit., p. 31 ha adherido a esa postura.

(26) PIZZORUSSO, A., en "Persone fisiche, Commentario del codice civile Scialoja Branca", acura de F. Galgano, Zanichelli Ed, Bologna - Il foro italiano Roma, com. arts. 1-4, p. 139. PUIG FERROL, LL-GETE ALONSO Y CALERA, M. DEL C-GIL RODRIGUEZ, J., - UHALDE SANCHEZ, J., "Manual de derecho civil", Marcial Pons, p. 108, la definen, indistintamente, como la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones o por "referencia al concepto doctrinal de relación jurídica, como la aptitud o idoneidad de la persona para ser titular de los derechos, facultades, poderes o deberes que forman parte del contenido de la relación jurídica"; en sentido similar, SANTOS BRIZ, J., "Derecho civil, introducción y doctrinas generales", Ed. Rev. de Derecho Privado, p. 374; PUIG FERROL, L., "Fundamentos de derecho civil, Parte General", t. I, vol. I, Bosch, Barcelona, p. 259 y s.; STIGLITZ, R., "Contratos civiles y comerciales. Parte general", Abeledo Perrot, p. 304.

(27) FALZEA, A., cit. p. 15.

daría por considerar, incluso, si en la caracterización de la capacidad jurídica no cabe comprender la titularidad de poderes y potestades —o derechos potestativos— distintos del derecho subjetivo (28).

V. La capacidad jurídica basada en el principio formal de la igualdad

La naturaleza esencialmente potencial de la aptitud a que se hace referencia en el número anterior, determina que se considere que ella constituye una cualidad abstracta y *a priori* de la persona humana. De ahí que se la distinga de la titularidad de un interés, que presupone que un hecho jurídico “ya” se ha verificado y que sus efectos jurídicos se han producido (29).

Esta visión de la capacidad jurídica requiere de un análisis especial que se realiza a continuación.

La base esencial de la construcción se funda en una concepción de la igualdad como ideal de un modelo humano abstracto según el cual todos los hombres nacen libres e iguales: por el solo hecho de ser persona y por su dignidad de tal, cada uno está investido *a priori* de la misma potencial aptitud de ser titular de derechos (o intereses).

De ese modo, la persona física se constituiría en un centro de imputación de normas de todo un ordenamiento jurídico y no solo de una parte del mismo o de un ámbito limitado de normas. La amplitud con que es concebida la capacidad jurídica —una y esencialmente igual

(28) En nuestro país los incorpora al concepto J. MAYO, “Capacidad civil” (1ª Parte), cit. p. 32. Para SANTI ROMANO, (“Poderes, potestades” en *Fragments de un diccionario jurídico*, trad. de S. Santis Melendo y Marino Ayerra Redín, Eds. Jurídicas Europa-América, p. 299) el poder en sentido estricto o potestad y el derecho subjetivo “serían, ambos, manifestaciones y explicaciones de capacidad”. En el mismo sentido, F. MESSINEO, “Manual de derecho civil y comercial”, Ed. Egea, t. II, p. 15 afirma que el concepto de poder o potestad jurídica es una exteriorización o desenvolvimiento de la capacidad de derecho. Corresponde observar que la existencia de los llamados “derechos potestativos” no es pacífica: L. DIEZ PICAZO y A. GULLON, “Sistema de derecho civil”, vol I, 7ª ed., Tecnos, p. 441 y sigte. comparten las críticas de Federico Castro y Bravo y la desconocen como categoría dogmática por entender que dentro de la rúbrica se quiere comprender supuestos que son sólo reflejos de la capacidad de obrar o de la autonomía privada y otros son simples facultades jurídicas que forman parte de un derecho o de una situación jurídica más amplia.

(29) FALZEA, A., cit., p. 15.

para todas las personas— se constituye en una característica formal generalizada de los ordenamientos jurídicos contemporáneos: casi todos aquellos a los que se les asigna la característica de “civilizados”, consagran implícita o explícitamente en sus Constituciones el principio de la igualdad ante la ley utilizándose para ello dos técnicas legislativas: se lo formula de manera genérica —es el caso del art. 16 de la Constitución Nacional— o se formula el principio con el agregado de la prohibición de discriminaciones por motivos específicos (raza, religión, sexo o cualquier otra circunstancia social o personal) (30).

Esta percepción de la persona física como destinataria potencial de la tutela de todos los intereses consagrados por un sistema jurídico determinado, depende del grado de elaboración y evolución que éste haya alcanzado; es un dato notorio, en efecto, que en sucesivas etapas históricas se establecieron limitaciones y restricciones —vinculadas sobre todo al sexo, a la raza, a la religión, a la nacionalidad o a ciertos *status* (*status libertatis*, *status civitatis*, *status familiae*, etc.)— en donde amplios sectores de normas jurídicas quedaban reservadas a determinadas categorías de personas y excluidas para otras categorías de ellas. Los ordenamientos jurídicos modernos, con fundamento en el principio de la igualdad, han ido eliminando sucesivamente tales limitaciones a un punto que, como se dijo, la persona humana es considerada en abstracto destinataria potencial de todas las normas del sistema.

Así, la capacidad jurídica indicaría la posición general del sujeto en cuanto destinatario de los efectos previstos por las normas jurídicas; en tanto —a su vez— la persona física es considerada un centro de imputación de todas las normas jurídicas —la sola cualidad humana es suficiente para ser portador potencial de ellas (31)— aparece inmediatamente la correlación entre ambas nociones, hasta un punto que, con la conclusión de la etapa en que los ordenamientos jurídicos dotaban de capacidad a ciertos individuos y se la negaban a otros, se ha puesto en duda la utilidad de la noción de capacidad jurídica como autónoma de la noción de persona (32).

(30) Art. 14 de la Constitución española. Ver TREACY, G., “El principio de igualdad y las personas nacidas en el exterior: problemas y perspectivas”, JA 2005-IV, suplemento del fascículo nº 5, p. 19.

(31) FALZEA, A., cit., p. 12.

(32) PIZZORUSSO, A., cit., p. 140.

Consecuente con este modelo formal igualitario, se asiste simultáneamente a una depreciación del atributo del estado (*status*) de la persona que, en su acepción amplia, es considerado una categoría obsoleta—cuando no inútil— y circunscripta en todo caso al ámbito del derecho de familia (estado de familia). El principio igualitario, se afirma, excluye que determinados modos de ser en el medio social sean causas anticipadas de exclusión de determinados sectores de normas jurídicas, habiendo la noción perdido, por ello, gran parte de su significación; el estado quedaría ceñido en su significación moderna al modo de ser de la persona en relación a la familia (33).

La mencionada ausencia en abstracto de factores discriminatorios—que según lo dicho constituye para esta visión la esencia de la capacidad jurídica— no es obstáculo para que se sostenga que la inicial posición indiferenciada está destinada a modificarse a medida que la persona, insertándose en el medio que la circunda, va delineando su propia personalidad con caracteres que dependen de factores variados: sus actividades, sus caracteres, su ambiente, sus ocasiones en el mundo, etc. Estas circunstancias determinan, la aplicación de ciertos sectores de normas y excluyen la aplicación de otro sector de ellas, en razón de que los intereses tutelados—por su naturaleza o por exigencias del sistema jurídico— resultan incompatibles con aquéllas.

Para la doctrina corriente se está allí en presencia de “incapacidades jurídicas especiales” o “incapacidades de derecho” que funcionarían como excepciones a la regla general de la capacidad jurídica, presentándose de esa manera la característica flexible o graduable de la noción de capacidad.

Empero ¿cómo compatibilizar el principio general de ser la capacidad jurídica una y esencialmente igual para todos los hombres, con la consideración que es dable aceptar restricciones excepcionales emanadas de una disposición legal expresa? Se distingue para ello entre la capacidad jurídica en abstracto, acorde con el principio general y otra capacidad jurídica en concreto con referencia a intereses o deberes determinados cuya aplicación esas normas excluyen respecto de determinadas personas.

(33) Este punto de vista es generalizado en la doctrina argentina; ORGAZ, A., cit., p. 196 y sigte.; LLAMBIAS, J., cit., “Parte general”, t. 1, p. 345 y sigtes.; SPOTA, A., cit., vol. 3.1, p. 398 y sigtes.; ARAUZ CASTEX, M., cit., t. 1, p. 304.

En estricta lógica, parece que hay que concluir que la distinción termina desmintiendo que la capacidad jurídica sea una e igual para todos; si así fuera no cabría realizar clasificación de gradualidad alguna de la capacidad (34).

En una línea de ideas algo distinta a la doctrina corriente, se considera que las restricciones que se suelen enunciar como incapacidades jurídicas, no son en realidad fenómenos que incidan sobre la capacidad de derecho, sino exclusiones específicas—configurativas de incompatibilidades— destinadas a extinguirse con la terminación de las situaciones que las determinan (35). Independientemente de ello, hoy se puede considerar una afirmación compartida la de que quedan también fuera del fenómeno de la capacidad jurídica los supuestos de falta de legitimación (sobre esto *infra* XI).

VI. Las críticas al concepto basado en el principio formal de la igualdad

El principio de la igualdad como ideal de un modelo humano abstracto—de incidencia decisiva en la elaboración de los conceptos de capacidad jurídica y persona— ha recibido en los últimos tiempos cuestionamientos más sustanciales: en nuestro país se lo llega a calificar como uno de los mitos del derecho privado, atribuyendo a esta expresión el alcance de ser una falsedad que se asume como tal (36).

La línea argumental se sustenta en lo que se considera la imposibilidad de concebir una entidad que represente a todo el género humano englobando igualitariamente a todos los individuos concretos que se desenvuelven en el mundo del derecho.

Al paradigma clásico se le cuestiona su absolutez y falsa neutralidad y se le contrapone el modelo epistemológico de la “relacionalidad”: la persona humana existe en cuanto vista por los otros y existe y es vista

(34) PUIG FERROL, L., “Fundamentos...”, cit. t. I, vol. 1, p. 261 y sigte.

(35) FALZEA, A., cit., p. 12. También, al parecer, PUIG FERROL, L., “Fundamentos”, cit., t. I, vol. 1, p. 262.

(36) DE LORENZO M.F., “Breves reflexiones sobre ficciones y mitos en el derecho privado” en “El derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel Angel Ciuro Caldani”, Dirs. Atilio A. Alterini, Noemí N. Nicolau, Ed. La Ley, p. 69 y sigte.

en cuanto irreplicable en su peculiaridad, pues no es igual sino diversa. Singularidad y contextualidad son las bases de la crítica al modelo abstracto e igualitario: se contraponen el "sujeto situado" al "sujeto abstracto y dotado de autonomía" (37).

Estas consideraciones conducen a teorizar una inversión de tendencia del sistema jurídico, caracterizado por un regreso a los *status* (un cambio del contrato al *status*) revirtiendo el anterior camino inverso que conducía a un modelo único de subjetividad.

Este "renacimiento" del *status* invoca un realismo cuya ausencia se reprocha al modelo anterior: en la sociedad moderna y compleja de hoy —se afirma— existen situaciones, circunstancias y aspectos de la vida que el jurista actual considera relevantes y cuya protección normativa sólo es posible si se reconducen a una calidad o situación de la persona: el consumidor, el niño, el anciano, el enfermo, el penado, etcétera (38).

Al *status* así concebido se le atribuyen particularidades bien diversas respecto de las de otras etapas históricas: no el noble, ni el siervo, ni el esclavo, ni el indio o el hebreo o el extranjero sino —como se dijo— el enfermo, el consumidor, el trabajador, el desocupado, etcétera (39). La diferencia entre el presente y el pasado es que el derecho se ocupa de los *status débiles* y se propicia por ello "un derecho desigual como instrumento de protección del sujeto débil y concreto" (40). Los *status* de otros tiempos históricos —cuyo fundamento central era excluir a sectores de individuos de la vigencia de un sector de normas jurídicas— es sustituido por los *status* de hoy, cuya razón de ser central es la protección o tutela de ciertos grupos a través del reconocimiento de intereses jurídicos específicos. En otros términos, la existencia de diferencias individuales no deriva más en un sistema que transforme la diversidad en condiciones jurídicas de inferioridad, sino —en cambio— en formas de tutela apropiadas a cada modo concreto de ser de la persona (41).

(37) MARELLA, M.R., cit., p. 490.

(38) ALPA, G., "Status e capacità, la costruzione giuridica delle differenze individuali", Ed. Laterza, 1993, p. 202.

(39) ALPA, G., cit., p. 205.

(40) DE LORENZO, F.M., cit., p. 69. También ALPA, G., cit., p. 205.

(41) BESSONE, M. — FERRANDO, G., cit., p. 205.

VII. Una formulación del concepto de capacidad jurídica

No resulta posible negar la importancia histórica del principio de la igualdad (*supra* V): su incorporación a los ordenamientos jurídicos concluyó con irritantes privilegios e inaceptables discriminaciones. Tampoco es posible negar las diferencias y características distintas de los individuos en un sistema jurídico moderno —propio de una sociedad compleja— y, por ende, que la reducción del atributo estado a la forma jurídica del estado familiar resulta insuficiente para comprender la naturaleza, el origen y las funciones de las diferencias entre las personas (42). A propósito de ello —y como derivación de lo anterior— constituye un dato cierto de nuestra época la existencia de los denominados microsistemas legislativos o estatutos de grupos que consagran intereses y deberes específicos (sobre todo intereses) para determinadas categorías de personas: "La ley se convierte en regla de un grupo específico y cesa de ser regla del ciudadano neutro y sin diferencias" (43).

Ahora bien, la afirmación —sin matices o precisiones— de una capacidad jurídica igualitaria en todo individuo, parece presentarse en contradicción lógica con las diferencias y su corolario, la existencia de los microsistemas normativos que regulan y reconocen intereses jurídicos específicos basados en esas diferencias.

En rigor, la contradicción no es tal y la cuestión debe encontrar solución a través del verdadero alcance y significado a atribuir hoy al principio de igualdad ante la ley y a través de la reconstrucción de la noción de estado, que debe ser reelaborada en un sentido ciertamente más lato que el estado familiar. Como resultado de ello, corresponderá formular algunas adecuaciones al concepto de capacidad jurídica.

Se impone afirmar, en primer término, que una interpretación actual del principio de igualdad ante la ley —existe sobre ello en nuestro país una tradición jurisprudencial relevante (44)— no descarta las va-

(42) ALPA, G., cit., "Una premisa", VI.

(43) IRTI, N., "La edad de la descodificación", trad. de L. Rojo Ajuria, J.M. Bosch, Barcelona, 1992, p. 33 y sigte.

(44) La Corte Suprema de Justicia de la Nación, desde hace tiempo, ha ahondado en el principio, formulando precisiones acerca de su significado: "La igualdad es el derecho a que no se establezcan excepciones y privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias" (Fallos 124:122; 126:280; 127:118; 151:359; 157:2; 184:592). "La ver-

riantes de tratamiento jurídico basadas en las diferencias (45). Lo que el principio impone es el *standard* de la "razonabilidad" en la formulación de las diferencias (46) y no cumplen con ese *standard* aquellas carentes de justificación o que resultan arbitrarias, pues en ese caso corresponde calificarlas de discriminatorias (47).

De ese modo, el principio garantiza la misma dignidad social y la misma dignidad jurídica para todos, pero el legislador —resguardando el *standard* de la razonabilidad— puede distinguir entre categorías de formación social (aunque no entre los individuos que pertenecen a ellas) (48).

dadera igualdad consiste en aplicar la ley a los casos ocurrentes según las diferencias constitutivas de ellos" (Fallos 16:118; 101:401; 123:106; 124:122; 126:20). "La garantía se propone impedir que se establezcan distinciones con el fin de hostilizar o favorecer a determinadas personas o clases, como serían si se hiciera depender de diferencias de color, raza, nacionalidad, religión, opinión política u otras consideraciones que no tengan relación posible con los deberes de los ciudadanos como contribuyentes" (Fallos 13:313; 134:232). "Es principio sentado por la jurisprudencia que no contraviene a la igualdad la formación de categorías a las que el legislador dispense diferente tratamiento, aun cuando el fundamento de esa distinción sea opinable, con tal que la discriminación no trasunte manifiestos propósitos persecutorios contra determinadas personas o grupos de personas, negando a unas lo que se otorga a otras en iguales condiciones" (Fallos 257:127; 273:241; 308:705) (Fallos mencionados por G. TREACY, cit., p. 21 en un estudio sobre el alcance que el Tribunal atribuye al principio).

(45) Ya J. RIPERT afirmaba en 1948 ("Le régime démocratique et le droit civil moderne", Deuxième ed. Libr. Generale de droit et de jurisprudence, p. 102), que "la legislación moderna contiene reglas que no son aplicables sino a unos pocos, sin que se los juzgue contrarios al principio de la igualdad... ellos se imponen en nombre de la igualdad social".

(46) En una línea de ideas similar, se postula la "racionalidad" como *standard* en la formulación de las diferencias (ALPA, G., cit., p. 147). Afirma G. MARSHALL, "Teoría constitucional", trad. y prólogo por R. Cotarelo, Espasa-Calpe S.A., Madrid, 1982, p. 187 y sigte., que la "clasificación es inherente a la legislación y que cabe decir varias cosas acerca de las condiciones necesarias para compatibilizar tal clasificación o discriminación con la garantía de igualdad. Por ejemplo: 1) Que entre la clasificación y los objetivos de la norma debe haber algún tipo de conexión. 2) Que la clasificación tiene que basarse en una diferenciación comprensible. 3) Que la clasificación tiene que basarse en alguna distinción real y sustancial. 4) Que la clasificación tiene que ser pertinente al objeto de la norma. 5) Que la clasificación tiene que estar relacionada racionalmente con el objeto. 6) Que la clasificación tiene que estar relacionada honestamente con el objeto. 7) Que la clasificación no debe ser caprichosa o discriminatoria. 8) que la clasificación no debe ser arbitraria. 9) Que la clasificación debe ser razonable. Que la clasificación debe ser justa".

(47) TREACY, G., cit., p. 18. Un particular análisis del alcance del principio, en CAYUSO, S., "El principio de igualdad en el sistema constitucional argentino", LA LEY, 2003-F, 1380 y en IRIBARNE, H. - PISI, L., "Discriminación y contratos de servicio", en Revista de Der. Priv. y Comunitario, Contratos de Servicios II, 2005-2, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 335 y sigtes.

(48) ALPA, G., cit., p. 147.

En realidad, el reconocimiento de intereses específicos vinculados con la calidad personal y social de cada uno, constituye un momento de superación de la igualdad sólo formal para realizar una igualdad sustancial (49).

Se sigue de ello que no afecta el principio de la igualdad ante la ley el reconocimiento de categorías sociales con regulaciones normativas específicas que consagran intereses y derechos específicos, siempre que ellas cumplan el *standard* de la razonabilidad y se adecuen, de ese modo, al principio de igualdad ante la ley, rectamente entendido. A la inversa, los mencionados estatutos se apartarán también del *standard* de la razonabilidad del principio igualitario cuando, bajo la apariencia de la tutela o protección del denominado "débil jurídico", consagren en realidad privilegios, inmunidades, o discriminaciones incompatibles con la vigencia del principio.

El reconocimiento de intereses específicos derivados de determinadas calidades personales o sociales conlleva la necesidad de reformular el concepto de estado en un estudio que no se realiza en este trabajo (50) y que debe tener en cuenta la necesidad de evitar peligrosos equívocos: la noción significaba históricamente la pertenencia de un sujeto a un grupo social, de un modo "rígido", no siéndole permitido cambiar esa situación o calidad. El *status*, de ese modo, constituía el expediente lógico y el instrumento práctico disponible para crear o mantener desigualdades y zonas de derechos singulares (51). Con el emerger de los intereses de categoría, como se dijo, el concepto de estado debe entenderse hoy en un sentido muy diverso (52).

Si las conclusiones desarrolladas hasta aquí fueran exactas, el concepto de capacidad jurídica podría formularse así: la aptitud potencial de ser titular de intereses y deberes jurídicos sin exclusiones originarias debidas a factores discriminatorios (raza, religión, sexo, nacionalidad, etc.). Esta caracterización de la capacidad debe, a su vez, correlacionar-

(49) FERRANDO, G. - BESSONE, M., cit., p. 214.

(50) Un análisis sobre el tema en la actual doctrina italiana puede verse en PERLINGIERI, P., "Gli status en Letture di Diritto Civile", racontate da G. Alpa E. y P. Satti, Padova, Cedam, 1990, p. 167 y sigte.

(51) FERRANDO, G. - BESSONE, M., cit., p. 214.

(52) Autores y lugar citados en la nota anterior.

se con una noción actualizadora del estado de las personas: como resultado del estado que invista una persona determinada resultará el conjunto de intereses y deberes específicos que ella detentará en un momento histórico determinado (53), que se agregarán a los generales que detenta por la sola circunstancia de su naturaleza humana. En relación a esto último, no debe perderse de vista que la Constitución Nacional y el Código Civil —cuyas previsiones por su carácter abstracto y general son aplicables a todos— constituyen el “núcleo” del ordenamiento jurídico, mientras que las leyes especiales funcionan como “satélites” de aquellos, sin que quepa prescindir —tampoco— de considerar que de los primeros se desprenden a su vez los principios generales “sin cuya fuerza de atracción las reglas jurídicas se atomizarían y coagularían en un montón de preceptos sin ninguna coherencia interna” (54).

De ese modo, la capacidad jurídica de una persona física está dada por la aptitud potencial de ser titular de los intereses y deberes jurídicos que el ordenamiento jurídico le reconoce por su sola condición humana —sin exclusiones originarias debido a factores discriminatorios— y aquellos específicos que emanan de su estado o posición social.

No se incorpora a la caracterización la referencia a la flexibilidad o gradualidad de la capacidad jurídica por entender que los supuestos de incapacidades de derecho, de existir en el derecho privado, son en la actualidad verdaderamente marginales o excepcionales y, en su caso, deberán además superar el test de constitucionalidad (sobre el tema *infra* XI).

VIII. Capacidad de obrar

La capacidad de obrar se refiere a la aptitud que el ordenamiento jurídico reconoce a la persona para realizar por sí una actividad o comportamiento jurídicamente relevante relacionado con la esfera de sus intereses.

(53) En un sentido similar, ALPA, G., cit., p. 204.

(54) RIVERA, J., “Globalización y derecho. Las fuentes del Derecho de los contratos comerciales”, LA LEY, del 21 de noviembre de 2005, p. 8.

Como se dijo (*supra* I), es conveniente escindir la noción del exclusivo ejercicio de los derechos subjetivos: existen forma de ejercicios de los derechos que no requieren de la capacidad de obrar y la noción actúa en un ámbito diverso al del ejercicio de los derechos, como lo es la sola asunción de un deber jurídico o de una obligación. Por lo demás, se ejerce una actividad jurídicamente relevante que en ocasiones requiere de la capacidad de obrar cuando la actuación se realiza en ejercicio de un interés jurídico que no configura un derecho subjetivo.

En materia negocial, la existencia de la capacidad de obrar constituye un requisito de validez del negocio (art. 1040 CC), siendo para algunos un elemento esencial (55), para otros un presupuesto de validez (56) y, en fin, para otros un requisito general del negocio (57).

No rige igual exigencia en todo el ámbito no negocial (simples actos lícitos) en que habrá que atenerse a la disciplina legal del acto de que se trate o a la naturaleza del mismo (*infra* X).

En otro orden, la regla general de la materia es la de que toda persona física goza, por serlo, de la capacidad de obrar: su existencia no necesita más que del silencio legal y cualquier restricción requiere de una consagración normativa expresa.

La alusión a que la capacidad de obrar se vincula con la actividad humana jurídicamente relevante, requiere de algunas precisiones complementarias.

Como se adelantó (*supra* I) los términos “obrar” y “ejercicio” rectamente entendidos, excluirían los hechos humanos puramente receptivos. Surge así el problema, de indudable importancia práctica, de considerar si la exigencia de la capacidad de obrar comprende aquellos casos en que la persona no “obra” ni “ejerce”, sino que “recibe” (58). Tales

(55) CARIOTA FERRARA, L., cit., p. 122.

(56) BETTI, E., cit., p. 161. En nuestro país, LOPEZ DE ZAVALIA, F., cit., “Parte General”, p. 51 y sigte. BUERES, A., “Objeto del negocio jurídico”, Hammurabi, p. 28 y sigte.; CIFUENTES, S., “Negocio jurídico”, 2ª ed.; Astrea, p. 180; BREBBIA, R., cit., t. 2, p. 29 y sigte.

(57) DE CASTRO, F., “El negocio jurídico”, Civitas, p. 55 y sigte. Este autor distingue entre los elementos esenciales (la declaración de voluntad y la causa) y los requisitos generales (capacidad jurídica, capacidad de obrar, legitimación del representante).

(58) Se sigue en lo esencial el fundamental trabajo de A. FALZEA, cit., p. 18 y sigtes.

los supuestos de la recepción de una declaración de voluntad de otro de naturaleza recepticia y del deber de cooperación del acreedor tendiente a posibilitar el cumplimiento de la prestación debida por el deudor.

En el segundo caso, la cooperación del acreedor forma parte del comportamiento tendiente al cumplimiento de la prestación, de modo que debe evaluarse en base a las reglas de la capacidad de obrar.

Más compleja es la situación que se presenta en las manifestaciones de voluntad recepticias. Estrictamente, no se está en presencia de un comportamiento o acto en el sentido de un hecho humano externo, sino de un "hecho de conciencia" que, sin embargo, es siempre un hecho del hombre y constituye "el presupuesto de hecho necesario para que la persona puede cumplir una actividad ulterior responsable y relevante en relación a determinados efectos jurídicos" (59).

Parece razonable, por lo tanto, extender las reglas de la capacidad de obrar a los meros hechos de conciencia o de conocimiento, cuando se trata de la recepción de manifestaciones de voluntad recepticias. Es de tener especialmente en cuenta, en efecto, que la toma de conocimiento de la manifestación de voluntad recepticia funciona como requisito de formación de aquella o, en todo caso, como un requisito de eficacia y que de ella pueden derivar cargas u obligaciones a cargo del receptor. No parece, por ejemplo, que pese a la falta de aptitud de un menor impúber para comprender el contenido de la manifestación de voluntad recepticia, puede entenderse que ella, o más bien su recepción por el destinatario, pueda resultar válida o eficaz y derivar de ello obligaciones a cargo del receptor (60).

En un plano más general, el relativo al criterio básico para determinar la incidencia de la capacidad de obrar en los "hechos de conciencia", se ha propuesto el criterio de la "ventaja". En aquellos casos en que de ellos puedan resultar efectos desfavorables —situaciones de mala fe— habrá

(59) FALZEA, A., cit., p. 18.

(60) Afirman ENNECCERUS, L. - NIPPERDEY, H. ("Derecho civil - Parte general", trad. de B. Pérez González y J. González Alguer, vol. 2, Bosch, Barcelona 1935, p. 150) que la declaración a un incapaz sólo es eficaz cuando llega el representante legal y carece de todo efecto la llegada al incapaz. Agrega que "si la declaración se emite al incapaz, sólo puede ser válida, por regla general, si utilizándosele como nuncio transmite debidamente la declaración al representante".

que atenerse a la exigencia de la capacidad de obrar o al menos del discernimiento y cuando de ello sólo puedan resultar efectos favorables —descubrimiento de un tesoro— cabrá que el derecho nazca sin capacidad y aún sin discernimiento (61).

IX. Capacidad de obrar y actos personalísimos

Una cuestión especial se suscita en aquellas situaciones jurídicas que no consienten el ejercicio del interés o derecho de que se trata, sino por su titular incapaz de obrar. Son los supuestos en que media prohibición que un determinado acto pueda ser cumplido en representación del incapaz titular.

En el ámbito del derecho privado, el tema se relaciona con aquellos negocios o actos que, por su naturaleza, son inherentes a la propia persona (matrimonio, adopción, reconocimiento de hijos, adopción, numerosos otros actos personalísimos) e insusceptibles, por lo tanto, de ser celebrados por el representante legal del incapaz. Una situación similar se presenta en aquellos casos de semi capaces necesitados para determinados actos de autorización judicial o de su cónyuge en donde, sin embargo, ciertos actos no pueden ser realizados ni siquiera con esa autorización o asentimiento (art. 134 CC).

Una opinión bastante generalizada (62) considera que, en esos casos, la incapacidad de obrar se "transforma" en incapacidad jurídica o, en todo caso, que se trata de supuestos de incapacidad jurídica y no de obrar: se parte de la idea que la prohibición afectaría, más que al acto en sí, al derecho o interés del cual el acto constituiría su ejercicio.

Este modo de pensar no es de recibo (63): la posibilidad o no de celebrar un negocio mediante representante legal es una cuestión del todo

(61) Sobre el tema, FALZEA, A., cit., p. 19.

(62) En el derecho italiano, DEGNI, F., "Le persone fisiche e i diritti della personalità", Torino, 1939, p. 47. Para los supuestos del art. 134 del Código Civil, BORDA, G., cit., t. 1, p. 429 y sigte.; BUSSO, E., "Código Civil anotado", cit., t. 1, com. art. 134, núms. 1 y 3, p. 642; SALVAT, R., cit., t. 1, n° 781, p. 664, opinión con la que coincide J. López Olaciregui; LOPEZ DE ZAVALIA, F., "Teoría de los contratos. Parte general", V.P. de Zavalía, p. 129. Parece ser también la opinión de A. ORGAZ, cit., p. 288, nota 57. En el derecho español, al parecer, LACRUZ BERDEJO, J.L., cit., vol. segundo, p. 11.

(63) En el derecho italiano, CARIOTTA FERRARA, L., "El negocio jurídico", Ed. Aguilar, p. 522; TORRENTE, A. - SCHLESINGER, P., "Manuale di diritto privato", serisesima ed., Giuffrè,

extraña al fenómeno de la capacidad jurídica. La incapacidad de obrar tiene en general por fundamento la protección de los intereses de la persona y la exclusión del ejercicio de la representación legal proviene de la naturaleza del acto y no de la existencia o ausencia del poder o facultad —en abstracto y *a priori*— del agente en relación al acto; es decir, que la imposibilidad de realizarlo no significa ausencia de capacidad jurídica sino la imposibilidad de que funcione el modo de suplir la falta de capacidad de obrar en razón de no verificarse los presupuestos necesarios para que ello acaezca. Se configura de ese modo una incapacidad de obrar anómala para este tipo de actos personalísimos en razón de que, inversamente a lo que ocurre con la incapacidad de obrar en general, ella no puede ser suplida.

Corolario de lo expuesto es que de haber celebrado el representante legal el acto personalísimo, se estaría en presencia de un supuesto de falta de legitimación que acarrearía la nulidad absoluta del acto. Pero si éste hubiera sido celebrado por el incapaz en infracción a la prohibición, el acto será de nulidad relativa y por ende confirmable y prescriptible (art. 1038 CC); esta consecuencia es incompatible con la consideración que se está en presencia de incapacidades jurídicas, en donde el corolario debería ser la nulidad absoluta.

X. Capacidad jurídica y capacidad de obrar: su funcionamiento en planos diversos y con modalidades propias

A la diversidad de significado jurídico de ambas capacidades, se agrega la circunstancia que mientras en la jurídica la persona aparece en una situación estática, en la de obrar ella se presenta en su aspecto dinámico, es decir, en la aptitud para desenvolverse en el campo del derecho (64). A ello debe sumarse la diversidad con que ellas funcionan: mientras la capacidad jurídica se adquiere con el comienzo de la existencia de la persona —en nuestro derecho la concepción— y la acom-

p. 79 y sigte.; RESSIGNO, P., voz *Capacita di agire*, cit., p. 862; ONDEL, E., "Le persone fisiche e i diritti delle personalità", *Unione Tipografica Editrice Torinese*, p. 37; GANGI, C., "Persona fisiche e persone giuridiche", *Giuffrè*, 1948, p. 24. En nuestro país, SPOTA, A., cit., vol. 3.1., p. 268 y sigtes. Para los supuestos del art. 134 del Código Civil, LLAMBIAS, J.J., cit., t. 1, p. 477 y sigte., nota 97; RIVERA, J., "Instituciones de derecho privado", Ed. Abeledo Perrot, p. 413 y sigte.

(64) FALZEA, A., cit., p. 22.

paña a lo largo de la vida hasta la muerte, la capacidad de obrar está subordinada a la existencia de determinadas situaciones de hecho (v.g. la edad) y está destinada a modificarse con el acaecimiento de otras situaciones de hecho (v.g. la enfermedad mental y su incidencia en la aptitud negocial) (65).

A la indicada diferencia se agrega otra de significación: mientras la capacidad jurídica constituye una dimensión necesaria para ser destinatario de los efectos jurídicos de las normas, la capacidad de obrar no se requiere para la totalidad de los hechos jurídicos humanos; su existencia como presupuesto o requisito de validez de un acto o comportamiento no negocial debe extraerse de la disciplina legal del acto de que se trate o de su naturaleza misma, habiéndose sostenido en este último sentido que como idea general no es requerible en aquellos casos en que se realizan únicamente intereses de la persona (66). No es necesaria en buena parte de los actos no negociales (simples actos lícitos) (67); en muchos de los denominados actos reales; para algunos autores en los denominados "pequeños contratos" o "actos simples de la vida cotidiana" (68); para otros, en los actos de conservación (69) (como resultado de lo que se considera una aplicación particular del principio de necesidad) y, en fin, para otros, para prestar el asentimiento para ser destinatario de un acto médico (70). De *lege ferenda* se propone que la validez de actos no patrimoniales ligados a la esfera íntima y afectiva del interdicto (art. 141 CC) se rijan por las reglas del discernimiento y no de la capacidad de obrar (71).

(65) FALZEA, A., cit., p. 24.

(66) Autor y lugar citados en nota anterior.

(67) APARICIO, J., cit., t. 2, p. 51; ORGAZ, A., cit., p. 290; CARIOTTA FERRARA, L., cit., p. 31; ORGAZ, A., cit., p. 171.

(68) PIZZORUSSO, A., cit., com. arts 1-4, p. 151. *Comp. BORDA, G., cit., "Parte general"*, t. 1, p. 416 y sigte.; SPOTA, A., "Instituciones de derecho civil. Contratos", Ed. Depalma, t. II, p. 220; para quienes se trata de supuestos de excepción a la regla general de la incapacidad, lo que supone entender que para esos actos se tiene capacidad de obrar.

(69) Ver AGUILERA DE LA CIERVA, T., "Actos de administración, de disposición y de conservación", Ed. Montecorvo S.A., p. 166.

(70) En opinión que no comparto, KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., "El derecho del menor a su propio cuerpo" en *La persona humana*, Dir., G. A. BORDA, Ed. La Ley, p. 251 y sigtes.; HIGHTON, E.- WIERZBA, S., "La relación médico paciente: el consentimiento informado", Ed. Ad Hoc, 2ª act. y ampliada, p. 83 y sigtes.

(71) Sobre el tema, TOBIAS, J.W., "La enfermedad mental y su tratamiento por el derecho privado: debates y tendencias actualizadoras", en *La persona humana*, Dir. G. BORDA,

Si se parte de la consideración de la existencia de casos de incapacidades jurídicas (sobre esto, *infra* acápite siguiente) habría que agregar, todavía, las diferencias entre ambas incapacidades que enuncia la doctrina (el diverso fundamento, el diverso remedio, la diferente consecuencia).

XI. Capacidad, legitimación, compatibilidad

En los últimos tiempos se ha sometido a reconsideración la tradicional subsunción dentro de la noción técnica de capacidad —o mejor de incapacidad— de numerosos supuestos a los que se les atribuye la característica de ser incapacidades de derecho. Corolario de ello es que ha terminado por desplazarse de la capacidad la figura jurídica de la legitimación. Su desarrollo inicial se ha atribuido a la doctrina procesalista para pasar luego al campo del derecho privado (72) y no puede decirse que la labor doctrinaria del deslinde haya sido fácil, subsistiendo sectores oscuros y conflictivos, que se complican por la circunstancia que el término es utilizado para designar conceptos diversos, si bien afines o teniendo algo en común (73).

De ahí que el criterio distintivo —y sobre todo el concepto mismo de legitimación(74)— requeriría de profundizaciones que no es posible

Ed. La Ley, p. 198 y sigtes. y las citas; CIFUENTES, S., "Régimen general de la capacidad y el denominado 'living will'", LA LEY, del 16 de febrero de 2006, p. 2.

(72) MAYO, J., "Capacidad civil", 2ª parte, Rev. Conceptos, Univ. Museo Social Art., año 71, n° 3, p. 45 y sus citas.

(73) CARIOTTA FERRARA, L., cit., p. 528. Ver nota siguiente.

(74) Como se dice en el texto, el término "legitimación" es empleado con significados diversos. L. CARIOTTA FERRARA, L. (cit. p. 528) relaciona la noción con la posición del agente confrontada con el objeto. También E. BETTI, "Teoría general del negocio jurídico", Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, p. 168. En nuestro país, R. BREBBIA, cit., t. 2, p. 113 y sigte. Inversamente, CARNELUTTI ("Diritto e proceso", cit. por A. FALZEA, cit. nota 176) lo considera con referencia a otros sujetos. También se considera el tema con relación exclusiva al sujeto (así, cuando se trata de impedimentos matrimoniales o de la incapacidad para suceder). Se lo asimila en ocasiones al poder de disposición (TORRENTE, A.- SCHLESINGER, P., cit., p. 90) lo que es cuestionado por otros (MESSINEO, F., "Doctrina general del contrato", trad. castellana con notas del derecho argentino, Ejea, 1986, t. 1, p. 87); se vincula el término con la apariencia para fundar la existencia de una legitimación extraordinaria o aparente (LADARIA CALDENTEY, J., "Legitimación y apariencia jurídica", Ed. Bosch, 1952, p. 132; BETTI, E., cit. p. 180); BREBBIA, R., cit., t. 2, p. 115 y, en fin, se relacionan legitimación y autonomía privada (sobre esto último y otras clases de legitimación, MAYO, J., "Capacidad civil", 2ª parte, cit., p. 45 y sigtes.

realizar aquí. Como idea general puede decirse que ambas capacidades constituyen cualidades intrínsecas y abstractas de la persona; lo primero en el sentido que son reconocidas en base a consideraciones subjetivas con prescindencia de consideraciones externas y abstractas porque son reconocidas *a priori* prescindiendo de determinado acto o efecto específico. La legitimación, en cambio, se refiere a la calificación que es requerida al sujeto para ser titular de una determinada relación jurídica o para celebrar válidamente un determinado acto jurídico que deriva de la circunstancia de encontrarse en una determinada relación respecto del objeto de la relación o del acto o respecto del otro sujeto que debe participar del acto (75). Como se ve, la legitimación tiene un carácter especial pues es evaluada en base a la relación del sujeto con el bien que es materia del negocio o con otros sujetos (76).

La diferencia entre la capacidad y la compatibilidad —o mejor entre la incapacidad y la incompatibilidad— reside en que la última es dispuesta por la ley respecto a una función pública o privada por razones vinculadas con un regular y buen ejercicio de ella, excluyéndose a determinadas personas de la atribución y ejercicio de determinadas funciones (77). Comprende los casos en que la ley prohíbe ejercer simultáneamente dos actividades jurídicamente relevantes, que guarden entre sí alguna relación que hace inconveniente su ejercicio por la misma persona (78).

Ambas distinciones —como se dijo— son relevantes para desechar que se esté en presencia de incapacidades de derechos en numerosos supuestos que la doctrina argentina tradicionalmente engloba bajo esa naturaleza. Borda enumera a título ejemplificativo los arts. 450,

(75) FALZEA, A., cit. p. 44; PIZZORUSSO, A., cit., com. args. 1-4, p. 162 y sigte.; MAYO, J., "Capacidad civil. Segunda parte", p. 45 y sigte.

(76) La alusión doctrinaria a una "capacidad especial" funciona en un ámbito diverso al que se expone en el texto; se refiere a la capacidad de obrar para celebrar actos de una clase determinada (v.g. matrimonio, contrato de compraventa). Pero se puede tener plena capacidad para celebrar el contrato de compraventa aunque ausencia de legitimación para celebrarlo con una determinada persona (art. 1358 CC).

(77) FALZEA, A., cit., p. 46 y s.; MAYO, J., "Capacidad civil, Segunda parte", cit. p. 48. Para aludir a estas situaciones —que también deslinda de la capacidad— LOPEZ DE ZAVALIA emplea el término "inidoneidad" (cit., p. 129 y sigte.).

(78) Es el alcance circunscripto que atribuye al término A. PIZZORUSSO, cit., com. args. 1-4, p. 162 y sigte.

1361 incs. 1 a 6, 3739, 3740, el art. 1160 en lo referido a los religiosos profesos y a los comerciantes fallidos y los impedimentos matrimoniales (79); Llambías enuncia los casos de los arts. 450 inc. 3, 1218, 1358, 1441, 1490, 1807 inc. 1, 1361 inc. 3, 4 y 6 y los casos de los impedimentos matrimoniales cuando la prohibición se establece en miras a la calidad de la persona impedida para contraer la unión (80); Salvat menciona los arts. 1160, 1359, 1361, 1806 a 108, 3736 a 3740, Spota enuncia como ejemplos los arts. 279, 297, 450, 1361 inc. 1 y 2, 398, 2011 inc. 6, 3291 a 3296, 3744 y 3750, 3739 y 3740 y el art. 12 del Código Penal (81) y de parecida amplitud son los supuestos mencionados por Arauz Castex y Rivera (82).

No es posible considerar aquí cada uno de esos supuestos para evaluar su encuadre como incapacidades de derecho. No obstante, a partir de la acepción restringida que aquí se atribuye a la capacidad jurídica —aptitud genérica y medible en abstracto— y a su distinción con la legitimación y la compatibilidad, se pueden hacer algunas afirmaciones generales acerca de aquellos casos que más generalmente son considerados como incapacidades de derecho.

En ese orden, algunos de ellos son supuestos de incompatibilidad (v.g. art. 398 CC) (83); otros, numerosos, de falta de legitimación (v.g. arts. 450 inc. 3, 1358, 1361, 1807 inc. 1, CC). Se ha visto, asimismo, que no constituyen incapacidades de derecho, las que derivan de situaciones jurídicas que no consienten el ejercicio del interés sino a su titular incapaz de obrar (*supra* IX). La limitación para contratar de los comerciantes fallidos del art. 1160, por otra parte, es una consecuencia o efecto del desapoderamiento que supone el estado de falencia y no una

(79) BORDA, J., cit., "Parte general", t. 1, p. 393 y sigte.

(80) LLAMBIAS, J., cit., "Parte General", p. 414 y sigte.

(81) SPOTA, A., cit., t. 3.1, p. 187 y sigte.

(82) ARAUZ CASTEX, M., cit., t. 1, p. 487 y sigtes.; RIVERA, J., "Instituciones...", cit., 370 y sigtes. Ver también ALTERINI, A., "Contratos - civiles, comerciales, de consumo, teoría general", Abeledo Perrot, p. 212 y sigte.; APARICIO, J., cit., t. 2, p. 66 y sigte.; COMPAGNUCCI DE CASO, R., "El negocio jurídico", Ed. Astrea, p. 160 y sigte.

(83) Encuadran los supuestos del art. 398 como de incompatibilidad —o inidoneidad— para el desempeño del cargo, LLAMBIAS, J., cit., "Parte general", t. 1, p. 418; BUSSO, E., cit., t. II, com. art. 398, p. 964; MAYO, J., "Capacidad civil. Segunda parte", cit., p. 68; LOPEZ DE ZAVALIA, F., cit., "Parte general", p. 130.

hipótesis de incapacidad de derecho (84). Tampoco lo es la limitación para contratar que establece el mismo artículo para los religiosos profesos, situación que —además de ser inconstitucional— cabe calificar como de imposibilidad de contratar (85). Algunos de los impedimentos matrimoniales son casos de falta de legitimación (art. 166 incs. 1 a 5 CC); otros de falta de capacidad de obrar o de falta de discernimiento (art. 166 incs. 8 y 9 CC) y otros como el de la aptitud fisiológica (potencia *coendi*) (art. 220 inc. 3 CC) deben encuadrarse como presupuestos de hecho para la celebración del matrimonio (86).

De la correlación de los arts. 64 y 70 (a contrario), se ha deducido que median incapacidades de derecho para "los supuestos que exceden el ámbito de la personalidad reconocida a las personas por nacer" (87). Empero, un adecuado análisis de esas normas permite sostener que ellas no delimitan el ámbito de la capacidad de derecho de las personas por nacer, sino hacen referencia al modo de suplir la incapacidad absoluta de obrar de que adolecen, en circunstancias de tener que recibir bienes por herencia o donación.

López de Zavalía —quien señala que es difícil encontrar casos concretos de incapacidades de derecho y que los mismos son poco comunes— además de los señalados y cuestionados casos de la persona por nacer y los actos personalísimos impedidos a los incapaces, ejemplifica con la prohibición a los clérigos de órdenes sagradas de afianzar (art. 2011 inc. 6 CC) (88). Existe cierto consenso doctrinario que este inciso debe ser armonizado con el art. 1160 que se refiere a los religiosos profesos, pues de otra manera no se comprendería porqué, pudiendo con-

(84) LLAMBIAS, J., cit., "Parte general", t. 1, p. 418; ORGAZ, A., cit., p. 180; RIVERA, J., "Instituciones...", cit., t. 1, p. 374; ARAUZ CASTEX, M., cit., t. 1, p. 276. J. MOSSET ITURRASPE (en "Código Civil y normas complementarias", Dir. A. J. BUERES, Ed. Hammurabi, t. 3b, p. 603) deduce que ello concluye en una falta de legitimación pues los bienes "no le pertenecen, son ajenos, pertenecen a la masa"; en sentido similar APARICIO, J., cit., 2, p. 72.

(85) LAFAILLE, H., "Derecho civil, Contratos", vol. I, Ediar, 1953, ps. 176 y 178. Se ha afirmado que la norma no armoniza con la Constitución Nacional (RIVERA, J., "Instituciones...", cit., t. 1, p. 373; SPOTA, A., cit., vol. 3.1, p. 312 y sigtes., APARICIO, J., cit., 2, p. 71).

(86) FALZEA, A., cit., p. 35.

(87) LOPEZ DE ZAVALIA, F., cit., "Parte general", p. 129. También, J. MOSSET ITURRASPE, com. art. 1160, en "Código Civil y normas complementarias", Dir. A. J. BUERES, cit., t. 3b, p. 600.

(88) LOPEZ DE ZAVALIA, F., cit., p. 130.

tratar, los clérigos no pudieran afianzar (89). Así, la tacha de inconstitucionalidad formulada a la prohibición genérica de contratar a los religiosos profesos, se extiende también, a mi juicio, a este inciso: ambas normas aluden sólo a los religiosos católicos, estableciendo una irrazonable desigualdad jurídica, no fundada en razón valedera alguna (90).

Es poco afortunada la terminología empleada por el codificador en los títulos I y XV de la Sección I del Libro IV (*"De la incapacidad para suceder"* y *"De la capacidad para recibir por testamento"*): la doctrina mayoritaria coincide en señalar que ni el caso de la indignidad (91) ni las prohibiciones para recibir por testamento son supuestos de incapacidades de derecho (92).

(89) BORDA, G., cit., "Contratos...", Ed., Perrot, 7ª ed. actualizada, t. II, p. 499; MACHADO, O., "Exposición y comentarios del Código Civil argentino", Lajouane 1898, t. 5, p. 365. Comp. SALVAT. R. - ACUÑAANZORENA, A., "Tratado de Derecho Civil argentino, fuentes de las obligaciones", 2ª ed., Ed. Tea, t. III, p. 269.

(90) Comp. J. RIVERA, "Instituciones ...", cit., t. 1, p. 373 quien sosteniendo la inconstitucionalidad del art. 1160 respecto de la prohibición de contratar de los religiosos profesos, no la extiende a este inciso por entender que se relaciona a la falta de aptitud *"para celebrar un determinado acto"* y no a la genérica de contratar sobre bienes inmuebles. Es la opinión que sostuve en *La inhabilitación en el derecho civil*, Ed. Astrea, 2ª ed., p. 16 que ahora reviso.

(91) MAFFIA, J., "Tratado de las sucesiones", Depalma, t. 1, p. 165, considera que es un impedimento para conservar la sucesión; BORDA, G., cit., "Sucesiones", 7ª ed. actualizada con la colaboración de F.J. Pelzer, t. 1, p. 67, sostiene que es una desheredación producida de oficio por la ley; LAMBOIS, S., en "Código Civil y normas complementarias", Dir. A. BUERES, cit., t. 6a, p. 61, afirma que los supuestos de los arts. 3290 a 3310 no son incapacidades sino causales de resolución de la vocación hereditaria.

(92) MAFFIA, J., cit., t. 1, p. 165 considera que son prohibiciones basadas en que *"la idoneidad general para recibir por herencia cae por motivos particulares, precisamente para evitar que ella produzca efectos respecto de un causante determinado ... no se puede, por tanto, hablar de incapacidad, ya que hada obsta a que las mismas personas puedan recibir válidamente si en ausencia de testamento heredaran ab-intestato"*; ACUÑAANZORENA, A., "¿Pueden validarse los legados hechos a favor de uno de los testigos...?", LA LEY, 120-175, sostiene que son casos de falta de legitimación; REBORA, J., "Derecho de las sucesiones", 2ª ed., Ed. Bibliográfica Argentina, t. 1, p. 190 y sigte., piensa que se trata de incompatibilidades tendientes a evitar que la voluntad del testador sea desvirtuada mediante coacción o por causa de interferencias repudiables; BORDA, G., cit., "Sucesiones", t. 1, p. 65, piensa que lo que hay en esos casos es una nulidad de la cláusula testamentaria surgida de una violación de la prohibición legal. Comp. ZANNONI, E., "Derecho de las sucesiones", Ed. Astrea, 4ª ed., 1997, t. 1, p. 161.

A título de conclusión puede decirse que las incapacidades de derecho, de existir en nuestro derecho privado, son situaciones verdaderamente marginales o residuales y reiterar que queda excluida constitucionalmente cualquier prohibición o restricción legal —constitutiva de una incapacidad de derecho— que comporte una limitación irrazonable al principio de igualdad ante la ley. ♦

CAPACIDAD Y ACTO ILICITO

POR FÉLIX A. TRIGO REPRESAS

SUMARIO: I. Introducción. — II. Menores de diez años. — III. Dementes. — IV. Perturbaciones accidentales. — V. Ebriedad y toxicomanía. — VI. Sordomudos que no saben darse a entender por escrito. — VII. El resarcimiento de equidad después de la reforma de la ley 17.711/68: a) Antecedentes; b) El agregado al artículo 907 del Código Civil; c) Presupuestos de aplicación; d) Fundamento de "equidad"; e) No subsidiariedad de la acción indemnizatoria; f) Pautas a computar.

I. Introducción

Tratándose de la responsabilidad civil por el hecho propio o personal, no basta con que un individuo sea autor material de un daño —relación de causalidad o *imputatio facti*—, sino que además resulta necesario que pueda ser tenido como "culpable" del mismo —imputabilidad propiamente dicha o *imputatio juris*—.

Y para que esto último resulte posible, se requiere igualmente que la autoría material del hecho provenga de alguien que, en razón de gozar de discernimiento, intención y libertad al tiempo de su ejecución, hubiese estado en condiciones de poder prever y evitar sus resultados dañosos —art. 900 Código Civil—. Atento que, como bien se ha dicho: "siendo el hombre un ser libre, racional y conciente de sus actos, debe en todos los órdenes responder de la directrices que voluntariamente ha impuesto a los mismos y de los casos en que, estando obligado a realizar un acto, ya sea por la ley natural o la positiva no lo ha realizado, derivándose de ello un daño cualquiera", lo cual es así por cuanto "la culpa es propia de personas que son libres en sus actos; que tienen inteligencia para saber lo que deben hacer y libre voluntad para dirigir sus acciones", de modo que "si no existe el libre juego de estas dos po-

tencias no existe tampoco responsabilidad, porque los actos realizados no pueden considerarse propiamente humanos" (1). O sea en suma, que: "la imputabilidad civil, en términos generales, se considera un requisito subjetivo que implica una determinada capacidad de entender y de querer, en definitiva, la capacidad de una persona para obrar voluntariamente, lo cual supone voluntad y entendimiento" (2).

La cuestión de la imputabilidad de los seres humanos estriba pues en que cuenten con cierta "capacidad" de hecho, que tengan conciencia o se hallen en condiciones de distinguir el bien del mal, o sea que tengan noción del deber de no dañar a los demás o "*naeminem laedere*" y sepan que cuando lo que hacen es objetivamente malo, en su caso deberán responder por ello; todo lo cual posibilita que se los pueda declarar como civilmente responsables (3).

O sea, dicho más brevemente, se puede afirmar que hay imputabilidad, "cuando el acto procede de una libre voluntad" o de un proceder inteligente y libre; ya que no se podría reprochar como éticamente disvaliosa la conducta de quien obró involuntariamente. Es, en suma, lo que ya dispone el artículo 1076 del Código Civil, aunque sólo con relación a los delitos civiles, cuando dice que éstos deben ser "el resultado de una libre determinación de parte del autor" (4).

(1) BORRELL MACIA, Antonio "Responsabilidades derivadas de la culpa extracontractual civil", 2ª ed., Barcelona, Boch, 1958, ps. 19 y sigte., nº 10 y ps. 42 y sigte., nº 20.

(2) DE SALAS MURILLO, Sofía, "Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación", Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, ps. 80 y 85; DÍEZ-PICAZO, Luis, "Derecho de daños", Madrid, Civitas, 2000, p. 364, nº V; BORRELL MACIA, ob cit. en nota anterior, ps. 21 y sigtes., nº 10.

(3) DE SALAS MURILLO, "Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación", cit., ps. 78 y 85; TRIGO REPRESAS, Félix A. - LOPEZ MESA, Marcelo J., "Tratado de la responsabilidad civil", Bs. As., La Ley, 2004, t. I, ps. 644 y sigte., nº 1.2.a).

(4) ACUÑA ANZORENA, Arturo, "La previsibilidad como límite de la obligación de resarcimiento en la responsabilidad extracontractual", en *Estudios sobre la responsabilidad civil*, La Plata, Editora Platense, 1963, p. 43, nº III; AGUIAR, Henocho D. "Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley", Bs. Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1950, t. II, p. 206, nº 25; ALTERINI, Attilio Anfbal, "Responsabilidad civil. Límites de la reparación", Bs. Aires, Abeledo Perrot, 1970, ps. 81-84, núms. 81-83; AUBRY, C. - RAU, C., "Cours de droit civil français", 5ª ed. por Etienne Bartin, Paris, Marchal et Villard, 1902 y sigtes., t. VI, p. 343, § 444; BAUDRY-LACANTINERIE, G. - BARDE, L., "Delle obbligazioni", trad. italiana, Milano, Ed. Francesco Vallardi, s/f., t. IV, ps. 563 y 564, nº 2856; BOFFI BOGGERO, Luis María, "El

A su turno, la incapacidad de hecho obedece de ordinario a deficiencias psicológicas del individuo, vinculadas con la falta de discernimiento —art. 921 Cód. Civil—: la inmadurez o la insanidad mental. De manera que habrá que considerar si la minoría de edad o la existencia de enfermedades o deficiencias psicofísicas que son aptas para impedir o limitar el autogobierno de la persona, pueden también influir, y en que medida, sobre la declaración como civilmente responsables de quienes se encuentren en esas condiciones (5).

Ahora bien, tampoco basta con la mera voluntariedad del acto para que surja la responsabilidad civil, sino que con arreglo a la ley, en una suerte de imputabilidad de "segundo grado" (6), es además necesario que tal determinación voluntaria hubiese sido dolosa o culpable —art. 1067

hecho jurídico complejo que genera el derecho a la indemnización", en Revista del Colegio de Abogados de La Plata, año X, Nº 20, enero-junio de 1968, ps. 40 y 41, nº 11; BORDA, Guillermo A., "Tratado de derecho civil. Obligaciones", 5ª ed., Bs. Aires, Perrot, 1983, t. II, p. 250 y sigte., nº 1328; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", 9ª ed., Bs. Aires, Abeledo-Perrot, 1997, pp. 329 y sigte., nºs. 753-758; CAMMAROTA, Antonio, "Responsabilidad extracontractual. Hechos y actos ilícitos", Bs. Aires, Depalma, 1947, t. I, p. 56, nº 42; COLIN, Ambrose - CAPITANT, Henri, "Curso elemental de Derecho Civil", trad. de Demofilo De Buen, Madrid, Reus, 1951, t. III, p. 834; COLOMBO, Leonardo A., "Culpa aquiliana (Cuasidelitos)", 2ª ed., Bs. Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1947, p. 167 y sigte., nº 61; DE AGUIAR DIAS, José, "Tratado de la responsabilidad civil", trad. de Juan Agustín e Ignacia Moyan, México-Lima-Buenos Aires, Ed. José Mª Cajica (Jr.), 1957, t. II, p. 11 y sig., nº 157; DE GÁSPERI, Luis - MORELLO, Augusto M., "Tratado de derecho civil", Bs. Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1964, t. IV, p. 32 y sigte., núms. 1705 y 1705-a); p. 304 y sigtes., núms. 1819 y 1820; GIORGI, Jorge, "Teoría de las obligaciones en el derecho moderno", trad. española, Madrid, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1900 y sigtes., t. V, p. 219, nº 145; LLAMBIAS, Jorge Joaquín, "Tratado de derecho civil. Obligaciones", Bs. Aires, Perrot, 1976, t. III, ps. 678 y sigte., nº 2256; MAZEAUD, Henri y Léon - TUNC, André, "Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual", trad. de la 5ª ed. francesa de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Bs. Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1962, t. I, vol. II, p. 102 y sigte., nº 458; MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Responsabilidad por daños", Bs. Aires, Ediar, 1971, t. I, ps. 55 y 56, nº 19; ORGAZ, Alfredo, "La culpa (actos ilícitos)", Bs. Aires, Ed. Lerner, 1970, ps. 32-34, nº 6; PALMERO, Juan Carlos, "El daño involuntario", Buenos Aires, Astrea, 1973, ps. 32-34; REZZONICO, Luis María, "Estudio de las obligaciones", 9ª ed., Bs. Aires, Depalma, 1961, t. II, p. 1243 y sigtes.; SALVAT, Raymundo M. - ACUÑA ANZORENA, Arturo, "Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuentes de las obligaciones", 2ª ed., Bs. Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1958, t. IV, p. 44, nº 2713-a).

(5) DE SALAS MURILLO, "Responsabilidad civil e incapacidad", cit., p. 78; TRIGO REPRESAS - LOPEZ MESA, "Tratado de la responsabilidad civil", cit., t. I, p. 644, nº 1.2.a).

(6) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Responsabilidad civil del médico", Bs. Aires, Astrea, 1979, p. 179, nº 1.

del Código Civil—; lo cual es así en razón de que la “imputabilidad”, factor subjetivo de atribución que desencadena la responsabilidad civil, se funda en la “culpabilidad” *latu sensu*, y ésta a su vez parte de la conciencia del agente en cuanto determinante de la voluntariedad del acto.

Y dicha culpabilidad en general es a su turno comprensiva de dos variantes: la culpa propiamente tal y el dolo. En lo delictual, la experiencia volitiva habrá de estar siempre asociada a una actitud deliberada e intencional, de perjudicar, que es precisamente lo que configura el dolo —art. 1072 Código Civil—. En tanto que la culpa como elemento de los hechos ilícitos que no son delitos (o cuasidelitos) se ajusta al criterio de caracterización resultante del artículo 512 del Código Civil, y puede por lo tanto presentarse como: a) *negligencia*, la única en verdad concretamente aludida en la definición de esa preceptiva, que consiste en la omisión de cierta actividad que habría podido evitar el resultado dañoso, es decir en no hacer lo que correspondía o hacer menos de lo debido; b) *imprudencia*, cuando por el contrario se obra precipitadamente, sin preverse las consecuencias que se podían derivar de ese proceder irreflexivo, o sea que se hace lo que no se debe, o más de lo que hubiese correspondido hacer (7); y c) *impericia*, ya en concreta relación con los profesionales, que es el desconocimiento de las reglas y métodos propios de la profesión de que se trate, ya que todo el que ejerce una profesión debe poseer, debidamente actualizados, los conocimientos científicos, técnicos y prácticos de la misma, y obrar con previsión, diligencia e idoneidad con ajuste a aquéllos (8).

Lo dicho, en suma, significa que resulta imprescindible formular un juicio ético sobre el proceder “voluntario” del autor del hecho dañoso, a

(7) ALTERINI, “Responsabilidad civil”, cit., ps. 94 y sigtes., nº 103; ALTERINI, Atilio Aníbal - AMEAL, Oscar José - LOPEZ CABANA, Roberto M., “Derecho de obligaciones. Civiles y comerciales”, Bs. Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 183, nº 429; LLAMBIAS, “Tratado... Obligaciones”, cit., t. III, ps. 696 y sigte., nº 2275; MOSSET ITURRASPE, “Responsabilidad por daños”, cit., t. I, ps. 69 y sigtes., nº 28.

(8) MAZEUD-TUNC, ob. cit., t. I, vol. I, p. 291, nº 206-2; PLANIOL, Marcel - RIPERT, Georges - ESMEIN, Paul, “Tratado práctico de derecho civil francés”, trad. de Mario Diaz Cruz, La Habana, Ed. Cultural, 1946, t. 6, p. 721, nº 523; CNCiv., sala C, 22-12-77, “Malvasi”, LALEY, 1978-A, 585 y ED, 81-719, sums. 56 y 58 a 61; Trib. Etica Forense, 3-3-83, “G., V. A.”, LALEY, 1984-A, 314, JA, 1984-I-69 y ED, 105-668; CCiv. 1ª Cap. Fed., 16-3-50, “Malavolta c. Moizé”, JA, 1950-III-70; *idem*, 24-9-35, “Siciliano c. Bachem”, JA, 51-888; CCiv. 2ª Cap. Fed., 17-10-30, “Calvo c. Fellner”, JA, 34-469; SCBA, 10-3-59, “C., V. c. Y., R.”, A. y S. 1959-I-207; etc.

la luz de cuáles eran los deberes a su cargo, para así establecer si quiso su infracción —dolo—, o si pese a no quererla omitió la adopción de los cuidados o diligencias que habrían posibilitado evitar el resultado perjudicial —culpa—. La existencia del acto ilícito no se concibe pues, sin la existencia de uno de esos dos elementos: sin dolo no hay delito, sin culpa (directa o indirecta, real o presumida) no hay cuasidelito; y, “responsabilizar a una persona sin que a ella le sea imputable dolo o culpa, sería lo mismo que condenar, en materia penal, a un inocente” (9).

Prima facie, los actos ilícitos son siempre imputables, porque se consideran actos voluntarios y dan en consecuencia nacimiento a la responsabilidad por los perjuicios derivados de su ejecución. Pero excepcionalmente existen casos en los cuales los actos ilícitos no son imputables a sus autores, y entonces pueden no dar lugar a la responsabilidad civil. Habremos de considerar a continuación cada uno de esos supuestos.

II. Menores de diez años

Para nuestro Código Civil, los menores de diez años carecen de discernimiento para los actos ilícitos —artículo 921 del Código Civil—, o sea que no tienen aptitud para apreciar la naturaleza del acto que realizan, para distinguir entre el bien y el mal; razón por la cual sus actos no pueden reputarse voluntarios —artículo 900 del Código Civil—, ni, en principio, generan ninguna responsabilidad a su cargo, conforme a lo dispuesto en el artículo 1076 del Código Civil: “Para que el acto se repunte delito, es necesario que sea el resultado de una libre determinación de parte del autor. El demente y el menor de diez años no son responsables de los perjuicios que causaren”.

Todo ello claro está, al margen de la responsabilidad indirecta que pudiera corresponder a sus representantes legales —padres, tutores—, si se dieran las condiciones exigidas para la misma (10).

(9) SALVAT-ACUÑA ANZORENA, “Fuentes de las obligaciones”, cit., v. IV, p. 46, nº 2714; PALMERO, “El daño involuntario”, cit., ps. 36-38; MOSSET ITURRASPE, “Responsabilidad por daños”, cit., t. I, ps. 56 y 57, nº 20; ORGAZ, “La culpa”, cit., p. 62 y sigs., núms. 21-23; LLAMBIAS, “Tratado... Obligaciones”, cit., t. III, p. 680, nº 2257; BUSTAMANTE ALSINA, “Teoría general de la responsabilidad civil”, cit., ps. 332 y sigte., núms. 769 y 770.

(10) SALVAT-ACUÑA ANZORENA, “Fuentes de las obligaciones”, cit., t. IV, ps. 47 y 48, nº 2716; BORDA, “Tratado... Obligaciones”, cit., t. II, p. 251, nº 1330; CAMMAROTA, “Respon-

Dentro del derecho comparado existen en realidad dos tendencias legislativas sobre el respecto: el sistema rígido, seguido por aquellos códigos que, como el nuestro, fijan una edad a la cual se considera adquirido el discernimiento; aunque dicha edad pueda variar de un Código a otro: diez años en el nuestro, en el de Bolivia de 1976 (art. 998), en el Código uruguayo (art. 1320) y en el de Colombia (art. 2346); siete años en los códigos de Alemania (art. 828), Portugal de 1966 (art. 488 inc. 2), y Chile (art. 2319); catorce años en el Código Civil soviético (arts. 9 y 405) y el de Paraguay de 1987 (art. 187 inc. b); etcétera.

La otra corriente —sistema flexible— deja indefinida y sujeta a prueba en cada caso ocurrente, la existencia o no del discernimiento; se trataría de una cuestión de hecho, que comportará soluciones circunstanciales, la de establecer si un menor tiene aptitud suficiente para darse cuenta del alcance de sus actos. Es la tesis adoptada en el derecho francés (11) y seguida por algunos códigos modernos: de Italia de 1942 (art.

sabilidad extracontractual”, cit., t. I, p. 69, nº 96; AGUIAR, “Hechos y actos jurídicos...”, cit., t. II, ps. 208 y 209, nº 27; COLOMBO, “Culpa aquiliana”, cit., p. 176 y sigtes., nº 66; DE GASPERI-MORELLO, “Trat. de derecho civil”, cit., t. IV, ps. 304 y 305, nº 1820; REZZONICO, “Estudio de las obligaciones”, cit., t. II, p. 1246 y sigte.; BOFFI BOGGERO, ob. cit. en “Rev. del Colegio de Abogados de La Plata”, ene.-jun. 1968, Nº 20, ps. 41 y 42, nº 36; SPOTA, Alberto G., “Tratado de derecho civil”, Bs. Aires, Depalma, 1947, t. I, Parte general, vol. III, sub. 1, ps. 224 y sigtes., nº 652; LLAMBIAS, “Tratado... Obligaciones”, cit., t. III, ps. 681 y 682, nº 2261; ORGAZ, “La culpa”, cit., ps. 39-43, núms. 10 y 11; MOSSET ITURRASPE, “Responsabilidad por daños”, cit., t. I, ps. 106-108, nº 45; BUSTAMANTE ALSINA, “Teoría general de la responsabilidad civil”, cit., p. 331, nº 763; ALTERINI, “Responsabilidad civil”, cit., ps. 76 y 77, nº 77 y nota 112; GHERSI, Carlos Alberto, “Reparación de daños”, Bs. As., Ed. Universidad, 1989, p. 204, nº 1; BOFFI BOGGERO, Luis María, “Tratado de las Obligaciones”, Bs. Aires, Astrea, 1985, t. 2, p. 114, § 405 y t. I, Ed. Bibliográfica Omeba, 1968, p. 102 y sigte., nº 41; CIFUENTES, Santos, en el “Código Civil y leyes complementarias. Comentario, anotado y concordado” de BELLUSCIO, Augusto C. y ZANNONI, Eduardo A, Bs. Aires, Astrea, 1982, t. 4, ps. 145 y sigte., § 5; TRIGO REPRESAS - LOPEZ MESA, “Trat. de la resp. civil”, cit., t. I, p. 647, nº 1,2,b).

(11) SOURDAT, M.A. “Traité de la responsabilité civile en droit civil français”, 2ª ed., Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1951, t. I, p. 11, nº 17; MAZEAUD-TUNC, ob. cit., t. I, vol. II, p. 99 y sig., nº 451; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, ob. cit., t. VI, ps. 696 y 697, nº 497; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, ob. cit., t. IV, p. 568, nº 2860; DEMOGUE, René, “Traité des obligations en général”, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1924, t. III, p. 501, nº 303; SAVATIER, René, “Traité de la responsabilité civile en droit civil français”, 2ª ed., Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1951, t. I, p. 247, nº 199; LALOU, Henri, “Traité pratique de la responsabilité civile”, 4ª ed., Paris, Dalloz, 1949, p. 503, nº 833; LAURENT, F., “Principios de derecho civil”, trad. española, La Habana, Ed. Juan Buxo, 1914, v. XX, ps. 557 y 558, nº 446; DEMOLOMBE, Charles, “Cours de Code-Napoleon”, 3ª ed., Paris, Ed. A.

2046), peruano de 1936 (art. 1139) y también en el de 1984 (art. 1975), venezolano (art. 1186), polaco de las obligaciones (art. 138), etcétera.

Teóricamente, este último es el sistema más perfeccionado, puesto que en cada caso y atendiendo a las circunstancias personales del menor, se habrá de determinar si el mismo tiene o no discernimiento; mientras que con la solución rígida siempre se pueden dar casos que en realidad no encuadren dentro de los límites legales de edad prefijados, pese a lo cual y con la consiguiente “injusticia”, la norma habrá de resultar de inexcusable aplicación. Pero desde un punto de vista práctico, la fijación de un tope de edad a partir del cual la ley presume, sin admitir prueba en contra, que la persona goza de discernimiento, libera a la víctima del hecho ilícito del *onus probandi*, de la acreditación de una circunstancia que, verosíblemente, no le habría de resultar de fácil demostración, o al menos no exenta de dificultades. Razón por la cual preferimos el sistema rígido adoptado por nuestro Código, aun cuando en algunos casos concretos pueda conducir a soluciones contrarias a la realidad de las cosas.

III. Dementes

También existe inimputabilidad, si el acto ilícito es cometido por un demente, dado que será sin discernimiento y por lo tanto involuntario todo lo que ellos puedan hacer, mientras no lo sea en un intervalo lúcido (art. 921, Código Civil); por lo que no pueden generar, en principio, obligación alguna (art. 900). Resultando lógica entonces la ya citada disposición del artículo 1076, sobre que: “*El demente y el menor de diez años no son responsables de los perjuicios que causaren*”.

Sin embargo, la exención de responsabilidad del demente requiere el concurso de ciertos requisitos, que se pasan a considerar.

a) La demencia debe existir en el instante en que se produce el hecho ilícito

De ahí que no interese si se trata de un demente declarado o no, si goza de libertad o está recluido, o si su alteración mental es permanente o transitoria.

Durand - L. Hachette, 1927, t. XXXI, p. 428 y sigte., nº 495; RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean, “Tratado de derecho civil según el Tratado de Planiol”, trad. de Delia García Daireaux, Bs. Aires, La Ley, 1965, t. V, p. 67, nº 957.

La declaración de insania sólo tiene influencia respecto de los actos jurídicos realizados por el demente con posterioridad a la sentencia de interdicción; pero desde el punto de vista de la licitud de los actos hay que atenerse al momento en que el delito o cuasidelito se comete, puesto que aun tratándose de un demente declarado, bien podría suceder que hubiese actuado durante un intervalo lúcido, o después de curado pero antes de dictarse la sentencia de rehabilitación.

Siendo por todo ello que el artículo 921 del Código Civil reza que: "Los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren... actos de los dementes que no fuesen practicados en intervalos lúcidos..."; y que el artículo 1070 del Código Civil dispone que: "No se reputa involuntario el acto ilícito practicado por dementes en lúcidos intervalos, aunque ellos hubiesen sido declarados tales en juicio..." (12).

Sin embargo, existe una diferencia entre el demente declarado y el no interdicto, en punto a la responsabilidad civil: este último tendrá que probar su estado de demencia al tiempo de la comisión del hecho ilícito, para poder eximirse de responsabilidad, por cuanto conforme al artículo 140 del Código Civil: "Ninguna persona será habida por demente, para los efectos que en este Código se determinan, sin que la demencia sea previamente verificada y declarada por juez competente"; en tanto que en el caso del demente declarado, habrá de ser quien reclame la indemnización el que deba probar que el interdicto se hallaba durante un intervalo lúcido, en el momento de cometer el delito o cuasidelito (13).

(12) CAMMAROTA, "Responsabilidad extracontractual", cit., t. I, p. 60 y sigte., núms. 46 y 47; SALVAT-ACUÑA ANZORENA, "Fuentes de las obligaciones", cit., t. IV, p. 51, n° 2719; COLOMBO, "Culpa aquiliana", cit., p. 183, n° 67; AGUIAR, "Hechos y actos jurídicos...", cit., t. I, p. 63, n° 27, b); BORDA, "Tratado... Obligaciones", cit., t. II, p. 251, n° 1331; ARAUZ CASTEX, Manuel, "Derecho civil. Parte general", Bs. Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1974, t. I, p. 405, n° 756; LLAMBIAS, Jorge Joaquín, "Tratado de derecho civil. Parte general", 7ª ed., Bs. Aires, Perrot, 1978, t. I, p. 526, n° 764; DE GASPERI-MORELLO, "Tratado de derecho civil", cit., v. IV, p. 32, n° 1705; SPOTA, "Tratado de derecho civil", cit., t. I, vol. III, sub. 2, p. 273 y sigtes., n° 822; ORGAZ, Alfredo, "Personas individuales", Buenos Aires, Depalma, 1946, p. 367, n° 30; ídem, "La culpa", cit., ps. 52-56, n° 17; BUSTAMANTE ALSINA, "Teoría general de la responsabilidad civil", cit., ps. 331 y sigte., n° 765; BOFFI BOGGERO, "Tratado de las Obligaciones", cit., t. I, p. 104; GHERSI, "Reparación de daños", cit., p. 204.

(13) SEGOVIA, Lisandro, "El Código Civil de la República Argentina", 2ª ed., Bs. Aires, Ed. La Facultad, 1933, t. I, art. 922, nota 13 *in fine*, p. 250; CIFUENTES en el "Código Civil..." de

b) La alienación debe ser total

Ha de implicar una alteración de las facultades mentales que prive al sujeto por completo del discernimiento.

Y de ahí que la exención de responsabilidad no alcance a las personas cuyo desarreglo mental no reúna aquellas condiciones y que se ubican en la categoría que algunos autores denominan de "semialienados" (14).

Estos últimos no estaban expresamente contemplados en nuestro Código Civil, pero su situación fue en cambio prevista en la reforma de la ley 17.711/68, en los incisos 1 y 2 de su artículo 152 bis, que dice: "Podrá inhabilitarse judicialmente: 1º) A quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio; 2º) A los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio..."

Se trata pues, en efecto, de aquellos estados intermedios, que sin llegar a constituir propiamente enfermedades mentales, colocan sin embargo a quienes los padecen en una situación de notoria inferioridad en

BELLUSCIO-ZANNONI, cit., t. 4, p. 148, § 7; SALVAT, Raymundo M. - LOPEZ OLACIREGUI, José María, "Tratado de derecho civil argentino. Parte general", Ed. del Cincuentenario, Bs. Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1964, t. II, p. 181, n° 1575-IV-C); AGUIAR, "Hechos y actos jurídicos...", cit., t. I, p. 63 y sigtes., n° 27, B); LLERENA, Baldomero J., "Concordancias y comentarios del Código Civil argentino", 2ª ed., Bs. Aires, Ed. Jacobo Peuser, 1900, t. IV, p. 139, n° 1, art. 1070; MACHADO, José Olegario "Exposición y comentario del Código Civil argentino", 2ª ed., Bs. Aires, M. A. Rozas, 1915, t. III, art. 1070, p. 350 en nota; COLOMBO, "Culpa aquiliana", cit., p. 183, n° 67, 2º; ARAUZ CASTEX, "Derecho civil. Parte general", cit., t. I, p. 405, n° 756; ORGAZ, "La culpa", cit., ps. 56 y 57, n° 18; LLAMBIAS, "Tratado... Obligaciones", cit., t. III, ps. 682 y 683, n° 2262 y nota 148; PALMERO, "El daño involuntario", cit., ps. 40 y 41. En contra: CAMMAROTA, "Responsabilidad extracontractual", cit., v. I, p. 61 y sigte., n° 47; LLAMBIAS, "Tratado... Parte general", cit., t. I, p. 527, n° 765, quienes entienden que la sentencia de interdicción no ejerce ninguna influencia, debiendo pues probar los representantes del insano declarado, la demencia del autor en el momento en que cometió el hecho.

(14) CAMMAROTA, "Responsabilidad extracontractual", cit., t. I, p. 61, n° 46; ARAUZ CASTEX, "Dcho. civil. Parte general", cit., t. I, p. 399 y sigte., n° 745 y p. 427 y sigtes., n° 804; FANTONI, Bruno Alberto Luis, "Los semialienados en la legislación civil argentina", en JA, 1968-V-834 y sigtes.

la vida de relación (15). Lo cual resulta suficiente para evidenciar que en tales casos, en general, subsiste la responsabilidad civil por hechos ilícitos, ya que: "los individuos cuyas facultades mentales están alteradas... clasificados como semialienados o semirresponsables, serán en principio civilmente responsables de sus actos"; puesto que a pesar de sus deficiencias o alteraciones psíquicas, su proceso volitivo no estará en ellos alterado, sino que serán conscientes de lo que hacen y habrán de realizarlo voluntariamente (16).

Corroborar esta opinión la circunstancia de que la incapacidad de estos "semialienados", lo es bajo el solo aspecto del otorgamiento de actos jurídicos, lo cual se desprende de las siguientes circunstancias: 1º con relación a los ebrios consuetudinarios y toxicómanos, la inhabilitación corresponde expresamente cuando por tales motivos "estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio"; y en lo que atañe a las personas con un déficit mental, si bien la redacción del nuevo texto legal —"el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio"— no resulta tan precisa, cabe asimismo interpretar por analogía de situaciones, que la inhabilitación también lo es únicamente para el otorgamiento de actos jurídicos; y 2º a mayor abundamiento, dicha conclusión se refirma cuando se advierte cuáles son las atribuciones conferidas a los curadores de dichos inhabilitados, las que se limitan a una mera función de "asistencia", precisamente para el otorgamiento por parte del inhabilitado de los actos jurídicos de disposición de bienes entre vivos, y excepcionalmente para actos de administración, si la sentencia de inhabilitación así lo hubiera dispuesto expresamente (párrafos 3º y 4º del art. 152 bis del Código Civil, introducido por la ley 17.711/68). De forma que el curador ni siquiera los sustituye en el otorgamiento de tales actos, como sucede en el caso de representación de los incapaces, sino que su voluntad viene sólo a completar simplemente,

(15) LLAMBIAS, "Parte general", cit., t. I, p. 486, nº 712; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "El nuevo régimen de las incapacidades según la reciente reforma del Código Civil", en LA LEY, 130-1055, nº XV, y en "Responsabilidad civil y otros estudios", Bs. Aires, Abeledo-Perrot, 1984, ps. 41 y sigtes., nº XV.

(16) DEMOGUE, ob. cit., t. III, p. 505 y sigte., nº 305; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, ob. cit., t. VI, ps. 698 y 699, nº 498; MAZEAUD-TUNC, ob. cit., t. I, vol. II, p. 124 y sigtes., núms. 476-481; CAMMAROTA, "Responsabilidad extracontractual", cit., t. I, p. 61, nº 46; y ps. 64 y sig., nº 49; LLAMBIAS, "Tratado... Obligaciones", cit., t. III, ps. 685 y 686, nº 2264. En contra: ORGAZ, "La culpa", cit., ps. 57 y 58, nº 19.

te, mediante una manifestación de anuencia o conformidad, la voluntad del inhabilitado (17).

Sin perjuicio de lo expuesto, de no compartirse el criterio preexpuesto, forzoso sería al menos admitir que en el caso de los inhabilitados del artículo 152 bis, inciso 1º, no sería procedente declarar la inimputabilidad por los hechos ilícitos; puesto que según se verá a continuación, la embriaguez o alteración mental por uso de estupefacientes debe ser "involuntario" con respecto al autor del daño, para poder excusar su responsabilidad civil —artículo 1070, segunda parte del Código Civil—; requisito éste que obviamente no se da en los supuestos de ebriedad o toxicomanía "habitual", que es precisamente el contemplado en esta disposición legal.

c) La enfermedad mental no debe ser consecuencia de hábitos viciosos del propio insano

Por cuanto de lo contrario existiría *ab initio* un acto voluntario y culpable del mismo, que sería suficiente para hacerlo responsable del hecho ilícito (18).

En consecuencia, si se dan los requisitos premencionados, los alienados mentales serán *prima facie* inimputables; sin perjuicio, claro está, de la responsabilidad de sus curadores; lo que constituye por cierto una cuestión que excede del tema del presente trabajo.

Por el contrario, en el Código Civil de Cuba se establece que: "No excluye la responsabilidad civil la circunstancia de que el hecho que

(17) ARAUZ CASTEX, "Dcho. civil. Parte general", cit., t. I, p. 431, nº 812; LLAMBIAS, "Tratado... Obligaciones", cit., t. III, p. 686, nº 2264; ídem, "Tratado... Parte general", cit., t. I, p. 415, nº 610; GARRIDO, Roque - ANDORNO, Luis, "Reformas al Código Civil. Ley 17.711 comentada", Bs. Aires, Ed. Víctor P. De Zavalla, 1969, t. I, p. 62 y sigte.

(18) MAZEAUD-TUNC, ob. cit., t. I, vol. II, p. 119, nº 473; SOURDAT, ob. cit., t. I, p. 12 y sigte., nº 19; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, ob. cit., t. IV, p. 568, nº 2861; DEMOGUE, ob. cit., t. III, ps. 507 y 508, nº 386; SAVATIER, ob. cit., t. I, p. 251, nº 203; LALOU, ob. cit., p. 503, nº 829; SALVAT-ACUÑA ANZORENA, "Fuentes de las obligaciones", cit., t. IV, p. 51 y sigte., nº 2720; COLOMBO, "Culpa aquiliana", cit., p. 182 y sigte., nº 67; AGUIAR, "Hechos y actos jurídicos...", cit., t. II, p. 209 y sigs., nº 28; PALMERO, "El daño involuntario", cit., p. 49; KEMELMAJER DE CARLUCCI, en el "Código Civil..." cit. de BELLUSCIO-ZANNONI, t. 5, p. 51, art. 1070, § 6.

ocasionó el daño o perjuicio fuera causado por su autor en estado de enajenación mental, trastorno mental transitorio o desarrollo mental retardado..." (art. 99.2.).

IV. Perturbaciones accidentales

La demencia accidental, como es la que puede producirse por ejemplo por una fiebre elevada en ciertas enfermedades, puede dar lugar a situaciones de privación total de la razón; en cuyo supuesto los actos realizados durante tal estado también deben ser considerados como involuntarios, según así lo dispone la parte final del artículo 921, que reputa como hechos sin discernimiento a "...los practicados por los que, por cualquier accidente, están sin uso de razón".

Y ello es así, por cuanto el carácter habitual o transitorio de la demencia carece de importancia a los efectos de la irresponsabilidad, siempre que en el momento de la comisión del hecho ilícito ella sea absoluta; esto es, que las facultades mentales del individuo se encuentren totalmente abolidas, ya que esto es lo que descarta la imputabilidad y, por ende, la responsabilidad. E idénticas razones determinan que se adopte el mismo temperamento con respecto de aquellas personas que ocasionan un daño en una crisis epiléptica, histérica o de sonambulismo, o en un estado hipnótico no provocado voluntariamente; pues en todos esos supuestos el sujeto se encuentra privado de razón, por lo que el daño no puede serle imputado (19).

Este criterio fue adoptado por el *Anteproyecto* de Biliboni en su artículo 1387, inciso 1, que decía: "No responden por sus actos ilícitos:

(19) MAZEAUD-TUNC, ob. cit., t. I, vol. II, p. 116 y sigte., n° 470; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, ob. cit., v. IV, p. 569, n° 2862; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, ob. cit., t. VI, ps. 698 y 699, n° 498; DEMOGUE, ob. cit., t. III, ps. 507 y 508, n° 308; SALVAT-ACUÑAANZORENA, "Fuentes de las obligaciones", cit., t. IV, p. 53, n° 2723, n° 20, a); p. 54, n° 2724, a); BORDA, "Tratado... Obligaciones", cit., t. II, p. 251 y sigte., n° 1332; COLOMBO, "Culpa aquiliana", cit., p. 184 y sigtes., n° 68; LAFAILLE, Héctor, "Tratado de las obligaciones", Bs. Aires, Ediar, 1950, t. II, p. 334, n° 1235; AGUIAR, "Hechos y actos ilícitos...", cit., t. II, p. 209 y sigtes., n° 28; CIFUENTES en el "Código Civil..." cit. de BELLUSCIO-ZANNONI, t. 4, p. 149, § 9. Comparar: ORGAZ, "La culpa" cit., p. 59, n° 19 y LLAMBIAS, "Tratado... Obligaciones", cit., t. III, p. 685, n° 2263, para quienes basta que la inconciencia sea "esencial", es decir lo suficientemente intensa como para tener por cierto que el sujeto estuvo privado de razón o no pudo reprimir sus impulsos; no siendo pues necesario que sea total o absoluta.

1º) Los que los ejecutan en estado de perturbación mental permanente o accidental que les prive de discernimiento. Son responsables cuando los ejecutan en intervalos lúcidos..."; y por el Proyecto de reformas de 1936, en su artículo 868, inciso 1: "No responden por sus actos ilícitos: quienes proceden en un estado de perturbación mental permanente o transitorio, que les prive de discernimiento; a menos de haberse realizado el acto en un intervalo lúcido...".

V. Ebriedad y toxicomanía

Nuestro Código Civil establece en la segunda parte de su artículo 1070, que no se reputan involuntarios los actos ilícitos "...practicados en estado de embriaguez, si no se probare que ésta fue involuntaria".

En consecuencia, el principio general es el de la responsabilidad; el hecho ilícito es imputable, ya que el daño estaría precedido por la culpa del sujeto en haber bebido más allá de su grado de tolerancia alcohólica.

Empero como excepción, se admite que la embriaguez pueda constituirse en causal de inimputabilidad, cuando concurren estos dos recaudos: 1º) que haya sido involuntario, es decir que no haya habido culpa por parte del individuo beodo, como sucedería por ejemplo en el caso de haber sido provocada la beodez por maniobras de un tercero; y 2º) que haya dado lugar a un estado de inconciencia tal que el discernimiento haya desaparecido. Siendo obvio que la carga de la prueba corresponderá a quien invoque la ebriedad como causal exculpatoria (20).

Por analogía, aunque no estén previstos expresamente, deben ser resueltos los casos en que el acto ilícito se comete en un estado de pertur-

(20) KEMELMAJER DE CARLUCCI en el "Código Civil..." cit. de BELLUSCIO-ZANNONI, t. 5, pp. 51 y sigte., § 7 y 9; CIFUENTES en el "Código Civil...", cit. de BELLUSCIO-ZANNONI, t. 4, p. 150, art. 921, § 9; SALVAT-ACUÑAANZORENA, "Fuentes de las obligaciones", cit., t. IV, p. 52 y sig., n° 2721; LLAMBIAS, "Tratado... Obligaciones", cit., t. III, p. 684 y 685, n° 2263; ORGAZ, "La culpa", cit., pp. 58 y 59, n° 19; BUSTAMANTE ALSINA, "Teoría general de la responsabilidad civil", p. 332, núms. 767 y 768; MOSSET ITURRASPE, "Responsabilidad por daños", cit., t. I, ps. 111 y 112, n° 47; PALMERO, "El daño involuntario", cit., ps. 48 y 49; CAMMAROTA, "Responsabilidad extracontractual", cit., t. I, p. 67 y sigte., núms. 53 y 54; LAFAILLE, "Tratado de las obligaciones", cit., t. II, p. 334, n° 1235; AGUIAR, "Hechos y actos jurídicos...", cit., t. II, p. 209 y sigtes., n° 28; BORDA, "Tratado... Obligaciones", cit., t. II, p. 252, n° 1332; COLOMBO, "Culpa aquiliana", cit., p. 184 y sigs., n° 68; MAZEAUD-TUNC, ob. cit., t. I, vol. II, p. 117 y sigtes., núms. 471-473.

bación mental provocado por el uso de estupefacientes u otros tóxicos similares: el autor será responsable si incurrió en culpa al entregarse voluntariamente al uso de aquéllos, pero no lo será en cambio si demuestra que llegó a tal estado inducido por terceros contra su voluntad o si mediaron indicaciones médicas accidentalmente excedidas (21).

VI. Sordomudos que no saben darse a entender por escrito

Distinto de los estudiados precedentemente, es el caso de los sordomudos que no saben darse a entender por escrito; pese a estar éstos también incluidos, al igual que los dementes y menores impúberes, entre los incapaces absolutos de hecho (art. 54, inc. 4, Código Civil).

En efecto, el sordomudo propiamente tal no está privado de discernimiento, sino sólo de poder exteriorizar su voluntad; por lo que su declaración de incapacidad y sumisión a curatela no se origina en la falta de ninguna de las condiciones internas de aquélla sino en la necesidad de protegerlos, atento la situación de inferioridad en que se encuentran en la vida de relación con respecto a los otros individuos de la comunidad, precisamente por esa imposibilidad de comunicarse con los demás mediante la palabra hablada o escrita.

De ahí que los hechos ilícitos de los sordomudos sean totalmente independientes de los efectos de su interdicción, y que los mismos deban reputarse plenamente responsables por los mismos. Esto es así por cuanto las irresponsabilidades establecidas por el Código Civil se fundan en la falta de discernimiento, y en el caso de los puramente sordomudos que no carecen de él, los actos ilícitos que hubiesen podido cometer los habrán llevado a cabo entonces: o imprudentemente o a designio, con plena conciencia del acto y de sus conse-

(21) MAZEUD TUNC, ob. cit., t. I, vol. II, p. 118, nº 473; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, ob. cit., t. IV, p. 569, nº 2862; DEMOGUE, ob. cit., t. III, ps. 507 y 508, nº 308; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, ob. cit., t. VI, ps. 698 y 699, nº 498; CAMMAROTA, "Responsabilidad extracontractual" cit., t. I, p. 68, nº 55; LAFAILLE, "Tratado de las obligaciones", cit., t. II, p. 334, nº 1235; SALVAT-ACUÑAANZORENA, "Fuentes de las obligaciones", cit., t. IV, p. 54, nº 2724; BORDA, "Tratado... Obligaciones", cit., t. II, p. 252, nº 1332; COLOMBO, "Culpa aquiliana", cit., p. 185, nº 68; BUSTAMANTE ALSINA, "Teoría general de la responsabilidad civil", cit., p. 332, nº 766; MOSSET ITURRASPE, "Responsabilidad por daños", cit., t. I, ps. 110-112, nº 47; ORGAZ, "La culpa", cit., ps. 58 y 59, nº 19; LLAMBIAS, "Tratado... obligaciones", cit., t. III, ps. 684 y 685, nº 2263.

cuencias (22). Salvo, claro está, que la sordomudez pudiese obedecer a una tara mental, en cuyo supuesto la causal de inimputabilidad sería entonces la demencia y no por cierto aquella sordomudez.

VII. El resarcimiento de equidad después de la reforma de la ley 17.711/68

a) Antecedentes

En los supuestos precedentemente considerados, la solución de nuestro Código Civil era la irresponsabilidad del autor del hecho frente al damnificado, ya que "*los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento... no producen de por sí, obligación alguna*" (art. 900, Código Civil). Ello sin perjuicio de que el autor del hecho dañoso hubiera podido responder en la medida de algún enriquecimiento experimentado en su patrimonio como consecuencia de aquel acto suyo (art. 907, Código Civil), y también, como ya se viera, de la responsabilidad indirecta de los terceros a cargo o guarda de los incapaces —padres, tutores, curadores, etc.— (23).

En el derecho comparado en cambio, no eran pocas las legislaciones que no obstante la inimputabilidad del agente, autorizaban sin embargo a los jueces para acordar a la víctima una reparación a cargo del incapaz, fundada en razones de equidad y en consideración a la respectiva situación económica de las partes. Algunos códigos lo limitan al supuesto de que el resarcimiento no pueda obtenerse de los terceros que tenían bajo su cuidado al incapaz, como: el Código Civil alemán (art. 829), el peruano de 1936 (art. 1140), el polaco de las obligaciones

(22) ORGAZ, "Personas individuales", cit., p. 376, nº 5; CAMMAROTA, "Responsabilidad extracontractual", cit., t. II, p. 506, nº 360; AGUIAR, "Hechos y actos jurídicos...", cit., t. III, p. 81 y sigte., nº 102, b); BORDA, "Tratado... Parte general", cit., t. I, p. 507, nº 573; ARAUZ CASTEX, "Derecho civil. Parte general", cit., t. I, p. 421, nº 791; SPOTA, "Tratado de derecho civil", cit., t. I, vol. III, sub 1, p. 246, nº 659; REZZONICO, "Estudio de las obligaciones", cit., t. II, p. 1361, quien además menciona en esta postura a GALLI pero sin individualizar la obra, la que no hemos podido localizar; LLAMBIAS, "Tratado... Obligaciones", cit., t. III, ps. 686 y 687, nº 2265. En contra: ORGAZ, "La culpa", cit., p. 58, nº 19, para quien: "El sordomudo, interdicto o no, que carece de desarrollo mental por falta de educación, es también, en principio inimputable, a menos que se acredite, por el examen médico y las circunstancias del caso, que es capaz de suficiente conciencia como para atribuirle psíquicamente el acto".

(23) CAMMAROTA, "Responsabilidad extracontractual", cit., t. I, ps. 62 y sigte., nº 48.

(art. 143), el venezolano (art. 1187), y el italiano de 1942 (art. 2047, apartado 2º); mientras que otros con mayor latitud establecen que: "Si la equidad lo exige, el juez puede condenar a una persona, aun incapaz de discernimiento, a la reparación total o parcial del daño que ha causado", tal como textualmente lo dispone el artículo 54 del Código federal suizo de las obligaciones, y de manera similar la ley belga del 16 de abril de 1935, que añade: "El juez decidirá según la equidad, teniendo en cuenta las circunstancias y la situación de las partes"; y a su turno el Código Civil soviético de 1922 dispone en su artículo 406 que: "En los casos en que conforme a los artículos 403 a 405, la persona que cause un daño no esté obligada a resarcirlo, el tribunal, teniendo en cuenta la situación económica del autor y de la víctima, lo puede obligar a hacerlo".

Entre nosotros destacados autores habían observado los inconvenientes y situaciones de injusticia que, tratándose de hechos ilícitos, podía traer aparejado el principio de la irresponsabilidad de las personas sin discernimiento; para lo cual basta con pensar en la hipótesis de un insano millonario (o de sólida posición económica) que atropella con un auto a una persona carente o de muy pocos recursos y único sostén de su familia, en cuyo supuesto: el alienado no sería responsable, mientras que la viuda e hijos de la víctima tendrían que soportar la agravación de su ya penosa situación, ante la pérdida del jefe y sostén de la familia. Siendo por ello que, con fundamento en razones de equidad y solidaridad social, desde hace mucho tiempo se había venido defendiendo en nuestro país, la conveniencia de una repartición de los daños entre la víctima y el responsable, en atención precisamente a las posibilidades económicas de cada uno de ellos (24). Habiéndose propiciado en tal sentido en el artículo 140 del Anteproyecto del año 1954, que: "Los actos involuntarios no comprometen la responsabilidad del agente. Sin embargo, el juez podrá, fundado en la equidad, distribuir el daño proveniente de un acto involuntario entre el agente y el damnificado, en proporción de su respectiva fortuna" (25).

(24) SALAS, Acdeel E., "Estudios sobre la responsabilidad civil", Bs. Aires, Ed. Valerio Abeledo, 1947, ps. 67-76, especialmente ps. 75 y 76, núms. 28 y 29; AGUIAR, "Hechos y actos jurídicos...", cit., t. I, p. 295 y sigtes., nº 112, especialmente p. 309 y sigs., núms. VI y VII; SALVAT-ACUÑA ANZORENA, "Fuentes de las obligaciones", cit., t. IV, p. 48 y sigtes., nº 2718; LLAMBIAS, "Tratado... Parte general", cit., t. II, p. 297 y sigtes., núms. 1423-1424; BORDA, "Tratado... Parte general", cit., t. I, p. 493, nº 550; ídem, "Tratado... Obligaciones", cit., t. II, p. 251, nº 1331; COLOMBO, "Culpa aquiliana", cit., p. 180 y sigtes., nº 67.

(25) "Anteproyecto de Código Civil de 1954", Univ. Nac. de Tucumán, 1968, ps. 109 y 110; LLAMBIAS, "Tratado... Parte general", cit., t. II, p. 299, nº 1424. Esto fue criticado por

b) El agregado al artículo 907 del Código Civil

La reforma de la ley 17.711/68, vino a ubicar a nuestro Código dentro de esta moderna tendencia, al agregar al artículo 907 un segundo párrafo que, correlacionado con el texto anterior que se mantiene, viene a decir algo bastante similar al mencionado Anteproyecto de 1954: "Cuando por los hechos involuntarios se causare a otro algún daño en su persona y bienes... los jueces podrán... disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundados en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima".

c) Presupuestos de aplicación

La lectura de este nuevo texto, induce a las siguientes reflexiones sobre el sentido y alcances del mismo:

1) Ante todo, aunque ello no surja del contexto del artículo, es obvio que la responsabilidad que se instaura por daños ocasionados por actos involuntarios, sólo habrá de existir para los actos objetivamente ilícitos o contrarios al ordenamiento jurídico, ya que carecería de sentido su aplicación a actos involuntarios dañosos que no fuesen antijurídicos, tal como por ejemplo lo sería el daño causado a su atacante por un menor de diez años o un insano, al tiempo de defenderse legítimamente contra su injusta agresión. Puesto que si para que nazca la responsabilidad civil extracontractual es necesario que la conducta del agente culpable importe la violación de una norma jurídica, *a fortiori* (con mucha mayor razón) idéntico requisito debe exigirse para dar nacimiento a la responsabilidad de las personas sin discernimiento, por sus actos involuntarios dañosos (26);

BORDA, quien afirmaba que: "La regla no nos parece afortunada, pues no tiene sentido medir los patrimonios respectivos para saber si procede o no la indemnización. Lo fundamental es que la víctima de un daño sea reparada. Eso es lo que exige la equidad y la justicia" ("Tratado... Parte general", 3a ed., t. I, p. 425, nº 551).

(26) SALAS, Acdeel E., "La responsabilidad civil contractual y extracontractual" en "Revista del Colegio de Abogados de La Plata", año X, Nº 21, julio-diciembre 1968, p. 286, nº III; ídem, "La responsabilidad en la reforma del Código Civil", en JA, Doctrina 1969, p. 424, nº 17 y en "Obligaciones, contratos y otros ensayos", Bs. Aires, Depalma, 1982, p. 374, nº 17; LARENZ, Kart, "Derecho de obligaciones", trad. de Jaime Santos Briz, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1858, t. II, ps. 573 y 574, § 65, II; SANTOS BRIZ, Jaime, "Derecho de daños", Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1963, p. 94, cap. V, letra B) y nota 69;

2) El resarcimiento "*fundado en razones de equidad*" del nuevo apartado del art. 907 del Código Civil, es facultativo para el juez, quien por lo tanto podrá o no acordarlo, puesto que "*todo queda librado a la ponderación del magistrado*" (27); y

3) Aun en caso afirmativo, se está lejos de la reparación integral propiciada en materia de indemnización de daños y perjuicios, sobre la base de lo dispuesto en los artículos 1068, 1069, 1077, 1079, 1109 y concordantes del Código Civil, dado que el resarcimiento en estos casos habrá de estar siempre condicionado y limitado por "*la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima*", todo lo cual puede derivar en una indemnización minimizada en relación con la verdadera entidad del daño causado (28).

d) Fundamento de "equidad"

Por todo ello se puede afirmar que el nuevo texto no establece propiamente una indemnización de daños y perjuicios, sino un "*resarcimiento de equidad*" (29). Pues como bien lo señalara Acuña Anzorena: "*Para*

PALMERO, "El daño involuntario", cit., ps. 180 y 181, § 13; CARRANZA, Jorge A., "Responsabilidad por los hechos involuntarios", en "Examen y crítica de la reforma del Código Civil", La Plata, Editora Platense, 1971, t. II, p. 145; BORDA, "Tratado... Obligaciones", cit., t. II, p. 265, n° 1343-b) y nota 2129; BREBBIA, Roberto H. "Hechos y actos jurídicos", Bs. Aires, Astrea, 1979, t. I, p. 169, § 4; CIFUENTES en el "Código civil..." cit. de BELLUSCIO-ZANNONI, t. 4, p. 98, art. 908, § 4; STIGLITZ, Gabriel A. "La reparación de los daños involuntarios" en el t. 30 de la Revista "Zeus", Rosario, Sección Doctrina, p. 91, n° IV-2.

(27) RAFFO BENEGAS, Patricio y SASSOT, Rafael Alejandro "*Indemnización por razones de equidad*", en JA, Doctrina 1970, p. 773; MOSSET ITURRASPE, "Responsabilidad por daños", cit., t. I, p. 251, n° 100; LLAMBIAS, "Tratado... Parte general", cit., t. II, ps. 301 y sigte., n° 1424-ter, letra a); CARRANZA, ob. cit. en el t. II de "Examen y crítica de la reforma del Código Civil", ps. 145; BORDA, Guillermo A., "La reforma del Código Civil, responsabilidad extracontractual", en ED, 30-814, n° 7; ídem, "Tratado... Obligaciones", cit., t. II, p. 265, n° 1343-b).

(28) RAFFO BENEGAS y SASSOT, ob. cit., en JA, Doctrina 1970, p. 773; MOSSET ITURRASPE, "Responsabilidad por daños", cit., t. I, p. 251, n° 100; ORGAZ, "La culpa" cit., ps. 44, n° 13 y 96, n° 38.

(29) LLAMBIAS, "Tratado... Parte general", cit., t. II, p. 300 y sigte., n° 1424 bis; ídem, "Ley 17.711: reforma del Código Civil" en JA, 1968-VI-905 y 906, n° 9-II; ORGAZ, "La culpa" cit., ps. 44, n° 13 y 96, n° 38; BORDA, "La reforma del Código civil", cit. en ED, 30-813 y 814; ídem, "Tratado... Obligaciones", cit., t. II, p. 265, n° 1343 b); RAFFO BENEGAS y SASSOT, ob. cit. en JA, Doctrina 1970, p. 772; PALMERO, "El daño involuntario", cit., p. 150 y sigtes.; LARENZ, ob. cit., t. II, p. 572, § 65-II; SANTOS BRIZ, ob. cit., p. 95; STIGLITZ, ob. cit. en el t. 30 de la Revista "Zeus", Sección Doctrina, p. 90 y sigte., n° IV-1; SC Mendoza, sala IIª, 2-5-75, "Lucero", JA, 28-1975, p. 585.

quienes vemos en la responsabilidad una consecuencia necesaria de la idea de culpa, la indemnización que en estos casos se acuerda no es a aquel título, como sanción a un comportamiento reprochable, sino en consideración a un deber de asistencia, como que el resarcimiento se acuerda conforme a la situación respectiva de los interesados" (30).

O sea que la nueva norma se ajusta al "*fundamento de equidad*" al que expresamente alude, que inspirara a la doctrina anterior enrolada en la tesitura ahora acogida en la reforma de la ley 17.711/68; y "*tal tendencia no trata de sustituir el criterio subjetivo de responsabilidad por otro criterio que se atuviera a la mera imputabilidad física y no moral, por cuanto ese enfoque sería indudablemente injusto al obligar a responder a sujetos carentes de la facultad de conocer y aceptar las derivaciones de sus actos. Pero sí postula, respetando el principio, la conveniencia de invocar esa noción superior del orden jurídico que es la equidad, para arribar, en función de diversas circunstancias, al resarcimiento siquiera parcial del daño involuntario; es que si es injusto exigir responsabilidad al moralmente irresponsable, es también manifiestamente inequitativo dejar al inocente, damnificado, soportar toda la pérdida sufrida*" (31).

e) No subsidiariedad de la acción indemnizatoria

Además, el nuevo artículo tampoco supedita el resarcimiento a que la víctima no hubiese podido obtener la reparación del tercero que tenía bajo su guarda al incapaz, como lo hacen la mayoría de las legislaciones extranjeras anteriormente mencionadas, lo cual posibilita en teoría el

(30) ACUÑA ANZORENA, "adiciones" a SALVAT "Fuentes de las obligaciones" cit., t. IV, p. 50, n° 2718, *in fine*; ídem "Consideraciones sobre la capacidad patrimonial del autor de un cuasidelito en la determinación del perjuicio indemnizable", en el N° 11/12 de la Revista "Jus", La Plata, pp. 16 y 17; LLAMBIAS, ob. cit. en JA, 1968-VI-906, n° 9-II-C.

(31) LLAMBIAS, ob. cit. en JA, 1968-VI-904, n° 9-I; PALMERO, "El daño involuntario", cit., p. 168; RAFFO BENEGAS y SASSOT, ob. cit. en JA, Doctrina 1970, p. 772; SC Mendoza, sala II, 7-3-73, "Moya, Elías", JA, 20-1973-755. En contra: SALAS, ob. cit. en el N° 21 de la "Revista del Colegio de Abogados de La Plata", p. 286, n° III, donde dice: "La llamada ley 17.711 agregó un apartado al art. 907, por el que se establece la responsabilidad de las personas sin discernimiento (aunque el apartado no lo diga, se refiere a los casos de ilicitud objetiva, no a cualquier daño causado por ellos); esta ilicitud objetiva, aparece ahora como el fundamento de la responsabilidad civil; es decir que se ha pasado de una responsabilidad de tipo subjetivo a una de tipo objetivo"; ídem "La responsabilidad en la reforma del Código Civil" en JA, Doctrina 1969, p. 424, n° 17 y en "Obligaciones, contratos y otros ensayos" cit., p. 374, n° 21. En similar sentido BUSTAMANTE ALSINA, "Teoría General..." cit., ps. 461 y sigte., núms. 1199 y 1205.

ejercicio de la acción indemnizatoria contra el autor material del hecho ilícito y con prescindencia de la persona civilmente responsable (32).

Palmero ha sostenido por el contrario, que el *in fine* del artículo 907 del Código Civil sólo funciona subsidiariamente, cuando no sean posibles las acciones contra los terceros civilmente responsables por el hecho de las personas sin discernimiento (art. 908, Código Civil); argumentando sobre “*el sentido mismo*” de la indemnización de equidad, pues —dice— si con esto “*lo que se quiere corregir son los casos donde la aplicación de la ley resulta excesivamente rigurosa en atención a las peculiaridades que ofrece al juzgador, hace a la naturaleza misma de la equidad que venga en auxilio de la víctima cuando ésta no tenga realmente otro medio para obtener una reparación*” (33).

Nosotros insistimos en lo ya expuesto precedentemente, ya que ante todo, como lo admite el propio Palmero, dicha subsidiariedad no surge de la ley, y *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*; y además, por cuanto nada tiene de “inequitativo” que se posibilite la acción directa contra el autor del daño de sólida situación patrimonial, obviándose así una previa demanda y excusión contra el tercero civilmente responsable, quizá condenada *ab initio* al fracaso, o al menos abriéndose en todos los casos directamente, la vía judicial contra el verdadero causante del perjuicio.

f) Pautas a computar

De todas maneras cabe señalar que en la práctica, *a priori* tal acción directa contra el insano responsable no habrá de resultar aconsejable, en razón de que: mientras en la responsabilidad refleja del tercero encargado de la guarda del “sin discernimiento”, podrá jugar *prima facie* el principio de la reparación integral del daño, en cambio en la acción contra el incapaz causante del daño, todo queda circunscripto a los límites del “*resarcimiento de equidad*” según se acaba de ver.

(32) SALAS, ob. cit. en el N° 21 de la “Revista del Colegio de Abogados de La Plata”, p. 286; TRIGO REPRESAS, Félix A. “La responsabilidad extracontractual en la reforma del Código Civil”, en el mismo N° 21 de la Revista del Colegio de Abogados de La Plata, p. 310, n° 2; RAFFO BENEGAS y SASSOT, Ob. cit. en JA, Doctrina 1970, p. 773; CARRANZA, ob. cit. en el t. II de “Examen y crítica de la reforma del Código Civil”, ps. 145 y 146; STIGLITZ, ob. cit. en el t. 30 de la Revista “Zeus”, sección doctrina, p. 92, n° V-1; BREBBIA, “Hechos y actos jurídicos”, cit., t. I, p. 173, § 9.

(33) PALMERO, “El daño involuntario” cit., ps. 188-193, § 16.

Aunque sin embargo la diferencia entre una y otra acción puede no ser en definitiva tan radical como parece, dado que después de la reforma de la ley 17.711/68 también puede el juez, tratándose de hechos ilícitos culposos, apartarse del principio de la reparación integral en la acción deducida contra el tercero responsable, conforme al agregado introducido al artículo 1069, que reza que: “*al fijar las indemnizaciones por daños, podrán (los jueces) considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativo*”. No obstante que, empero, pese a ser similares no son idénticos ambos supuestos: pues en el caso del artículo 907, como ya se dijo, el juez puede o no conceder el resarcimiento, y si lo acuerda está además facultado para fijarlo atendiendo a las respectivas situaciones patrimoniales de ambas partes, autor y víctima; mientras que en el del artículo 1069, el juez debe otorgar la indemnización, aunque pueda reducirla teniendo en cuenta el estado patrimonial del deudor (34). O sea que mientras para los hechos ilícitos involuntarios existe un doble tope: “situación patrimonial” de la víctima y “patrimonio” del victimario, para los ilícitos culposos hay uno solo: la “situación patrimonial” del victimario (35).

Y digamos además que asiste razón a Gabriel Stiglitz, cuando apunta que el artículo 907 del Código Civil hace referencia a “*la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima*”, lo que importa una distinción gramatical, que “*debe necesariamente justificarse en una diversidad de razones queridas por el legislador...*”; o sea que habrá que ponderar “*la situación personal del damnificado para soportar los daños, teniendo en cuenta que su mayor debilidad física y espiritual (aspectos perfectamente desligables de lo patrimonial), de acuerdo a los dictados de la equidad, le otorgará derecho a una reparación más amplia, incrementando en tal medida la obligación resarcitoria del agente*” (36). ♦

(34) TRIGO REPRESAS, ob. cit. en el N° 21 de la “Revista del Colegio de Abogados de La Plata”, pp. 310 y 311, n° 2.

(35) MOSSET ITURRASPE, “Responsabilidad por daños”, cit., t. I, p. 252, n° 100.

(36) STIGLITZ, ob. cit., en el t. 30 de la Revista Zeus, sección doctrina, p. 92, n° IV-3.

EL AUTOR MENOR DE EDAD

POR CARLOS A. VILLALBA Y DELIA LIPSYC

1. Cuando se aborda el tema que nos ocupa, surge una primera pregunta: ¿puede un niño que ha creado una obra ejercer sus derechos de autor en iguales condiciones que un adulto?

La respuesta requiere tomar en cuenta la doble estructura del derecho de autor, pues las facultades que lo integran tienen distinto cometido: las de *carácter personal* están destinadas a la protección de la personalidad del autor en relación con su obra, y su finalidad es garantizar intereses intelectuales y las de *carácter patrimonial*, concernientes a la explotación de la obra le permiten obtener una remuneración cuando se utiliza su creación. Estas facultades son exclusivas y oponibles *erga omnes*; las primeras constituyen el llamado *derecho moral* y las segundas el llamado *derecho patrimonial*.

2. En virtud del distinto carácter y finalidad de esa doble vertiente de facultades, también su contenido es diferente: el *derecho moral* está integrado, en sustancia, por el derecho del autor a decidir la divulgación de la obra —o derecho a inédito— (darla a conocer o mantenerla reservada en la esfera de su intimidad) y a exigir que se respete su condición de creador y la integridad de su obra como entidad propia. En muchos países la legislación reconoce expresamente el derecho de retracto o arrepentimiento (o derecho a retirar la obra de la circulación por cambio de convicciones).

El derecho moral de autor es esencial, extrapatrimonial, inherente y absoluto; de ello resulta que es *irrenunciable* e *inalienable*; por ser inalienable, el derecho moral es también *inembargable*, *inejecutable* e *inex-*

propiable; además es *imprescriptible* (1) y es *insubrogable* por ser inherente a la calidad de autor.

Varios de los caracteres indicados (inalienabilidad, imprescriptibilidad e irrenunciabilidad) son reconocidos por la ley 11.723 "sobre régimen legal de la propiedad intelectual" —aunque en forma *implícita*— al establecer que el autor conserva el derecho moral aun cuando enajenare la propiedad de su obra (art. 52).

El derecho moral es un derecho de la personalidad del autor en relación con la existencia, la circulación y la explotación de una obra determinada (2); a diferencia de lo que sucede con los *derechos de la personalidad general*, también denominados *derechos personalísimos*, el derecho moral del autor no es innato: no lo tienen todas las personas por el solo hecho de ser tales sino quienes crean una obra y en relación con ésta.

Existen derechos decisivos para el autor como el *derecho a crear*, pero que son igualmente imprescindibles para toda persona que tiene derecho a la misma posibilidad, al igual que el derecho a la intimidad, el derecho a la libre comunicación del pensamiento sin censura previa y a vivir en un medio cultural pluralista.

El derecho moral nace como derecho subjetivo en cabeza exclusiva del autor, quien lo puede ejercer discrecionalmente: puede decidir en qué momento su obra está pronta para que la conozca el público y la forma en que ello tendrá lugar, o puede optar por no divulgarla (mantenerla inédita), por modificarla e, inclusive, por destruirla. Puede decidir que se divulgue con su nombre o con un seudónimo o en forma anónima.

Aunque la obra haya sido divulgada, el autor conserva el derecho a modificarla porque es un correlato del derecho a crear.

(1) Vid. "Cresseri, Artidorio, suc. c. SADAIC", CNCiv., sala C, septiembre 19-1978, LALEY, 1979-B, 108; "Casiraghi, Félix y otros c. La Rioja, Provincia de", CS, noviembre 23-1989, ED, 138-333; "Mansilla, Alberto P. c. Estado Mayor General del Ejército y otros", CNCiv. y Com. Federal, sala III, agosto 11-1998, JA, 1998-IV-277.

(2) Vid. CIFUENTES, S., "Los derechos personalísimos", Buenos Aires-Córdoba, Lerner, 1974, ps. 152-155, para quien el *derecho moral del autor* no forma parte de la categoría jurídica de los "derechos personalísimos".

a. El *derecho de paternidad*—o de paternidad artística— es el derecho del autor a que se reconozca su condición de creador de la obra. Está consagrado en el art. 52 de la ley 11.723, en los siguientes términos:

"Aunque el autor enajenare la propiedad de su obra, conserva sobre ella el derecho a exigir [...] la mención de su nombre o seudónimo como autor".

En consecuencia, la indicación del nombre del autor debe hacerse de la manera que él ha elegido, incluidos el seudónimo y el anónimo, pues el derecho a que se lo identifique con su obra es una prerrogativa del creador y no una obligación para éste sino para todos los demás.

El derecho a la paternidad comprende el derecho de reivindicar: 1) la condición de autor cuando se ha omitido la mención de su nombre o se hace figurar otro nombre o un seudónimo; 2) la forma especial de mencionar su nombre, y 3) el seudónimo o el anónimo cuando el autor ha optado por éstos y se hace figurar su verdadero nombre. También incluye el derecho a defender su autoría cuando ella es impugnada.

b. En la ley 11.723 el *derecho de integridad* está consagrado junto con el derecho de paternidad en el art. 52:

"Aunque el autor enajenare la propiedad de su obra, conserva sobre ella el derecho a exigir la fidelidad de su texto y título en las impresiones, copias o reproducciones".

También se lo menciona en la parte final del art. 51:

"Esta enajenación [...] confiere a su adquirente el derecho a su aprovechamiento económico, sin poder alterar su título, forma y contenido".

En virtud de este derecho es posible impedir que se difunda la obra cuando en ésta se han introducido cambios, o se la ha deformado o atentado contra ella. Interesa no sólo al autor —quien tiene derecho a que su pensamiento no sea modificado o desnaturalizado— sino también a la comunidad, porque el público tiene derecho a conocer expresiones creativas genuinas.

c. El *derecho de divulgación* es la facultad que tiene el autor de decidir si su obra será conocida por el público y en qué forma, o si la mantendrá

reservada en la esfera de su intimidad. Por ello también se lo denomina *derecho de dar a conocer la obra, derecho de comunicar la obra al público, derecho de publicación* o, en forma negativa, como *derecho de inédito*; pero si bien estas expresiones no son estrictamente equivalentes, todas se dirigen a la protección de la misma facultad básica del autor, puesto que la decisión de explotar una obra inédita significa decidir su divulgación.

Nuestra ley no utiliza la expresión *divulgar* como lo hacen otras leyes, sino que reconoce esta facultad de manera indirecta, englobando en el art. 2° las distintas formas de *dar a conocer la obra* (“*El derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística comprende para su autor la facultad de disponer de ella, o publicarla, de ejecutarla, de representarla y exponerla en público, [...] y de reproducirla en cualquier forma*”).

Esta facultad presupone otra que es conceptualmente anterior, que corresponde a la de mantenerla inédita y se encuadra dentro del derecho moral.

La facultad de divulgar la obra es potestativa del autor porque es el único que debe decidir si considera que su creación está terminada y si quiere que la conozca el público. El autor goza del derecho de divulgación y lo ejerce respecto de cada una de las posibles formas de explotación de la obra. Un conferenciante mantiene intacto el derecho a divulgar su conferencia por medio de la edición gráfica; el mismo derecho de publicación gráfica le corresponde al autor de una obra teatral que decide divulgarla mediante la representación teatral, al compositor que hace conocer su obra mediante su ejecución “en vivo”, etc. etcétera, como lo establece la primera parte del art. 9°:

“Nadie tiene derecho a publicar, sin permiso de los autores o de sus derechohabientes, una producción científica, literaria, artística o musical que se haya anotado o copiado durante su lectura, ejecución o exposición públicas o privadas”.

3. Los *derechos patrimoniales* posibilitan que el autor efectúe la explotación de su obra o, como es habitual, que autorice a otros a realizarla, que participe en esa explotación y que obtenga un beneficio económico.

La noción del derecho de propiedad consagrado en el art. 17 de la Constitución Nacional en relación con los autores, se plasma en el art. 2° de la ley 11.723:

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

La norma ejemplifica con claridad cuáles son los derechos patrimoniales del autor. Comienza diciendo: “*El derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística, comprende para su autor la facultad de...*” y, a continuación, efectúa una relación bastante completa de los distintos derechos patrimoniales.

A partir de esta regla básica es posible afirmar que, desde el punto de vista normativo, el derecho patrimonial está compuesto de una serie de facultades que le otorgan al autor el derecho exclusivo a explotar la obra por sí mismo o, como es habitual, a autorizar a otros a hacerlo; puede ejercer sus derechos directamente o, como es común en relación con determinados géneros de obras —en particular las musicales no dramáticas—, delegar su administración en una organización de gestión colectiva (o sociedad de autores).

En el art. 2° de la ley 11.723 encontramos el núcleo de los derechos patrimoniales al establecer que comprende, para el autor de una obra, la facultad de publicarla, es decir, de optar entre mantenerla inédita (no divulgada) o hacerla conocer al público interpretada por actores o ejecutantes musicales, o bien en su forma originaria cuando no es susceptible de intermediación como sucede, por ejemplo, con las obras artísticas. Estas facultades pueden ser ejercidas por el autor o por las personas a quienes éste haya autorizado al efecto. Corresponde también al autor la facultad de extraer obras derivadas de la suya, como las traducciones y las adaptaciones. La norma concluye la enumeración de las facultades que ilustran los actos de disposición que se pueden hacer de la obra al referirse al derecho a efectuar su reproducción mediante su fijación material y la obtención de copias de ésta.

Dicha norma indica que es al autor a quien le corresponde el derecho de mantener la obra fuera del conocimiento público, de divulgarla, de

ponerla en manos de un intérprete o ejecutante y de exponerla; a quien le corresponde el derecho a realizar estos actos por sí o por otra persona, de efectuar traducciones y adaptaciones a otros géneros, de fabricar libros, reproducciones de obras plásticas, grabaciones sonoras, etcétera.

La ley nos dice en pocas palabras que, como ocurre con las cosas materiales —y también con otras categorías de bienes—, las obras están protegidas en favor de su titular respecto de todas las demás personas (*erga omnes*). Sólo pertenecen a su titular; son derechos exclusivos y excluyentes. Y cuando se prescinde de la voluntad del titular del derecho se entra en el terreno de los actos ilícitos, a excepción de un *numerus clausus* de casos en que la ley establece excepciones que permiten que la obra sea utilizada sin autorización.

4. En derecho de autor, *obra* y *autor* son conceptos que se requieren recíprocamente: no hay obra sin autor ni autor sin obra. Se consideran obras protegidas las creaciones de forma que constituyan una expresión personal de la inteligencia, que se manifiesta bajo una forma perceptible por los sentidos, que tiene originalidad suficiente y es apta para ser reproducida, comunicada al público y transformada (es decir, traducida, adaptada, resumida, etcétera).

5. La originalidad (o individualidad) es condición necesaria para la protección; reside en la expresión, es decir, en la forma representativa, creativa e individualizada de la obra, aun cuando la creación y la individualidad sean mínimas. Si ese mínimo no existe, no hay obra protegida.

6. Ninguno de los requisitos para que una expresión de forma se considere como una obra protegida, tiene relación con la minoridad del autor (3).

Numerosos e importantes son los ejemplos que nos ha dado la historia, de menores impúberes que han sido creadores de obras, que se han convertido en parte del repertorio clásico, desde Wolfgang Amadeus Mozart —el niño prodigio más célebre de todos los tiempos— a Vangelis; desde Lope de Vega y Arthur Rimbaud a Isaac Asimov, sin poder dejar de mencionar a Blas Pascal, razón por la cual no se pueden esta-

(3) Hemos soslayado el tema de los trazos involuntarios o bien, de los garabatos realizados por un menor que todavía no domina la caligrafía elemental.

blecer reglas apriorísticas sobre los requisitos para que la expresión personal del espíritu de un menor constituya una obra. El caso de Jorge Luis Borges es más cercano. Se trata de una persona a quien hemos conocido y se formó en una cultura en la que existía el derecho de autor moderno. A su vez, el concepto de patria potestad y los derechos del menor de edad han variado en los dos últimos siglos, de tal manera, que es riesgoso reflexionar sobre ejemplos tan famosos como el de Mozart. En nuestra cultura escandaliza pensar en los castigos físicos en el hogar, en las escuelas o en los institutos militares. Los padres no pueden ordenar la prisión de un hijo licencioso ni su ingreso en una orden monástica o en un cuerpo militar, ni concertar una boda. Los derechos humanos de los niños se han extendido de tal modo en los tribunales de justicia y en las escuelas, que los mismos menores tienen alguna conciencia de sus propios derechos.

El grado de conciencia y de intencionalidad será el mismo en un menor que en un adulto que conjugue sonidos, líneas, formas o palabras (4). La existencia de obra tutelada nacerá, entonces, del análisis que se efectúe según las reglas del arte o de la poética a efectos de determinar qué ha de entenderse por tal. La más de las veces nos conduciremos con uno u otro criterio según tomemos en cuenta la expresión formal realizada por un menor en el momento histórico en que crea sus primeras obras que cuando analizamos las mismas luego de que éste ha realizado toda una tarea creativa que lo ha consagrado. De modo que puede resultar difícil dilucidar si existe un acto creativo distinguiéndolo del prestigio público que esa persona logre alcanzar, y que determinará el valor e interés de esos primeros trabajos, sean obras o simples curiosidades, no obstante lo cual pueden tener una importante cotización en el mercado (5).

(4) Lo mismo cabe decir de "la intención de hacer una obra". Michel FOUCAULT lo ha estudiado en un breve trabajo: "Qué es un autor", traducción de Corina Iturbe, Tlaxala, México, Universidad Autónoma de Tlaxala, 1985. Por ejemplo, la escritura de una letra de cambio carece de este atributo.

(5) Retomemos el ejemplo de Borges. En 1906, aproximadamente cuando tenía siete años, Borges escribió sus primeras obras: el relato *El río fatal*, la obra de teatro *Bernardo del Carpio*, el ensayo en inglés sobre mitología griega dividido en tres acápites: *Gods*, *Mosters* (sic) y *Heroes*, y otras a las que no se hubiera prestado atención si no fuera por su obra posterior (vid. VACCARO, Alejandro, "Georgie. 1899-1930. Una vida de Jorge Luis Borges", Buenos Aires, Ed. Proa/Alberto Casares, 1996, p. 57).

Los coautores del presente trabajo tuvimos distinto criterio cuando evaluamos el carácter de obra de un tigre dibujado por Borges de un modo muy elemental de uno de sus

La Constitución Nacional estructura los derechos y garantías sin hacer distinción de edad. Todos los habitantes de la Nación Argentina son iguales ante la ley (art. 16); gozan del derecho de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa y de asociarse con fines útiles (art. 14); la propiedad es inviolable y todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento (art. 17).

A su vez, en el art. 75, el cuarto párrafo del inc. 19 atribuye al Congreso el dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, así como la libre creación y circulación de obras del autor, el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales. Y en el inc. 23 del mismo art. 75, legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Ni la ley 11.723 ni los tratados internacionales en materia de derecho de autor establecen diferencia alguna entre los autores en razón de que sean menores o mayores de edad.

8. La Constitución Nacional reformada dispone en el art. 75, inc. 22 que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes y que las convenciones sobre derechos humanos que enumera, entre las cuales se encuentran *La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, la *Declaración Universal de Derechos Humanos* y la *Convención sobre los Derechos del Niño*, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

9. En la Declaración Universal de Derechos Humanos se encuentran varias normas atinentes al tema que nos ocupa, habiendo seleccionado aquellas que entendemos están directamente relacionadas con el mismo.

cuadernos de la escuela primaria que, sin duda, tiene valor por la presencia de este animal en el contexto de su literatura.

Diferente es la historia de Arthur Rimbaud que completó su obra a los 19 años de edad.

El preámbulo comienza con un considerando que hace referencia a la dignidad intrínseca y los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. En diversas disposiciones reconoce que:

- a. todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (art. 1°);
- b. todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica (art. 6°);
- c. que todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley (art. 7°);
- d. nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación (art. 12);
- e. toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente (art. 17.1);
- f. toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de manifestarlos tanto en público como en privado (art. 18);
- g. todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas (art. 19);
- h. toda persona tiene derecho a la educación (art. 26);
- i. toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten (art. 27.1);
- j. toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias y artísticas de que sea autora (art. 27.2).

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre contiene disposiciones análogas.

10. Estos plexos normativos tienen su concreción, respecto de los menores, en la *Convención sobre los Derechos del Niño*, a cuyos efectos se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad (art. 1°).

En diversas disposiciones establece que los Estados Partes:

- a. garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño (art. 12.1);
- b. respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento (art. 31.2);
- c. respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 14.1);
- d. reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación (art. 15);
- e. adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentra bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo (art. 19.1);
- f. convienen en que la educación del niño deberá ser encaminada a: a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades (art. 29.1.a);
- g. reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor; que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad (art. 40.1).

El art. 16.1 establece que ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, o de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

Desde nuestro punto de vista, la clave de interpretación del conjunto de las normas reseñadas de la Convención sobre los Derechos del Niño se encuentra en el art. 3.1 de ésta:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

En análogo sentido, en el Principio 7.2 de la *Declaración de los Derechos del Niño* (6) se expresa:

“El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres”.

11. Los deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos lo son para su protección y formación integral y así son interpretadas las normas establecidas en el Código Civil, en el Código de Comercio y en la Ley de Contrato de Trabajo (LCT).

Todas las normas deberán interpretarse tomando en cuenta los derechos previstos en las declaraciones sobre derechos humanos, en la Convención sobre los Derechos del Niño así como en los Convenios de la Organización Internacional del trabajo (OIT) (7).

Al concluir este trabajo se publicó la ley 26.061, de *Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes* (B.O. de 26/10/2005) que establece en el art. 1º: “Objeto. Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte. [...]”.

En el art. 3º define aquello que se considera el interés superior del niño, disponiendo en el último párrafo: “Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”.

(6) Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, Resolución 1386 (XIV).

(7) Vid. ETALA, Carlos A., “Contrato de Trabajo”, Buenos Aires, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 3ª edición, 2000, p. 187, §4.

En el título IV establece un sistema de “*Organos Administrativos de Protección de Derechos*”.

De acuerdo al art. 128 del Código Civil, desde los 18 años el menor puede celebrar contrato de trabajo en actividad honesta sin consentimiento ni autorización de su representante, quedando a salvo al respecto las normas del derecho laboral, y puede administrar y disponer libremente los bienes que adquiere con el producto de su trabajo y estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a ellos.

Según el art. 32 de la ley de contrato de trabajo (8), los menores desde los dieciocho (18) años pueden celebrar contrato de trabajo. Los mayores de catorce (14) años y menores de dieciocho (18), que con conocimiento de sus padres o tutores vivan independientemente de ellos, gozan de aquella misma capacidad. Dichos menores que ejercieren cualquier tipo de actividad en relación de dependencia, se presumen suficientemente autorizados por sus padres o representantes legales, para todos los actos concernientes al mismo.

De acuerdo a dicha LCT, se encuentra prohibido emplear a menores de 14 años en cualquier tipo de actividad, persiga o no fines de lucro, salvo que se trate de empresas en que sólo trabajen los miembros de la misma familia y siempre que medie autorización del ministerio pupilar y no sean ocupaciones nocivas, perjudiciales o peligrosas (art. 189).

Las normas citadas tienen alcance general; se refieren tanto a los menores autores de obras como a los menores que realizan cualquier otra actividad.

12. En cuanto el niño goza de todos los derechos que son previos a la realización de la obra, como la libertad de pensamiento y de conciencia, de opinar libremente en todos los asuntos que le conciernen, de participar libremente en la vida cultural y en las artes, le asiste el derecho de crear obras sin sujeción a tuteladas, a excepción de que se trate de situaciones que sean contrarias al interés superior del niño.

(8) La ley de contrato de trabajo (ley 20.744, texto ordenado en 1976 con sus modificaciones posteriores, incluyendo ley 25.877, B.O. de 19/03/2004) contiene diversas disposiciones respecto de los menores en los arts. 32 a 35 y en el título VIII - Del trabajo de los menores, que comprende los arts. 187 a 195.

Es por ello que la intervención de custodia no podrá fundarse en los valores estéticos o éticos del padre —o del ministerio pupilar— ni en su orientación política. Sólo es admisible cuando esa intervención sea en interés del menor como persona o cuando su inclinación sea contraria a derechos humanos.

Por los mismos fundamentos no es admisible que se le imponga la obligación de crear, dejando a salvo aquello que hace a las obligaciones derivadas de su educación. No se puede obligar a un menor —como a ninguna otra persona— a que escriba, dibuje, pinte o componga, pero si estará obligado a ello cuando estas tareas sean deberes derivadas del currículo escolar.

Aún en los casos en los que el menor exprese su vocación creativa no puede ejercerse una compulsión de hacer y menos a explotar sus condiciones precoces. No conocemos antecedentes de conflictos en relación con los menores autores, a diferencia de ciertas situaciones en que se los induce a ser actores o intérpretes musicales.

13. Como corolario de lo expuesto se evidencia que el menor puede crear obras y ser titular de todos los derechos que la ley reconoce a los autores y es sujeto activo y pasivo de actos ilícitos en materia de derecho de autor (por ejemplo, plagiar o ser plagiado) siendo civil o penalmente responsable según los casos, dentro de los límites que imponen el art. 921 del C. Civil y la ley 22.278.

En lo que hace a la responsabilidad civil, el mencionado art. 921 del C. Civil dispone: “*los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueron actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos por menores de diez años...*”; de allí la consiguiente irresponsabilidad por los perjuicios que su accionar causara (art. 1076 del C. Civil) sin perjuicio de la responsabilidad refleja de su padre o tutor o guardador (arts. 273, 1114 y 1117 del C. Civil).

En cuanto a la responsabilidad penal, la ley 22.278 dispone que “*no es punible el menor que no haya cumplido 16 años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido 18 años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o inhabilidades*” (art. 1º).

14. Los menores autorizados por la ley a celebrar contrato de trabajo (desde los 18 años —arts. 128 del C. Civil y 32 de la LCT— y desde los 14

cuando vivan en forma independiente —art. 32 de la LCT—) tienen el derecho de pertenecer a asociaciones gremiales y sindicales —art. 23 de la ley 26.061—, y también, cuando ejercen la administración de sus bienes, a celebrar contratos respecto de sus obras.

15. Una vez realizada la descripción de los derechos que le corresponden como autor y como niño, volvemos a la pregunta inicial y a la cuestión de si en el ejercicio de esos derechos debe prevalecer la voluntad del menor o la de padre o tutor.

Advertimos entonces que la respuesta puede ser distinta según se trate del ejercicio de las facultades que integran el derecho moral y los derechos patrimoniales.

Respecto de los derechos morales la respuesta será en favor de la prevalencia casi absoluta de la voluntad del menor, porque solo a él le compete decidir la divulgación de su obra, la elección de un seudónimo o la decisión de permanecer anónimo y de modificar su obra. Pero esta regla debe ser matizada, por ejemplo, cuando el seudónimo que elija hace prever que le acarrearán consecuencias indeseables en el futuro o que el contenido de la obra constituya un plagio o denigre a personas, o constituya una apología del delito, etcétera, y aún en estos casos el menor tiene derecho a pedir la venia judicial, con asistencia de un letrado como se prevé en el art. 27 de la ley 26.061.

En el área de los derechos patrimoniales la custodia paterna se justifica más frecuentemente, porque el menor puede desear disponer de su obra a título gratuito o contratarla a un precio o en condiciones inconvenientes. También en estos casos el menor tiene derecho a la intervención del ministerio pupilar (9).

(9) No podemos omitir una prolongada experiencia en esta materia: por lo general, la vocación creativa de un autor es inversamente proporcional a la de ejercer la defensa de sus intereses patrimoniales vinculados con la explotación de su obra. No se trata de una realidad vernácula ya que hemos podido constatarla con igual experiencia de colegas de distintos países, lo cual nos ha conducido a acentuar el carácter tuitivo del derecho de autor.

Como decía un excelente escritor, poeta y abogado conocedor de nuestra materia, "*toda persona que publica un libro se vuelve un menor de edad*".

Entonces debería intensificarse la índole tuitiva en el caso del menor autor.

Una primera respuesta es que los menores de edad tienen los mismos derechos y obligaciones que cualquier persona que crea una obra. Esta igualdad de derechos es tanto respecto de los derechos necesarios para crear como para ser autor como para decidir sobre el ejercicio de sus derechos morales y patrimoniales.

El menor autor siempre está enfrentado a decidir sobre un bien muy particular, producto de su trabajo creativo. En el ejercicio de sus derechos este bien, producto de su inteligencia, no es comparable con los bienes muebles o inmuebles o su participación en empresas. Tampoco es comparable con la contratación de su trabajo personal como intérprete o ejecutante (actor, bailarín, instrumentista, etc.) porque la obra ya se encuentra diferenciada de su persona aunque sea la expresión de su personalidad. ♦