

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

SERIE IV - INSTITUTO DE DERECHO CIVIL - NÚMERO 6

**ESTUDIOS SOBRE
EL PROYECTO DE CODIGO CIVIL
DE 1999**



BUENOS AIRES
2000

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 36

Serie II - Obras

1. *Significación jurídica y proyección institucional de la Declaración de la Independencia*, por Agustín de Vedia y Alberto Rodríguez Varela.
2. *Bibliografía de Juan B. Alberdi*, por Alberto Octavio Córdoba.
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 Río.
7. *El Congreso de Panamá*, por Mariano J. Drago.
8. *La esencia del Derecho, la Justicia, la Ley*, por Manuel Río.
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 (2 tomos).
12. *La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina*, por Juan Carlos Molina y Joaquín G. Martínez.

ISSN 987-97394-2-6

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. y Fax: 4812-9327 y 4815-6976
(1014) Buenos Aires - Argentina

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 Elías P. Guastavino (2 tomos).
20. *Conferencias y Estudios*, por Héctor P. Lanfranco.
21. *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por Elías 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.

SERIE III - COMUNICACIONES

Comunicaciones - N° 1

SERIE IV - INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

1. *Estudios de 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*.

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA NAVEGACIÓN

- *Quebrantamiento de la limitación de responsabilidad. El derecho 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*.

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

- *Sociedad de garantía recíproca*.
- *Sociedades anónimas deportivas*.

INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

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

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES

Presidente

Académico Dr. Roberto Martínez Ruiz

Vicepresidente

Académico Dr. Horacio A. García Belsunce

Secretarios

Académico Dr. Jaime Luis Anaya

Académico Dr. Antonio Vázquez Vialard

Tesorero

Académico Dr. Alberto Rodríguez Galán

COMISIÓN DE PUBLICACIONES

Director de Publicaciones

Académico Dr. José Domingo Ray

Vocales

Académico Dr. Jorge A. Aja Espil

Académico Dr. Julio César Cueto Rúa

ACADÉMICOS DE NÚMERO
por orden de antigüedad

| | Nombre del sitial | Fecha |
|-------------------------------------|--------------------------|-------------------|
| Dr. Segundo V. Linares Quintana | Esteban Echeverría | 28 mayo 1956 |
| Dr. Julio H. G. Olivera | Juan B. Alberdi | 6 mayo 1964 |
| Dr. Germán J. Bidart Campos | Manuel Quintana | 15 julio 1971 |
| 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. Roberto Martínez Ruiz | Roque Sáenz Peña | 19 octubre 1978 |
| Dr. Juan R. Aguirre Lanari | Salvador M. del Carril | 19 octubre 1978 |
| Dr. Julio César Cueto Rúa | Roberto Repetto | 15 setiembre 1981 |
| Dr. Horacio A. García Belsunce | Félix Gregorio Frías | 9 setiembre 1982 |
| Dr. Jorge A. Aja Espil | Carlos Calvo | 26 julio 1984 |
| Dr. Alberto Rodríguez Galán | Carlos Pellegrini | 9 mayo 1985 |
| Dr. Juan Carlos Cassagne | Antonio Bermejo | 23 octubre 1986 |
| Dr. Augusto Mario Morello | Mariano Moreno | 23 octubre 1986 |
| Dr. Lino Enrique Palacio | Domingo F. Sarmiento | 18 junio 1987 |
| Dr. Félix Alberto Trigo Represas | Nicolás Avellaneda | 18 junio 1987 |
| Dr. Carlos Manuel Muñiz | José N. Matienzo | 10 agosto 1989 |
| Dr. Jaime Luis Anaya | Rodolfo Rivarola | 10 agosto 1989 |
| Dr. Antonio Vázquez Vialard | Juan A. Bibiloni | 13 setiembre 1990 |
| Dr. Guillermo A. Borda | Lisandro Segovia | 10 diciembre 1992 |
| Dr. Eduardo Aguirre Obarrio | José Figueroa Alcorta | 28 octubre 1993 |
| Dr. Jorge R. Vanossi | José A. Terry | 11 agosto 1994 |
| Dr. Hugo Caminos | Eduardo Acevedo | 23 noviembre 1995 |
| Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci | Aristóbulo del Valle | 24 setiembre 1996 |
| Dr. Carlos María Bidegain | José María Moreno | 8 abril 1999 |
| Dr. Julio César Otaegui | Estanislao Zeballos | 23 setiembre 1999 |
| Dr. Julio César Rivera | Dalmacio Vélez Sarsfield | 25 noviembre 1999 |

ACADEMICO EMERITO

Dr. Manuel Río 23 agosto 1984

MIEMBROS CORRESPONDIENTES
por orden de antigüedad

| | | Fecha |
|-----------------------------------|----------------|-------------------|
| Dr. Levi Fernández Carneiro | Brasil | 4 julio 1946 |
| Dr. Pedro Calmón | Brasil | 4 julio 1946 |
| Dr. Vicente Mora Rodríguez | Uruguay | 4 julio 1956 |
| Prof. Federico A. Gil | EE.UU. de N.A. | 27 agosto 1958 |
| Prof. William Whatley Pierson | EE.UU. de N.A. | 27 agosto 1958 |
| Prof. Georges Vedel | Francia | 1º julio 1964 |
| Dr. Eduardo Jiménez de Aréchaga | Uruguay | 25 noviembre 1971 |
| Prof. Ivon Loussovarn | Francia | 25 noviembre 1971 |
| Dr. Luis Sánchez Agesta | España | 25 noviembre 1976 |
| Dr. Fernando J. López de Zavallá | Tucumán | 25 noviembre 1976 |
| Dr. Manuel García-Pelayo y Alonso | España | 12 noviembre 1981 |
| Dr. Pedro J. Frías | Córdoba | 25 setiembre 1986 |
| Dr. Rafael Entrena Cuesta | España | 10 agosto 1989 |
| Dr. Néstor Pedro Sagiés | Rosario | 10 agosto 1989 |
| Dr. Jesús González Pérez | España | 24 mayo 1990 |
| Dr. Mauro Cappelletti | Italia | 27 mayo 1993 |
| Dr. Carlos Fernández Sessarego | Perú | 25 noviembre 1993 |
| Dr. Adolfo A. N. Rouillon | Rosario | 25 noviembre 1993 |
| Dr. Jorge Peirano Facio | Uruguay | 27 octubre 1994 |
| Dr. Sagunto Pérez Fontana | Uruguay | 27 octubre 1994 |
| 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. Manuel de Rivacoba y Rivacoba | Chile | 8 abril 1999 |

ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

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

| | |
|------------------------------|--------------------------------|
| Dr. Manuel V. Ordóñez | Dr. Isidoro Ruiz Moreno |
| Dr. Alfredo Orgaz | Dr. Isidoro Ruiz Moreno (h) |
| Dr. Adolfo F. Orma | Dr. Alejandro Ruzo |
| Dr. Alberto G. Padilla | Dr. Diego L. Saavedra |
| Dr. Jesús H. Paz | Dr. Carlos Saavedra Lamas |
| Dr. José M. Paz Anchorena | Dr. Antonio Sagarna |
| Dr. Federico Pinedo | Dr. Raymundo M. Salvat |
| Dr. Norberto Piñeiro | Dr. Matías G. Sánchez Sorondo |
| Dr. Ángel S. Pizarro | Dr. José Manuel Saravia |
| Dr. Luis Podestá Costa | Dr. Juan Silva Riestra |
| Dr. Ernesto Quesada | Dr. Sebastián Soler |
| Dr. Juan P. Ramos | Dr. Juan B. Terán |
| Dr. Enrique Ramos Mejía | Dr. José A. Terry |
| Dr. Francisco Ramos Mejía | Dr. David de Tezanos Pinto |
| Dr. Juan Carlos Rébora | Dr. Gastón Federico Tobal |
| Dr. Roberto Repetto | Dr. Ernesto J. Ure |
| Dr. Manuel Rfo | Dr. Enrique Uriburu |
| Dr. Marco Aurelio Risolía | Dr. Benjamín Victorica |
| Dr. Horacio C. Rivarola | Dr. Ernesto Weigel Muñoz |
| Dr. Rodolfo Rivarola | Dr. Raymundo Wilmart de Glymes |
| Dr. Ambrosio Romero Carranza | Dr. Mauricio Yadarola |
| Dr. José M. Rosa | Dr. Carlos J. Zavala Rodríguez |
| Dr. José María Ruda | Dr. Clodomiro Zavalía |
| Dr. Enrique Ruiz Guiñazú | Dr. Estanislao S. Zeballos |

EL CONTRATO DE LEASING EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1999

José Julián Carneiro

I. CARACTERIZACION DEL CONTRATO.

Como he dicho en otra oportunidad (E. D., T° 164, pág. 885), el leasing es un contrato destinado a obtener financiación (ver además el Boletín nº 18 de Legislación Argentina de E.D. del 4/VI/99 y Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Instituto de Derecho Civil, serie IV, nº 2, 1994, pág. 44).

Tuvo y tiene enorme desarrollo en casi todos los países, menos en el nuestro.

Es considerado como una de las más relevantes fuentes del sistema financiero.

Dado el carácter universal de este contrato permite adquirir bienes en otros países y por ello se justifica una regulación uniforme y confiable.

En verdad, la financiación por sí sola es un término jurídicamente neutro que no caracteriza la naturaleza jurídica de un contrato.

Sin embargo, debe ponderarse la causa como fundamento de la razón de ser de un contrato, toda vez que es el factor final que impulsa a las partes.

En nuestro criterio existe un contrato preliminar que en general es la locación y otro de segundo grado que opera cuando un tomador opta por las distintas alternativas que le ofrece el leasing.

Las partes son el dador, o sea quien financia, o el empresario, o el importador; o en fin, el dueño de la cosa y el tomador que es quien recibe el bien y paga el canon. Puede existir un proveedor que puede suministrar la cosa objeto de este contrato.

Dada su importancia se busca la unificación de las normas en miras a una legislación internacional.

El UNIDROIT (International Institute for the Unification of Private Law), logró, en 1974, su objetivo que culminó con la convención unidroit sobre leasing financiero internacional (Ottawa 1988), no ratificada por nuestro país no obstante haber sido requerida por el Poder Ejecutivo al Congreso en 1989.

Procederemos a efectuar la exégesis del Proyecto presentado por la comisión al Poder Ejecutivo para su consideración por el Congreso.

El leasing está ubicado en el Proyecto en el Capítulo V del Título III relativo a los contratos en particular y después de la locación (capítulo IV), aunque separado de ella.

II. ANÁLISIS DEL PROYECTO

1) *Definición (art. 1157).*

En esta definición no se emplea la palabra locación aun cuando las características son similares: el dador transfiere al tomador la tenencia de un bien cierto y determinado para su uso y goce contra el pago de un canon.

Tal expresión puede remitirse al artículo 1121 del Proyecto.

El agregado que caracteriza al contrato de leasing es el conferirle una opción de compra. Se trata del leasing financiero.

Pero debemos agregar que la opción de compra a favor del tomador es una alternativa, pero no excluyente.

Y ello es así porque al vencimiento del contrato el tomador puede optar entre: a) adquirir el bien; b) continuar con el contrato modificando el precio, o sea el canon; c) reemplazar el bien entregado por otro nuevo o con tecnología más avanzada.

La *definición* del artículo 1157 no excluye estos supuestos.

2) *Objeto. Causa. Precio del ejercicio de la opción (art. 1158).*

Pueden ser objeto del contrato: cosas inmuebles y muebles y, además, marcas, patentes o modelos industriales y software.

Se amplían así las hipótesis del artículo 27 inc. b) de la ley 24.441.

Estos bienes pueden ser de propiedad del dador, y también cuando éste tenga facultad suficiente para entregarlos en leasing, aunque no sea su dueño.

La norma que se comenta establece que el monto y la periodicidad del canon se determinan convencionalmente, lo cual es obvio, porque se trata de un contrato donde las facultades de las partes son amplias.

Lo mismo cabe decir sobre la opción de compra que debe estar fijada en el contrato o, en su caso, determinable de acuerdo a pautas que éste impone.

3) *Modalidades en la elección del bien (art. 1159).*

a) El objeto del contrato podría resumirse en el inc. f) que establece que el bien debe estar a disposición jurídica del dador por título que permita constituir leasing sobre él.

No obstante los cinco incisos anteriores establecen situaciones particulares.

En el inc. e) se incorpora el *leas back* o *retroleasing*; se trata de una operación netamente financiera que permite a una empresa convertir activos fijos en dinero líquido a cambio del pago de cánones con la facultad de volver a adquirirlos al término del contrato.

El artículo 1160 alude a los efectos relativos de los distintos supuestos indicados en el artículo 1159.

Cuando el dador ha adquirido un bien para entregarlo en leasing al tomador, los derechos emergentes del contrato de compraventa se transmiten a éste, quien puede ejecutarlos sin necesidad de cesión, lo cual presupone que el vendedor del bien conocía que iba a ser objeto de un contrato de leasing. Así se integra el trío contractual.

b) También el dador en los casos de los tres primeros incisos del artículo 1159 puede liberarse convencionalmente de la responsabilidad de entrega y de las garantías de evicción y de vicios redhibitorios, en tanto el vendedor hubiera tenido conocimiento del contrato de leasing a celebrarse.

c) Pero cuando el dador ya era dueño del bien, con anterioridad a la celebración del contrato de leasing, sea como titular, o fabricante, importador, vendedor, o constructor del bien, no puede liberarse de la obli-

gación de entrega y de las garantías de evicción y de vicios redhibitorios. Ello es así porque no puede incorporarse al tercero al contrato, como en los casos anteriores.

d) Tampoco son aplicables la obligación de entrega o las garantías de evicción y de vicios redhibitorios cuando se trata de un *leas back*, por cuanto el bien ya pertenecía al dador, quien debía conocer su estado.

He de destacar que no es necesario para el funcionamiento de este contrato la profesionalidad del dador, como ocurre en la ley 24.441, lo cual es un avance pues permite la difusión sin trabas del contrato y tampoco es necesario que el tomador lo adquiriera para el equipamiento de su industria, comercio, empresa de servicios o para sus actividades profesionales. Se sigue el criterio del artículo 5 del decreto 897/95 sobre la prenda que no exige la profesionalidad del acreedor prendario.

Finalmente, el tomador puede rechazar el bien cuando no reúne las características previstas en el contrato.

4) *Servicios y accesorios (art. 1161).*

Según el artículo 1161 los accesorios, y además, los servicios necesarios para la instalación y puesta en marcha pueden integrar el precio a los efectos de calcular el canon.

5) *Forma e inscripción (art. 1162).*

a) En cuanto a la forma, para los inmuebles, buques o aeronaves establece la escritura pública. En los demás casos, es libre pudiendo usarse instrumento público o privado.

Tal exigencia no figura expresamente en la ley 24.441.

Queda por preguntarse si la escritura pública es *ad probationem* o *ad solemnitatem*. Pensamos, en principio, y de acuerdo con el artículo 261 del Proyecto, que tiene este último carácter, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 961 del Proyecto.

b) En cuanto a la inscripción, a los efectos de su oponibilidad frente a terceros, sigue el criterio del artículo 30 de la ley 24.441, pero advierte que solicitada dentro de los cinco días hábiles posteriores a la celebración del contrato de *leasing* produce efectos desde la fecha de entrega del bien, y pasado ese lapso desde que se presente para su inscripción.

Tal circunstancia no estaba prevista en la legislación anterior y es oportuna.

6) *Registración (art. 1163).*

La inscripción revela frente a terceros la existencia del *leasing* y también con relación a las partes, pues el dador no podrá celebrar otro contrato por el mismo bien con otra persona.

Como señalaba en otra oportunidad, (E. D., Tº 164, pág. 885), este criterio es mejor que el usado en otros países que consiste en poner un cartel en el bien con la indicación que se encuentra sujeto a contrato de *leasing*.

La remisión que efectúa el artículo 1163 sobre normas aplicables con relación a la inscripción del *leasing* y la obligación de los registros de expedir certificados e informes no figuran en la ley 24.441, si bien la remisión es apropiada y sólo tiene efectos vinculantes en cuanto otorga eficacia legal al certificado hasta 24 horas de expedido.

Ha de advertirse que el plazo resulta exiguo tratándose, por ejemplo, de inmuebles donde la escritura, muchas veces, es imposible efectuarla en tan breve lapso.

Hubiera sido conveniente establecer un sistema de bloqueo registral o reserva de prioridad cuando se decide la constitución del *leasing* similar al establecido en el artículo 2172 del Proyecto.

El *leasing* sobre inmuebles debe registrarse en el Registro de la Propiedad Inmueble, los muebles registrables ante los Registros en los cuales se inscriben, en cuanto a las marcas, patentes o modelos industriales y software en la Dirección de Tecnología, Calidad y Propiedad Industrial (art. 2, dec. 897/95), y los muebles no registrables, ante el Registro de Créditos Prendarios (art. 1163 del Proyecto).

La inscripción se mantiene por 20 años si se trata de inmuebles y por 10 años en los demás bienes.

En definitiva los acreedores de las partes deben respetar el *leasing*, es decir, los derechos del dador y los del tomador.

7) *Traslado (art. 1164).*

El artículo 1164 se refiere al traslado de los bienes, impidiendo al tomador sustraerlos del lugar en que se encontraren.

Tratándose de automotores, que naturalmente se usan para circular, será menester obtener la conformidad del dador, que deberá inscribirse en los registros correspondientes y en tanto se trate de su desplazamiento definitivo (art. 13, dec. 897/95).

8) *Oponibilidad. Quiebra. (art. 1165).*

El concurso o la quiebra del dador no afecta los derechos del tomador, quien puede ejercer la opción de compra en el tiempo previsto. De tal modo que el contrato continuará y en el momento oportuno el tomador podrá decidir pagar el valor residual que ingresará a la masa.

De cualquier modo se requerirá la verificación de su derecho como acreedor de la cosa (arts. 146 y 169 de la ley 24.522 por aplicación analógica, desde que el leasing no está contemplado).

El tercer párrafo del artículo 1165, es similar al 3° del artículo 31 de la ley 24.441.

Puede ser de interés para la masa la continuación del contrato, por ejemplo, si faltaren pocas cuotas y el bien mantuviere su valor en plaza, pues la adquisición sería aconsejable para incrementar el activo. La decisión la tomará el síndico con autorización del juez de la quiebra (art. 144, ley 24.522).

Vencido el plazo de 60 días el contrato automáticamente se resolverá. Los 60 días deben contarse por días corridos de acuerdo al artículo 14 del Proyecto y computarse desde la publicación de los edictos que importa el conocimiento público de la quiebra.

En cuanto al concurso preventivo del tomador no está expresamente previsto en el artículo 31 de la ley vigente.

El último párrafo del artículo 1165 remite, en lo sustancial, a la ley de concursos.

El derecho que tiene el dador en caso de resolución del contrato de reclamar la cosa no exige la verificación previa.

9) *Uso y goce del bien (art. 1166).*

El régimen de uso y goce del bien objeto del leasing está regulado por el artículo 1166.

Prohibe vender, gravar o disponer de él, pero autoriza el arrendamiento, sin perjuicio de los derechos del dador.

El artículo agrega que “la venta o el gravamen consentido por el tomador es inoponible al dador”. Esta norma de redacción poco feliz, a mi modo de ver significa que el nuevo adquirente debe respetar el leasing, lo cual parece redundante frente a la inscripción y publicidad que adquiere el contrato, conforme al régimen del artículo 1162 del Proyecto.

En cuanto a la acción reivindicatoria se otorga al dador, que es el titular del derecho real (ver art. 2207 del Proyecto), ello sin perjuicio de la responsabilidad del tomador que ha permitido, por dolo o negligencia, que otro ejerza derechos sobre la cosa.

Las cosas muebles que se incorporen por accesión a un inmueble después de haber sido registrado el leasing, pueden separarse del inmueble para el ejercicio de los derechos del dador.

A sus efectos, habrá que remitirse a los artículos 1897 y siguientes del Proyecto. Las normas preindicadas no están en la ley 24.441.

10) *Opción de compra (art. 1167).*

La opción de compra –prevé el art. 1167- puede ejercerse por el tomador una vez que haya pagado las tres cuartas partes del *canon total*, o antes, si así lo convinieren las partes.

Este plazo puede ser prorrogado a opción del tomador, si lo prevé el contrato.

El artículo 27 de la ley 24.441 dispone que la facultad de adquirir la cosa se puede ejercer cuando el tomador hubiese pagado la mitad de los períodos de alquiler estipulado.

Debo destacar, que la compra del bien no es requisito esencial del contrato.

Esta norma será aplicable, tanto a las cosas muebles como inmuebles. Es un derecho concedido a favor del tomador.

También puede estipularse un plazo menor para ejercer la opción de compra o uno mayor. El tomador no debe estar en mora para ejercerla (ver al respecto art. 1172 del Proyecto).

Ejercida la opción nace el derecho del tomador a la transmisión del dominio y su obligación de pagar el precio del valor residual del bien.

Para la adquisición del dominio se aplican las normas pertinentes (arts. 1824, arts. 1863, y 2137 y siguientes del Proyecto).

11) *Responsabilidad objetiva (art. 1169).*

El artículo 1169 establece las responsabilidades por daños y perjuicios del dador y tomador.

En principio, el dador debe contratar un seguro que cubra los riesgos ordinarios de responsabilidad civil que puedan causar los bienes objeto del contrato.

El pago de la prima ha de convenirse entre las partes.

Se establece, también, la acción directa del damnificado contra el asegurador, de acuerdo con el contrato de seguro.

Si el dador no lo hubiera contratado es responsable, dice el Proyecto, en los términos del artículo 1662.

Parece más apropiado referirse a los artículos 1661 y siguientes del Proyecto que establece el régimen de responsabilidad, derivada de la intervención de cosas.

El artículo 33 de la ley 24.441 establece una limitación de responsabilidad parecida.

En cuanto a la responsabilidad del tomador remite el Proyecto al artículo 1636, aunque nos parece más apropiada la remisión a los artículos 1621 y siguientes pues el art. 1636 alude a la responsabilidad del vencido en un proceso judicial, por las costas.

12) *Cancelación de la inscripción (art. 1170).*

El artículo 1170 se refiere a la cancelación de la inscripción del leasing sobre cosas muebles no registrables y software.

Los supuestos que se indican en estas normas merecen ciertas observaciones.

En primer lugar, si existe una resolución judicial firme donde se ha dado oportunidad de participación al dador, es natural que se ordene la cancelación de la inscripción. También si la solicita el dador o su cesionario.

Sin embargo, cuando lo pide el tomador y no se cuenta con la conformidad del dador, el inciso c) dispone un procedimiento administrati-

vo que sin duda ha de complicar la actuación de los registros pertinentes (propiedad del automotor, de aeronaves, de embarcaciones y yates, de créditos prendarios o de propiedad industrial).

En efecto, dejar al encargado del registro que verifique los pagos, el ejercicio de la opción con sus accesorios, la interpelación al dador ofreciéndole los pagos, la concesión de un plazo de 15 días hábiles, son tareas que a nuestro modo de ver no corresponden al registrador y deben correr por la vía judicial pertinente, donde corresponderá dictar resolución ordenando la cancelación, si el juez advierte, luego de oír al dador, que se han cumplido los requisitos contractuales previstos.

Esta norma está inspirada, seguramente, en el artículo 25 del decreto 897/95.

13) *Cesión (art. 1171).*

En cuanto a la cesión del contrato o de los créditos del dador, no ofrece objeción y ha sido regulada, en lo pertinente, en los artículos 1527 y siguientes del Proyecto.

14) *Incumplimiento*

Respecto del incumplimiento, ejecución de la deuda y la obtención del desalojo, en el caso de inmuebles, el Proyecto de ley sigue un régimen similar al establecido por el artículo 34 de la ley 24.441.

Tuve oportunidad de comentar este sistema en E.D. T° 164, pág. 885 y posteriormente en el Boletín n° 18 -4 de julio de 1999- de Legislación Argentina de E.D.

Se trata de un procedimiento que ocasiona demoras y dificultades a quien ha puesto su capital para la construcción o venta de un inmueble.

El leasing está destinado a mecanismos de financiación.

Debe fomentarse y asegurar la inversión en la construcción con el fin de dar solución al problema de la falta de vivienda.

Por ello toda reforma que tienda a desequilibrar la relación entre quien construye o vende en beneficio del tomador seguramente restringirá la decisión de los inversores.

Pensamos que debió haberse establecido un solo régimen para todos los casos de incumplimiento.

La excesiva reglamentación que conlleva determinada protección hacia uno de los contratantes genera resistencia respecto de quienes exponen su capital.

Si el camino que indica el Proyecto es el juicio por desalojo, sabemos por experiencia que es sumamente lento, y en la práctica su duración no es inferior a los dos años.¹

Durante ese lapso el dador deberá abstenerse de disponer del inmueble, tendrá que pagar los gastos de mantenimiento (expensas, teléfono, luz, gas, impuestos), en espera de la sentencia y del recupero del bien a través del lanzamiento.

Por tanto la protección de los inversionistas, que es tan respetable como la de los tomadores, no está contemplada en el Proyecto.

Debe agregarse, aunque parezca innecesario, que no obstante el desalojo y su lanzamiento, para el cobro de los cánones adeudados y sus accesorios se deberá seguir otro juicio por cobro de pesos.

Tampoco se aclara si el leasing queda resuelto como consecuencia del incumplimiento del tomador, si bien es cierto que el juicio de desalojo significa en los hechos la resolución del contrato.

Pero la cuestión no es tan simple toda vez que será necesaria una resolución judicial que ampare los derechos del dador frente al incumplimiento del otro contratante.

Por ello pienso que aunque prospere el desalojo y se hubiera obtenido la recuperación del bien, habrá que tratar en otro proceso de conocimiento la resolución del contrato más los daños y perjuicios.

En conclusión, en el sistema proyectado, similar al de la ley 24.441, el dador que vio frustrado su derecho frente al incumplimiento del tomador deberá promover tres tipos de procesos:

- 1) desalojo por falta de pago
- 2) cobro de cánones adeudados y sus accesorios
- 3) resolución del contrato de leasing con daños y perjuicios y su cancelación registral.

Frente a esta perspectiva quedará desalentado el uso del leasing como elemento de financiamiento.

¹ Hariri, J.C. "Desalojo, Restitución de Inmuebles", E.D. Boletín N°18 de Leg. Arg., 4/6/99.

Considero que es previo decidir con criterio macro económico si se desea fomentar el contrato de leasing. Si la respuesta es afirmativa deberá agilizarse el procedimiento frente al incumplimiento con el fin de equiparar los derechos del dador y del tomador.

Me he referido oportunamente a todas las dificultades que presenta el ejercicio de la acción del dador frente al incumplimiento del tomador (E.D. T° 164, pág. 885 y Boletín n° 18 de Legislación Argentina de E.D.).

En el Proyecto se preveen tres supuestos de incumplimiento:

1) Cuando el tomador hubiese pagado menos de un cuarto del monto del canon total convenido, la mora es automática y el dador puede demandar judicialmente el desalojo.

El traslado de la demanda es por cinco días y el tomador sólo puede probar documentadamente el pago que se le reclama. Para paralizar el tramite deberá depositar judicialmente su deuda con más intereses y costas. En caso contrario el tribunal dispondrá el lanzamiento.

2) Cuando se hubiese abonado más de un cuarto, pero menos de las tres cuartas partes del canon total convenido, la situación cambia y ya no funciona la mora automática. El dador debe intimar al pago y se le otorga al tomador un plazo máximo de 60 días, seguramente corridos, para pagar. Si no lo hace deberá demandarse el desalojo. En este caso el tomador podrá depositar su deuda judicialmente. Además podrá ejercer la opción de compra, caso contrario se ordenará el lanzamiento.

Esta segunda opción no podrá ejercerse si el tomador en otra oportunidad incumplió con el pago de su deuda.

Se incluyen las costas en la obligación de depositar, lo cual es complicado porque los honorarios no están regulados de modo que el deudor deberá hacer un calculo estimativo.

3) Producido el incumplimiento después de haber pagado las tres cuartas partes del canon total, la intimación será por 90 días para darle una oportunidad más prolongada al deudor con el fin de que logre los fondos necesarios para ponerse al día. Suponemos que estos plazos son corridos por no ser procesales (art. 14 del Proyecto).

Vencido ese lapso el dador puede demandar el desalojo en el que se corre traslado por cinco días, esta vez hábiles por ser procesales, para que pague y también deposite las costas.

El trámite por desalojo, como he dicho, según experiencia cotidiana, no dura menos de dos años a los que habrá que sumarles los plazos antes mencionados.

En síntesis, cuanto mayor es el cumplimiento del tomador mayores son también los plazos que se le otorgan. Mientras tanto el dador deberá prolongar su espera.

4) Además el dador deberá promover la vía ejecutiva para el cobro de los periodos de canon adeudados.

Empero, si pretende daños y perjuicios deberá iniciar otro juicio por la "vía procesal pertinente"; tendrá el trámite del juicio sumario.

Debe aclararse que la resolución del contrato no está prevista expresamente, como ocurre en el caso de los bienes muebles, de donde al reclamar daños y perjuicios deberá pedirse también la resolución con el fin de poder dejar sin efecto la inscripción registral.

15) *Secuestro y ejecución de muebles (art. 1173).*

El Proyecto trata también sobre el secuestro y ejecución de muebles, que suponemos es extensible para los derechos intelectuales, aunque adaptándolos a sus características.

Frente a la mora del tomador en el pago del canon el dador tiene dos opciones:

a) Obtener –por vía judicial– el inmediato secuestro del bien con la sola presentación del contrato inscripto y demostrando haber interpelado al tomador otorgándole un plazo de cinco días o más para la regularización.

También puede ejecutar el cobro del canon con más la cláusula penal y sus intereses y promover acción por daños y perjuicios.

Este es el mejor camino para el dador, pues, producido el secuestro del bien se resuelve el contrato.

Ello, naturalmente, sin perjuicio de las defensas que podrá ejercer el tomador si la demanda fuera injusta.

Convendrá aclarar que el secuestro es una medida precautoria que, recién una vez firme, dará lugar a la resolución del contrato.

b) También puede el dador demandar por vía ejecutiva el cobro del canon adeudado incluyendo la totalidad del canon pendiente si así se

hubiere convenido, con la sola presentación del contrato inscripto y sus accesorios.

El título ejecutivo es, precisamente, el contrato de leasing.

Llama la atención que pueda reclamarse la totalidad del canon pendiente cuando no han transcurrido los plazos de uso y goce de cosa por parte del tomador. Pero la disposición aclara, si así se hubiere convenido, convención de dudosa legitimidad.

En este caso el secuestro procederá, según el Proyecto, una vez vencido el plazo ordinario del leasing, sin haber pagado el canon íntegro y el precio del valor residual.

En estas condiciones, como decíamos anteriormente, la opción a) es más útil para el tomador que este otro camino.

El juicio ejecutivo permite incluir la ejecución contra los fiadores o garantes del tomador, lo cual es correcto.

16) *Normas supletorias (art. 1174).*

Subsidiariamente se aplicarán al leasing las reglas del contrato de locación mientras no hubiese pagado la totalidad del canon y no hubiere ejercido la opción de compra.

No son aplicables al leasing las disposiciones relativas a plazos máximos y mínimos de la locación de cosas.

Ello es así porque el leasing no es exactamente un contrato de locación y por lo tanto no puede quedar atado a sus disposiciones.

Habrà que remitirse al art. 1162 última parte que autoriza se mantenga la inscripción por 20 años para inmuebles y para los demás bienes por 10 años.

Las normas del contrato de compraventa se aplican una vez pagado el precio.

III. CONCLUSIONES

Con algunas variantes el contrato de leasing se asemeja al ordenado en la ley 24.441, Título II. Y por tanto, se mantienen las observaciones que señalé en nuestras notas ya citadas.

1) Debe destacarse la posibilidad de oponer el contrato a los terceros y hacer valer los derechos en la quiebra del dador o del tomador.

2) Es útil la publicidad registral y la incorporación de marcas, patentes, modelos industriales y software.

3) Es útil la previsión del secuestro de los bienes muebles.

4) Es útil la vía ejecutiva para reclamar el pago del canon que corresponda según las circunstancias.

5) Es acertado haber eliminado la profesionalidad del dador y que el tomador no esté obligado a un uso condicionado de los bienes.

6) En cambio, es totalmente inadecuado el régimen establecido respecto del leasing de inmuebles, lo cual, como he dicho, generará desaliento de los inversionistas-dadores para usar este útil medio de financiación.

Se ha quebrado el equilibrio contractual volcándolo sin una razón justificada en favor del tomador a quien se le dan numerosas oportunidades para cumplir.

El leasing es un contrato que tiende a satisfacer las urgencias del tráfico con el fin de crear riquezas, que hace al bien común de la sociedad. Este propósito no aparece cabalmente cumplido, de acuerdo a las observaciones que se han hecho precedentemente.

Finalmente, sería conveniente insistir en la ratificación de la convención Unidroit sobre Leasing Financiero Internacional (Ottawa, 1988).

PROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL UNIFICADO

María Luisa Casas de Chamorro Vanasco

I- INTRODUCCIÓN

La aparición del proyecto de Código Civil de la República, unificado con el de Comercio, de reciente divulgación, ha provocado entre los estudiosos del Derecho distintos comentarios.

Adversos algunos, laudatorios otros, lo cierto es que la cuestión reviste una importancia tal que consideramos oportuno la presentación de este comentario que pretende analizar con toda la objetividad posible sólo un sector de la obra, específicamente la referida a los contratos y de ella, con exclusividad la que trata del concepto, la clasificación y los elementos esenciales del referido instituto jurídico.

Es por todos conocido que en la antigüedad no existía separación entre las normas civiles y mercantiles.

El Derecho Civil era el que reglaba las relaciones entre particulares sin distinción alguna de profesión o actividad.

Esto se mantuvo hasta que las necesidades del tráfico jurídico se fueron haciendo más complejas y por consiguiente fue menester adecuar, en principio teniendo en cuenta a la persona y más adelante a los actos por ellas realizados, las normas existentes y separar lo civil de lo estrictamente mercantil.

Modernamente y luego de haberse transitado por una larga evolución se sostiene que el Derecho Comercial es el de los actos económicos que se producen en masa para distinguirlos de otros, los civiles por ejemplo, que se suceden de forma individual y hasta ocasional. Y más aún en tiempos recientes, se entiende al Derecho Comercial como el Derecho de la Empresa.¹

¹Erdozain, Martín L.: Contratos I, Cátedra de Derecho Civil del Dr. Federico Videla Escalada, pág. 101, Ed. Zavalía Bs. As. 1971, y Garrigues, Curso de Derecho Comercial, T. II pág. 9.

Este criterio resulta demasiado amplio dado que las normas mercantiles no son las únicas que intervienen en la actividad empresarial.

En efecto, dentro de su ámbito funcionan también las del Derecho administrativo, del laboral, del tributario, etc.

Sin embargo, y a pesar de esta evolución para llegar a la separación de ambas normativas integrantes del Derecho Privado, es decir la civil y la comercial, se viene propiciando desde hace mucho tiempo la unificación de ambas, en algunos casos de manera total y en otros sólo de algunos sectores.

La justificación de esta tendencia encuentra sustento en que ambos Derechos se integran y complementan, y con la unificación se volvería al criterio primitivo en el cual, como dijéramos, no había distinción.

Este modo de pensar ya se encontraba en autores que como Freitas, fuente inspiradora de nuestro codificador Vélez Sarsfield, en el año 1859 y con motivo de habersele encomendado la redacción de su conocido Esboço manifestó que *“el gobierno pretende de mí la redacción de un Código Civil y no puedo dar ese Código sin comprender allí lo que se llama Derecho Comercial, sin comenzar por otro Código que abarque la legislación entera...”*²

Entre nosotros, y en la misma época, estuvo vigente un código que unificaba el tratamiento de las obligaciones y contratos, dado que el Código de Comercio para la Pcia. de Buenos Aires del año 1859 y que en el 62 rigió para la Nación, así lo preveía y se mantuvo hasta la entrada en vigencia de la obra de Vélez en 1871.

En el Derecho comparado la primera manifestación legislativa es la del Código Suizo de las obligaciones que trata, tanto las civiles como las comerciales e inclusive los contratos. Posteriormente este ejemplo ha sido seguido por países como Rusia, China, Polonia, Perú (en su Código de 1936), Italia, Paraguay, etc.³

Como se advierte, al criterio unificador no ha sido ajeno a nuestro país, y ello justifica que se hayan elaborado distintos proyectos con el

² Gastaldi José María: Introducción al estudio de los contratos comerciales, pág. 103. Ed. de Belgrano, 1981.

³ Código Suizo de las Obligaciones (1881), Código Peruano (1984), Código Italiano (1942), Paraguay (1987), Federación Rusa (1994 y 1996) y Código de Quebec (1992) en cuanto introduce regulaciones propias del derecho de consumo.

propósito de reunir en un solo cuerpo legislativo ambas normativas, es decir la civil y la comercial, sea en su integridad o solamente de algunos sectores.

Por otra parte cabe señalar que, sobre todo en la última década, las iniciativas reformadoras han sido varias, aunque se han seguido para concretarlas criterios diferentes.

A pesar de ello se advierte en todos los casos, que el propósito de los autores ha sido llevar al Código Civil las normas mercantiles y por consiguiente derogar en todo o en parte el de Comercio.

No obstante, tiempo atrás hubo dos proyectos en los que se siguió un criterio contrario al antes expuesto.

Sus autores, en un caso Satanovsky y en otro Yadarola propiciaron volcar al ámbito comercial las normas de carácter civil, pero no obtuvieron el consenso necesario para que la iniciativa pudiera prosperar.⁴

Quizás sea por eso que los trabajos más recientes se han inclinado por lo que podríamos denominar un criterio civilista, prueba de lo cual son los elaborados en 1987 que modifican la obra de Vélez y derogan el Código de Comercio, el proyecto de la Comisión creada por el Dcto. 468/92 que sólo sustituye el Libro II del Código Civil, al que incorpora normas mercantiles y por consiguiente unifica todo lo referido a obligaciones y contratos; el elaborado por la Comisión Federal de la Cámara

⁴ Satanowsky, Tratado..., n° 93, 94 y 95, pág. 191/2 y 199 quien propone la unificación dentro del Código de Comercio, y aclara *“el acto aislado de comercio, amplificador del contenido del derecho mercantil, constituye así el “nudo gordiano” del problema a resolver y que suprimirlo, difiriendo su legislación al derecho civil, como en vano se intentó en la codificación alemana, o generalizarlo, unificando la legislación sobre obligaciones y contratos, nada soluciona porque igualmente la divergencia se presenta*. Este jurista también sostiene que resulta indudablemente preponderante la influencia del derecho mercantil sobre el civil en materia de obligaciones y contratos.-

Yadarola, por su parte, propiciaba la sanción de un Código de las Relaciones Económicas en un Código, pero separadamente del Código Civil general de obligaciones y contratos, una parte especial sobre comerciante y los agentes de comercio, otra sobre títulos de crédito, etc. y una última de quiebras, uniforme para deudores civiles y comerciales. De este modo se pronunció en el Congreso Nacional de Derecho Comercial de 1940: *“No entiendo la diferencia de naturaleza entre obligaciones civiles y comerciales, como lo prueba el hecho de que toda la parte general de las obligaciones se halla unificada y muchas relaciones de índole civil se gobiernan por el Código de Comercio, e igualmente quedan sometidos a las normas del derecho comercial todos aquellos que, sin ser comerciantes, cumplen accidentalmente actos de comercio; debe llegarse a la unificación de todo el derecho común de las obligaciones, en un mismo código que podría denominarse “Código de las Relaciones Económicas”*.

de Diputados de la Nación que fue redactado por un grupo de destacados juristas representantes de las distintas regiones del interior del país, que fue sancionado a fines de 1993 y pasó para su revisión por el Senado y finalmente el que elaboró la Comisión creada por el Dcto. 685/95 que es el que motiva el presente comentario.

Cabe destacar que todas las Comisiones que trabajaron en los distintos proyectos antes mencionados, fueron honoríficas y que la tarea desarrollada por sus distintos autores ha sido ardua y sumamente valiosa más allá de que se pueda coincidir o disentir con el tratamiento dado a las distintas instituciones jurídicas que integran la obra.

II – METODOLOGÍA

Como es sabido, el Código de Vélez está ordenado metodológicamente en cuatro libros y cuenta además con un título preliminar y uno complementario.

El número de disposiciones asciende a 4051 artículos, algunos de los cuales han sido derogados o reformados por leyes posteriores y también por ese mismo medio, se han agregado disposiciones nuevas, sin cambiar la numeración original y adicionando la expresión “bis” al número primitivo.

El proyecto que comentamos alcanza a un total de 2532 artículos distribuidos en siete libros, cada uno de los cuales se subdivide a su vez en distinta cantidad de títulos, los que a su vez contienen varias secciones.

Cabe destacar que la obra carece de notas explicativas, pero cuenta con un extenso prólogo en el que cuidadosamente desarrollan sus autores lo que denominan “Fundamentos del proyecto de Código Civil”

La cuestión referida a la inclusión o no de notas en una obra como la proyectada, ha encontrado en la doctrina posiciones divergentes, dado que hay quienes destacan su inconveniencia, como los que afirman su utilidad.

Evidentemente los autores del proyecto se enrolan en la primera postura y la ponen en evidencia en expresiones contenidas en los referidos “Fundamentos” donde textualmente dicen: “No hemos puesto notas a su

articulado por razones que hemos considerado decisivas”. Y más adelante agregan: “*Por lo pronto porque no las trae ninguno de los Códigos Civiles del mundo que conocemos, ni ninguno de los Códigos vigentes en Argentina*”.⁵

Y a renglón seguido manifiestan que Vélez Sarsfield las incluyó porque, en razón del estado de la cultura jurídica de su tiempo, su obra sirvió como una especie de Tratado de Derecho Civil, hasta tanto aparecieran quienes elaboraran ese tipo de textos.⁶

Por nuestra parte creemos conveniente la incorporación de las notas en un Código, como lo hizo el autor del vigente en materia civil, ya que facilita su comprensión y permite conocer más acabadamente el contenido de la normativa que se tuvo en cuenta para la redacción de los distintos preceptos legales.

Si bien es cierto que en los citados Fundamentos se menciona la legislación inspiradora, no siempre resulta ésta accesible para quienes están interesados en un conocimiento más profundo de las normas porque deben aplicarlas o simplemente por una inquietud de tipo científico que lleva a un análisis más profundo de los textos legales.

El tema a desarrollar en este trabajo está tratado en el libro IV, denominado “De los derechos personales”, el cual se encuentra dividido en cuatro títulos y comprende desde el art. 670 al 1814 inclusive. Es sin duda el libro de mayor extensión de los proyectados.

Dichos títulos tratan de las obligaciones en general, de los contratos en general, de los contratos en particular y de otras fuentes de las obligaciones.

Obviamente al que vamos a dedicar nuestra atención es al Título II, el cual está integrado por trece capítulos pero de los cuales sólo nos ocuparemos de los seis primeros.

III- DE LOS CONTRATOS EN GENERAL

El primer capítulo de este libro trata de disposiciones generales acerca de los contratos y el art. 899 incluye en cinco incisos, distintas defini-

⁵ Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio; pág 16; Abeledo Perrot 1999.-

⁶ Proyecto de Código Civil...op. cit; pág 16.-

ciones de categorías contractuales, dedicando el primero, es decir el “a)” a la noción de contrato.

Cabe destacar que mejora notoriamente el texto del art. 1137 vigente cuya amplitud, reconocida por la doctrina en general, lo hace más apto para dar una definición de convención jurídica que de una de sus especies como lo es el contrato, concepto agravado en su interpretación, por los comentarios efectuados en la nota puesta al pie del precepto, en la que destaca el codificador la posición de Freitas a pesar de inspirar la redacción de su norma en el criterio de Savigny, quien incluye dentro del ámbito contractual por ejemplo a la adopción en algunos casos, al matrimonio, etc..⁷

Y más aún, el referido autor incursiona con su concepto en el ámbito del Derecho Público, al cual es ajena la posición de nuestro codificador, e incluye por ejemplo, a los tratados internacionales.

Los proyectos del 36, del 54 y del 87 mantuvieron esta redacción por lo cual es loable el criterio adoptado en la obra que tratamos, ya que reduce notoriamente el alcance de la figura en cuestión, la limita al campo del Derecho Privado y dentro de éste al patrimonial, fijando claramente el campo de este instrumento jurídico de tanta trascendencia en la vida moderna.

En efecto, el art. 899 proyectado dice: “*Se denomina: a) Contrato, al acto jurídico mediante el cual 2 (dos) o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales*”.

Como se advierte, el contenido de esta norma es muy similar al que proyectó la Comisión que en el año 1991, se abocó a la tarea de unificar obligaciones y contratos civiles y comerciales y por lo tanto modificar, sustancialmente, el libro II del Código Civil actualmente vigente.

Tanto esta disposición como la antes transcrita se inspiran en el art. 1321 del Código Italiano y es avalada por destacada doctrina de nuestro país.⁸

⁷ Savigny, Derecho Romano, T° 3 parágrafo 140 y Videla Escalada Federico, Contratos pág. 33 y 34 Ed. Zavallía, 1979.-

⁸ Código Italiano, art. 1321: “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre sí una relación jurídica patrimonial”.

Gastaldi, José María, Contratos, Vol. I, pág. 98; Abeledo Perrot, 1994.

Videla Escalada Federico, Contratos..op. cit. pág. 23.

Cabe destacar que el proyecto incorpora la idea de contrato plurilateral y tiene en cuenta lo previsto en el art. 910 al que más adelante hemos de referirnos.

Continúa la obra en análisis con la definición del contrato discrecional en el *inc. b)* del referido art. 899, entendiendo por tal “*aquel cuyas estipulaciones han sido determinadas de común acuerdo por todas las partes*”.

En realidad y como es sabido para que haya contrato es imprescindible la confluencia de por lo menos dos voluntades que se manifiesten de acuerdo, con el propósito de reglar sus derechos en el campo patrimonial, lo cual se adecua a lo expresado en el *inc. a)* del artículo en comentario.

La explicación de esta inclusión es probable que se encuentre en la necesidad de distinguir esta especie que es la general de otra, la de los predispuestos, a los que también define el proyecto (en el *inc. c)* diciendo que “*es aquel cuyas estipulaciones han sido determinadas unilateralmente por alguna de las partes*”.

No obstante lo expuesto, resulta superflua la inclusión, a nuestro modo de ver, del concepto contenido en el *inc. b)* de la norma en comentario, la cual, entendemos, podía haber sido obviada, dado el contenido del primero.

En cambio resulta de utilidad lo referido a los contratos de contenido predispuesto, los cuales según el texto de que se trata, son aquellos cuyas estipulaciones han sido determinadas unilateralmente por alguna de las partes, para continuar en el mismo precepto con una referencia a las cláusulas predispuestas lo cual, naturalmente, nada añade al concepto antes expuesto.

El *inc. d)* del art. 899 trata de las condiciones generales respecto de las cuales se sienta el criterio de que se trata de una especie de las cláusulas predispuestas pero con un alcance más general y finaliza la norma con una definición de contrato por adhesión que guarda, al igual que las referidas a las condiciones generales antes citadas, una relación de género a especie con las normadas en el *inc. d)* y al que caracteriza como aquellos “en que la parte no predisponente ha estado precisada a declarar su aceptación”.

Como es sabido, la inclusión de definiciones en el texto legislativo es una cuestión que ha motivado distintas posiciones entre los estudiosos del Derecho, desde que Javolero (II epist. en Digesto 50,17, De regulis iuris, 202) afirmó que “*en Derecho Civil toda definición es peligrosa, pues es difícil que no tenga que ser alterada*” y que es citado por los autores del proyecto en la nota de elevación para decir luego que queda desvirtuado ese concepto porque el Código vigente las usa y porque éstas tienen contenido normativo cuando “*se prevé una consecuencia de Derecho vinculada a ellas*”.⁹

Por nuestra parte consideramos de utilidad la inclusión en el texto legal de conceptos que precisen el contenido y características de diversas instituciones jurídicas, porque facilitan la interpretación y el conocimiento de las mismas y también la aplicación de las normas que deberán hacer quienes legalmente están facultados para ello.

El art. 900, que continúa al de las definiciones antes comentadas, se refiere al requisito de la *consensualidad* para la formación del contrato.

A nuestro modo de ver resulta redundante teniendo en cuenta la definición dada respecto a este acto jurídico que requiere, indudablemente, que haya una manifestación del consentimiento de las partes para poder reglar sus derechos patrimoniales.

El art. 901 hace mención a que los derechos emergentes de un contrato integran el derecho de propiedad del contratante. La referencia resulta obvia y por consiguiente innecesaria dado que, conforme a la definición incluida en el proyecto, los derechos que nacen de estos acuerdos revisten el carácter de patrimonial ya sea que se trate de reales, personales o intelectuales.

Continúa el capítulo I del título II con disposiciones referidas al carácter de la normativa en materia contractual, la cual se declara supletoria de la voluntad de los participantes del acto, a menos que de distintas circunstancias como la expresión, el contenido o contexto resulte, dice el artículo 902, “su carácter indisponible”.

Estimamos que hubiera sido más acertado calificar de imperativas a las disposiciones de cuya aplicación las partes no puedan apartarse,

⁹ Proyecto de Código Civil op. cit. pág 16 y 17.

aunque así lo convinieran, ya que es terminología arraigada en nuestro lenguaje jurídico y legislativo.

Luego efectúa el proyecto un orden de prelación normativa y de integración del contrato incluyendo en el último inciso del art. 904 a “*los usos del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables*”.

Como es sabido no puede hablarse, en general, de la existencia de usos en materia civil, a pesar de que el Código de Vélez los menciona, al igual que a las costumbres del lugar en distintas disposiciones.

Entendemos que es más adecuada la inclusión de esta referencia en el Proyecto que comentamos por tratarse de legislación civil y comercial y por ser en este ámbito en que tienen amplia cabida los usos mercantiles.

El artículo siguiente se refiere, nuevamente, a los contratos de cláusulas predispuestas, los cuales, cuando son instrumentados por escrito deben ser redactados en forma clara, completa y con letra de fácil lectura.

Este es un tema sobre el cual ha insistido en forma reiterada la doctrina y la jurisprudencia, e inclusive ha sido incluido en forma expresa en la ley de protección del consumidor.¹⁰

Ese requisito resulta indispensable, sobre todo en contratos de las características señaladas en los cuales la parte a quien se lo propone, lo único que puede hacer es aceptar o rechazar la oferta pero nunca modificarla.

De ahí que se haya consagrado como regla de interpretación, que ésta debe hacerse, en caso de duda, en contra de quien lo redactó.

Por ser ésta una figura del Derecho moderno, el Código Civil vigente no incluye normas al respecto. Se encuentran algunas disposiciones en el Proyecto de 1936¹¹ lo cual es de destacar pues, aunque no sea de manera expresa, al tratar de las ofertas al público se pone en evidencia la intención del legislador de tratar a este tipo de acuerdos, más aún por la referencia a los servicios públicos, que incluye el texto del art. 805 de dicho Proyecto.

En realidad en esa obra fueron esbozados los fundamentos para la celebración de los contratos por adhesión, con expresiones que hacen

¹⁰ Ley 24.240 art. 37 y 38.

¹¹ Proyecto de 1.936 art. 805 y 806.

advertir la influencia de uno de los integrantes de la Comisión redactora, el Dr. Héctor Lafaille, quien en su Tratado de Derecho Civil señala la relación existente entre este tipo de contratos con el Derecho Público.¹²

En cuanto a la legislación comparada incluye la figura, entre otros, el Código Italiano¹³, que coloca las normas pertinentes en el ámbito del consentimiento y de la interpretación.

Este cuerpo legislativo, sin dedicar un capítulo especial al tema, la regula de modo tal que pueda funcionar y que estos contratos no perjudiquen la equidad que debe primar en todo acto jurídico.

Otras legislaciones y proyectos han incluido disposiciones similares a las del Código Italiano y el instituto ha sido objeto de tratamiento por la doctrina y la jurisprudencia.¹⁴

En lo que hace a los contratos de contenido o con cláusulas predisuestas, deben ser redactados con la claridad necesaria, tanto en su contenido como en su escritura, como para que puedan ser comprendidos con facilidad.

Este tipo de acuerdos ha logrado gran difusión en la vida contemporánea que requiere una mayor rapidez en la formulación de la convención y que no permite que las negociaciones se prolonguen en exceso en el tiempo, para que los interesados logren concretar su propósito, con la mayor celeridad.

Antes resultaba más simple confeccionar lo que López de Zavalía denomina "contratos a medida", es decir, a medida de lo que cada contratante requiere con la celebración del acto.

En la actualidad es muy frecuente la utilización de textos impresos, que deben reunir las características que señala el artículo en comentario, y a los cuales la parte a quien se formula de este modo la oferta podría aceptarla o no, conforme a su conveniencia, con lo cual quedará perfeccionado el acuerdo o se pondrá fin a la vinculación negocial.

Es importante destacar que el Proyecto se ha preocupado especialmente en reglar los contratos en los que una sola de las partes es quien los redacta, ya sea por tratarse de las convenciones celebradas por adhe-

¹² Lafaille, Héctor: Tratado de Derecho Civil, Contratos Vol. I, N° 120 pág. 140.

¹³ Código Italiano art. 1341 y 1342.

¹⁴ Videla Escalada Federico, "Contratos por adhesión", Separata de la Obra "Estudios de Derecho Civil en Homenaje a Héctor Lafaille" 1968, pág. 32 y sig.

sión o de las que se caracterizan por ser de contenido predispuesto, teniendo en cuenta las características especiales de este tipo de acuerdos.

Por otra parte, cabe destacar que si bien es cierto que otorga al Juez ciertas facultades para que en determinados supuestos, pueda modificar las cláusulas contractuales, al mismo tiempo sienta el principio de la conservación del contrato y de la interpretación a favor de la parte no predisponente. Sin embargo con respecto a las referidas facultades, las mismas son concedidas sin exigir que para ejercerlas sea menester determinar la nulidad o al menos el carácter abusivo de la cláusula y sin restringir en modo alguno ese derecho, lo cual parece extenderlo no sólo a los contratos de contenido predispuesto o por adhesión, si no también a los llamados discrecionales.

Termina el capítulo de disposiciones generales con una norma innovadora que plasma una costumbre arraigada en nuestro tráfico jurídico, referida al modo en que deben ser soportados los gastos que demande la concreción del acto los cuales, salvo disposición legal o estipulación especial, deberán ser solventados en partes iguales por los interesados.

IV- CATEGORÍAS DE CONTRATOS

Metodológicamente continúa el proyecto con un capítulo dedicado a la clasificación de los contratos a la que llama "categorías": incluye a los clásicos pareados, es decir, unilaterales y bilaterales, onerosos y gratuitos, formales y no formales, y finalmente típicos y atípicos.

Cabe destacar que en otro capítulo, al tratar del consentimiento se incluye a los contratos plurilaterales a los que define como el celebrado por varias partes, requiriéndose el consentimiento de todas ellas para la validez del acto.

Se trata de una norma innovadora dado que ninguno de los proyectos anteriores previó su tratamiento especial aunque en realidad, si no estuviera plasmada legislativamente, igualmente funcionaría de ese modo sobre la base del concepto que corresponde a los bilaterales, cuya importancia radica, en ambos supuestos, en los efectos que producen.

Como se advierte, se eliminan los reales y en consecuencia todos son sólo consensuales, principio que ha sido sostenido por la doctrina e

inclusive por proyectos de reforma del Código Civil como el de 1936 y el de 1954, aunque con un alcance mayor, dado que ambas obras suprimen todo tipo de clasificaciones.

En cuanto a los reales, cabe señalar que, como contrapuestos a los consensuales, son aquellos en los cuales la entrega de la cosa objeto del acto, es esencial para su concreción. Es decir que en este tipo de acuerdos se requiere además del consentimiento un plus, la "datio rei".

La doctrina moderna desconoce el valor de esta categoría entendiendo que si bien se justificaba en la antigüedad por la exigencia de la formalidad de la entrega, en la actualidad, ha perdido justificación.¹⁵

Afirman quienes se enrolan en este criterio que el requisito de entregar la cosa no es exigencia en el momento de formación del acto, sino que ello ocurre en la etapa funcional y por consiguiente la obligación de devolver no nace cuando se concreta el vínculo jurídico, es decir cuando se produce el acuerdo de voluntades, sino en el momento en que el contrato se cumpla, o sea, cuando se entrega la cosa.

Este modo de pensar se encuentra consagrado en el Código Suizo y el de Méjico de 1928 que es el único de América que adhiere al criterio señalado.

En nuestra doctrina Mosset Iturraspe ha dicho sobre esta cuestión que: "*Al impugnar la categoría de los contratos reales, por entender que se trata de un resabio histórico del formalismo romano, verdadero lastre anacrónico, y propender a que tales negocios sean considerados como negocios consensuales, estamos desde ya, admitiendo los contratos preliminares o promesas de tales acuerdos, como admitimos las promesas de compraventa, permuta, etc.*".¹⁶

Cabe agregar que el mencionado jurista, a cuyo criterio adherimos, aclara que en esas promesas que admite, como acuerdos previos de un contrato definitivo, en caso de referirse a un mutuo o a un depósito, los mismos son de un carácter consensual y no preliminares de uno real.

El Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 mantuvo prácticamente intacta la incluida en el Código de Vélez, inclusive repitiendo sus expresiones, con la excepción de los nominados e innominados a los que denomi-

¹⁵ Mosset Iturraspe, "Contratos" Ed. Ediar, 1993, pág. 54

¹⁶ Mosset Iturraspe, op. cit. Pág. 58

na, correctamente, típicos y atípicos apartándose de las expresiones contenidas en el art. 1143 vigente.

Con referencia a éstos, ese criterio había sido plasmado también en el proyecto del 87, repitiendo el que examinamos, casi de manera textual, las expresiones contenidas en el citado proyecto de 1993.

Además, con esta redacción, se pone fin a la discusión doctrinaria respecto al orden de jerarquía de las normas que rigen este tipo de acuerdos.

El proyecto de 1987 también preveía una disposición similar aunque variando la prelación de los preceptos aplicables en subsidio de la voluntad de los contratantes.

En cuanto a las obras de Bibiloni y de la Comisión de 1936, siguiendo la noción tradicional, se refieren a contratos innominados y sientan el criterio de que su regulación se hará mediante la utilización de las disposiciones relativas a los nominados con los que tuvieran mayor analogía¹⁷ de típicos y atípicos. En definitiva, la obra en comentario incorpora la categoría y lo hace con una definición adecuada, agregando cuáles son las normas y el orden en que las mismas deben ser aplicadas para su interpretación.

Finalmente incorpora una subcategoría, la de los atípicos con tipicidad social, dándole preeminencia a los usos, sobre todo en los contratos comerciales.

Por otra parte cabe señalar que se innova en el tema que tratamos, al incluir la distinción entre contratos formales y no formales, que si bien se encuentra implícita en la obra de nuestro codificador, los proyectos anteriores no la habían propuesto en esta sección.

Dentro de los formales, se hace la clásica distinción entre solemnes y ad probationem, y se incluye en el artículo en cuestión la sub clasificación de los primeros en absolutos y relativos según que el incumplimiento de la formalidad traiga aparejada la nulidad del acto o permita su conversión obligando a las partes a realizarlo conforme las exigencias del caso. De ser remiso el obligado, el Tribunal puede hacerlo en su representación.

¹⁷ Bibiloni; Anteproyecto de 1926, art. 1292.

V- CONSENTIMIENTO

El capítulo III trata el consentimiento y consta de siete secciones, para continuar en los siguientes, es decir, el IV con la capacidad, el V y VI con los otros dos elementos esenciales del contrato y por ende del acto jurídico, es decir, el objeto y la causa.

No incluye una norma, como lo hacía el Proyecto del 93, que establezca cuáles son esos referidos elementos, aunque los trata separadamente, siguiendo el criterio e inclusive el orden del Código vigente.

Estimamos más conveniente la enumeración antes indicada como lo hacen otros códigos¹⁸ dado que de esa manera se evitan discusiones doctrinarias y hasta jurisprudenciales sobre la cuestión.

Pasamos seguidamente al análisis del consentimiento que es primordial en la figura contractual, del modo en que ha sido tratado por el proyecto en cuestión.

En cuanto a la formación del consentimiento, es decir de la conjunción de las voluntades intervinientes que se exteriorizan con la oferta y la aceptación cabe destacar que se adopta la teoría de la recepción como la más adecuada para determinar el momento en que se perfecciona el acuerdo, que según el proyecto, se produce cuando una "aceptación útil" es recibida por el oferente. Estimamos que debe entenderse por "aceptación útil" aquella que contenga los requisitos exigidos por los artículos 929 ó 930, según el caso, a los que hemos de referirnos más adelante.

Se considera que la oferta es recibida por el destinatario cuando éste la conoce, o hubo de haberla conocido, trátase de comunicación verbal, de recepción en su domicilio del instrumento pertinente, o de otro modo de información.

El Proyecto del Ejecutivo de 1993 también adoptó la teoría de la recepción, aunque no definió el momento de configuración de la misma.

El del Código Único de 1987 y el de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados, sí lo hicieron, entendiendo que esa manifestación se considera recibida por la otra parte "cuando ésta la conoce, o hubo de

¹⁸ Código Francés art. 1108 y Código Italiano art. 1325 y Proyecto de la Comisión designada por decreto 468/92 (Proyecto de 1993). Art. 851: "Son elementos esenciales de los contratos el consentimiento, el objeto y la causa".

haberla conocido si hubiera actuado con la diligencia apropiada en las circunstancias del caso".¹⁹

Según los fundamentos del Proyecto, para la teoría de la recepción se parte de la idea que, cuando la aceptación llega al domicilio del oferente, éste ha de conocerla.

Aunque Bibiloni no adoptó la referida teoría en su proyecto de modificación, señala en la nota a uno de sus artículos: "*Se sustituye conocimiento por la recepción, lo que es, por cierto, muy distinto. La carta, el telegrama que contiene un anuncio, pueden estar en poder del interesado y no tener conocimiento de su contenido, por ausencia, enfermedad o incuria. En el mundo de los negocios la correspondencia se entiende conocida desde su entrega en la casa o escritorio del destinatario. La desidia no puede autorizar el que la recepción no produzca sus efectos: alguno debe encargarse de examinar las comunicaciones*".²⁰

Los Principios de Unidroit consideran que una comunicación "llega" a la persona cuando le es comunicada oralmente o entregada en su establecimiento o en su dirección postal.

El Contract Code "entiende que una comunicación ha llegado a la persona a quien se dirige cuando llega a su atención, o a la de una persona que tiene su autorización para recibirla" y, en el caso de tratarse de comunicación escrita, "cuando entra en posesión de alguna de tales personas o es entregada en algún lugar autorizado para la entrega".²¹

Como novedad destacable, se abandona el criterio de que la aceptación debe ser lisa y llana, y que cualquier modificación importa una contraoferta. Es el primer proyecto que adopta la teoría de la **punktation**, contemplada en el Código Suizo de las Obligaciones y en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, ratificada por ley 22.765 según la cual, el contrato queda formado cuando hay acuerdo sobre sus elementos constitutivos propuestos en la oferta, y la aceptación no le introduce modificaciones que los "alteren sustancialmente".²²

¹⁹ Proyecto de Código Único de 1987 artículo 1144 art. 1146 y Proyecto de la Cámara de Diputados de 1993, art. 1146

²⁰ Bibiloni, op.cit; Tomo II, nota art. 1306, pág. 181. pág.

²¹ Contract Code, art.14, inc.1º.-

²² Ley 22.765 art. 19 inc. 2.

En concordancia con la previsión legal antes señalada se determina a continuación que la muerte, la incapacidad o la quiebra del oferente o del aceptante no deben perjudicar, respectivamente, la vigencia de la oferta ni la eficacia de la aceptación recibida con posterioridad.

Con igual criterio lo establecieron los Proyectos de 1987 y el de Diputados de 1993, no así el del Ejecutivo, que mantiene el mismo modo de pensar de Vélez.

De los fundamentos del Proyecto con los que coincidimos, la solución dada es la adecuada a las exigencias de seguridad del tráfico negocial moderno (III Jornadas de Derecho Civil de La Pampa, Santa Rosa, 1991; V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Junín, 1992), en el cual interesa la declaración del consentimiento antes bien que la coincidencia de las voluntades psicológicas del oferente y del aceptante.

Seguidamente se regula la conducta de las partes en el período de las tratativas contractuales en el cual como durante toda la vida del contrato, debe prevalecer el criterio de la buena fe.

En cuanto a la responsabilidad precontractual es decir, aquella que se genera por la ruptura intempestiva de las tratativas y en caso de incurrirse en este incumplimiento, el Proyecto determina que debe indemnizarse el daño al interés negativo, tal como lo venía disponiendo la jurisprudencia de nuestro país.²³

En idéntico sentido, esta pauta había sido adelantada por el Proyecto de Código Único de 1987 (art. 520, 1158 y 1159), el de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de 1993 (art. 520 y 1158) y el del Ejecutivo de 1993 (art. 871 y 872).

En cuanto a las cartas de intención, debido a la amplitud de manifestaciones que este concepto puede abarcar, se optó por regular su alcance sentando el principio de su interpretación restrictiva. Es otra de las novedades de este Proyecto que merece destacarse.

Con referencia a los requisitos de la oferta, el proyecto los especifica claramente, debiendo indicar la intención de contratar, estar dirigida a persona determinada o determinable y convenir las especificaciones propias

²³ CNCom., sala E, junio 5 - 1996. - Farley, Omar D. c. LR1 - Radio El Mundo, LA LEY, 1996-E, 652; C1aCC Mar del Plata, Sala I, febrero 20, 1997. - Katinsky, Tomás R. c. Gil, Zulma E., LLBA, 1998-999;

del contrato de que se trate, para que no queden dudas de los efectos que producirá el acto, en caso de ser aceptado.

Sobre esa base se pueden establecer los caracteres de ese acto jurídico unilateral, los cuales son los siguientes:

1. *Vinculante*: Esta exigencia surge en forma expresa del Proyecto del 36, Anteproyecto de 1954 (art. 1008), del Proyecto de Código Único de 1987 (art.1147) y del Proyecto del Ejecutivo de 1993 (art.860).
2. *Autosuficiente*: siguiendo la tendencia actual, y apartándose del tradicional art. 1148 de Vélez y de los proyectos del 26, 36 y del 54, no se exige que la oferta tenga todos los antecedentes constitutivos del contrato de que se trata. Esto se inspira en la Convención de Viena de Compraventa de Mercaderías y en el Proyecto de Código Único de 1987 (art. 1147), Proyecto de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de 1993 (art. 1147), Proyecto del Ejecutivo del 93 (art. 859).
3. *Destinatario determinado o determinable*: en este aspecto, recoge una opinión dominante en la doctrina argentina, y los antecedentes de la Convención de Viena de Compraventa de Mercaderías y de los proyectos más recientes.
4. *Delimitación de los efectos que genera*. Son sus antecedentes las mismas obras antes mencionadas.

Trata luego la obra, de manera explícita, la invitación a contratar.

El principio que sienta es que, cuando dicha invitación es a persona indeterminada (oferta al público), se entiende como la referida invitación a contratar, y por consiguiente, no tiene efecto vinculante.

La norma en cuestión ha transcripto la contenida en el Proyecto de Código Único de 1987 (art. 1145), la cual con igual temperamento fue incorporada en la Convención de Viena de Compraventa de Mercaderías (art.14.2), en el Proyecto de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de 1993 (art. 1145), y en el del Ejecutivo del 93 (art. 868).

En cuanto a la vigencia de la oferta, se tratan las distintas situaciones que se pueden presentar y se amplía notablemente el régimen de Vélez, del modo siguiente:

- a) *Oferta pura y simple entre presentes*: La oferta pierde vigencia si no es aceptada inmediatamente. Se sigue el criterio del Código Civil (art. 1151), como así también los proyectos elaborados a partir de 1987.

- b) *Oferta pura y simple entre ausentes*: se prevé que el tiempo de vigencia es el razonablemente necesario para recibir la aceptación, debiendo tenerse en cuenta el medio utilizado para emitir la oferta y las circunstancias del caso. En la interpretación del plazo debe imperar el principio de la buena fe. Es la misma regla que adoptaron los proyectos anteriores como así también el Código Suizo de las Obligaciones (art.5).
- c) *Oferta a plazo*: en este inciso se sigue la línea del Proyecto de Código Único de 1987 (art. 1149 inc.1), es decir que caduca una vez vencido el plazo estipulado.
- d) *Oferta irrevocable (sin indicación de plazo)*: la solución prevista coincide con el Proyecto de Código Único de 1987 (art. 1149 inc.2) y en consecuencia caduca a los 30 días o antes, si se recibe su rechazo.

Los siguientes incisos hacen referencia a las ofertas al público y a las subastas, y las soluciones previstas siguen los principios establecidos.

En cuanto a los plazos de vigencia, comienzan a computarse a partir de la fecha de la emisión de la oferta, es decir, que se opta por el criterio del Proyecto de Código Único de 1987 (art. 1149 in fine) y contraría la posición del Proyecto de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de 1993. La norma se aparta del principio general, que considera vinculante a las declaraciones, desde el momento en que ellas fueran recibidas.

En lo que hace a la retractación de la oferta, no coincide el criterio sustentado con lo preceptuado en el Código Civil, y se adopta la teoría de la recepción. Asimismo, se toman como antecedentes: la Convención de Viena de Compraventa de Mercaderías antes mencionada y los proyectos de unificación elaborados a partir de 1987.

Con referencia a la aceptación, como anticipáramos, el proyecto flexibiliza el iter formativo del contrato. La aceptación (con la adopción de la teoría de la *punktuation*) no tiene que ser un espejo de la oferta, ni perder eficacia definitivamente cuando no es emitida en el tiempo establecido. Se pueden enunciar como sus requisitos los siguientes:

- a) *Que sea de conformidad con la oferta*: según la solución del Proyecto, la introducción de modificaciones que no son sustanciales,

no implica su rechazo. Se le asigna al oferente el derecho a admitirlas, siempre que lo comunique de inmediato al aceptante. Únicamente hay rechazo de la oferta y por lo tanto contraoferta, cuando el aceptante introduce en ella modificaciones *sustanciales*. Idéntica disposición se encuentra en el Código Peruano de 1984 (art. 1376) y en la Convención de Viena (art. 19.2).

- b) *Plazo de la aceptación*: también se flexibiliza este tópico. En principio, la aceptación debe ser emitida en el tiempo de vigencia, pero el oferente puede prevalerse de una aceptación tardía si lo comunica de inmediato al aceptante.

Estos cambios fueron tratados por el Proyecto de Código Único de 1987 (1151 y 1154), Proyecto de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de 1993 (1151 y 1154). En tanto que el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 mantiene el criterio del Código Civil, y finalmente,

- c) Que se ajuste a la forma indicada por el oferente.

Respecto a la aceptación tácita se recogen los lineamientos del Código Civil vigente, es decir, que la voluntad de aceptar se manifieste por actos que permitan conocer con certidumbre la existencia de la voluntad.

Ello ocurre con la realización de la prestación ofrecida o pedida; esta situación está regulada de igual manera por el Código de Vélez. (art. 1146) o cuando, por los usos y costumbres o la naturaleza del contrato, la comunicación no fuere necesaria, salvo que la voluntad de aquel a quien se dirige sea rechazarla. Bibiloni, en su anteproyecto, decide mantener el artículo 1146 del Código, ya que los hechos previstos en él tienen relevancia en el comercio. También lo mantienen el Proyecto de 1936, el Proyecto de Código Único de 1987, y la convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercadería.

En cuanto al silencio, la norma que lo trata recaba las disposiciones relativas al mismo del Código vigente, ya que éste establece que no importa afirmación, salvo cuando haya una obligación de expedirse por la ley, o a causa del silencio actual y las declaraciones precedentes. Este deber de expedirse mediante manifestación expresa puede resultar de la

voluntad de las partes, o de circunstancias particulares como los usos y costumbres o las relaciones anteriores de aquéllas.²⁴

Con respecto a las modalidades de la aceptación, el Proyecto que analizamos adopta las soluciones dadas por el Código de Vélez y por los distintos proyectos anteriores que en general son coincidentes en este tema.

Finalmente y siguiendo el principio general, se entiende que la aceptación ha sido retractada útilmente cuando la comunicación es recibida por el oferente. Así también lo legislaron el Proyecto de Código Único de 1987 (art. 1153 in fine) y el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 (art. 866).

Dentro del capítulo III que analizamos se incluyen tres secciones dedicadas respectivamente al contrato preliminar, al de prelación y al “ad referendum”.

Con relación al primero, en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Buenos Aires en 1997, se sostuvo que el contrato preliminar (*pactum de contrahendo o compromiso*) “*es aquel en virtud del cual las partes se obligan a celebrar un contrato – llamado definitivo – cuyo contenido esencial es determinado por el contrato preliminar*”.

Conforme surge de la disposición que trata la figura y de los fundamentos del Proyecto, este tipo de acuerdos generan obligaciones de hacer, y se exige que contengan la conformidad de las partes respecto a los elementos esenciales particulares que identifiquen el futuro contrato. Además se pone de manifiesto que la promesa efectuada obliga a las partes a celebrar la convención de que se trate.

El Dr. Atilio Alterini en concordancia con esta disposición, considera que el contrato preliminar debe contener:

- a) El acuerdo sobre el objeto, la causa y los elementos esenciales particulares que identifiquen un futuro contrato (Cód. Civil Chileno art. 1554 y Cód. Civil Peruano de 1984 (art. 1415)

²⁴ Ley 22.765 art. 18 inc. 1 y 3, Código de Quebec de 1992, art.1394 y Contract Code, art. 22, inc. 2 b y 3. Llambías, Joaquín: “Tratado Derecho Civil”, Parte General, Tomo II, pág. 271 a 273.

- b) Un plazo para la vigencia de la promesa de contratar y de la opción de contratar, para no sujetar indiscriminadamente a los celebrantes. Se ha adoptado el mismo criterio que sigue el Código Peruano ya que ambos fijan un plazo máximo de un año. Este límite temporal es de orden público, pues la misma norma establece que cualquier exceso se reducirá a este límite, el que rige también en caso de que las partes nada dijieran al respecto. Ambas normas habilitan a los sujetos del acto a renovar dicho plazo a su vencimiento.

- c) Una obligación irrevocable del oferente.²⁵

El Proyecto determina que si el contrato futuro no es de solemnidad absoluta, las obligaciones de las partes son de hacer.

Cabe señalar que el Código del Perú, fuente de esta disposición, no contiene una norma similar a la indicada. Si por medio de la salvedad “*si el contrato futuro no es de solemnidad absoluta*” se intenta establecer la sanción de nulidad de aquel contrato que es preliminar de uno solemne, estas expresiones no resultan del todo precisas.

El Proyecto del Poder Ejecutivo de 1987 contenía, aunque mínimamente, cierta referencia a este tipo de convenciones.

En efecto, su artículo 869 dispone: “*Los contratos que obliguen a celebrar otro de contenido total o parcialmente predeterminado generan una obligación de hacer*”.

Idéntica fue la redacción del legislador del Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 en el artículo 1156.

Si bien los distintos proyectos regulan el tema del contrato preliminar, el de 1998 es más exigente en cuanto a los requisitos que éstos deben reunir. No basta que el contenido esté “*parcialmente determinado*” sino que es necesario que contengan el acuerdo sobre los elementos esenciales propios del futuro contrato.

La promesa de contratar, es una especie del género contrato preliminar. El Código Civil Peruano expresa que: “*Por el compromiso de contratar las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo*” y que “*el compromiso de contratar debe contener, por lo menos, los elementos esenciales del contrato definitivo*”.

²⁵ Atilio A. Alterini; Contratos, pág. 337. Ed. Abeledo Perrot.

Así también lo explica el Dr. Mosset Iturraspe cuando enuncia: “*La promesa, a la vez que sienta las bases o directrices del contrato futuro, obliga a cooperar en el contrato definitivo desarrollando esas bases, y éste -el contrato definitivo- produce sus efectos típicos*”.²⁶

Por su parte, Alterini, hace referencia a la discusión actual respecto a si la promesa de contrato puede ser unilateral o si, en tal situación, sólo da lugar a un contrato de opción”.²⁷

Seguidamente el Proyecto trata el contrato de opción, norma que tiene como antecedentes el Código Civil Italiano de 1942 (art.1331) y el Peruano (art. 1419 y 1420).

El plazo de vigencia de la opción fijado en el Proyecto es de un año y prohíbe que el nuevo contrato sea de formalidad solemne absoluta.

Por su parte el Código Peruano establece un plazo máximo imperativo de seis meses y determina que es igualmente válido el pacto conforme al cual el optante se reserva el derecho de designar la persona con la que se establecerá el vínculo definitivo.

El contrato de opción debe contener todos los elementos y condiciones del contrato final, por lo que difiere notablemente con la solución dada por el Proyecto que comentamos.

En la actualidad, sobre todo en el mercado bursátil, se suelen utilizar las cláusulas *call option* (opción de compra) y *put option* (opción de venta), que son aplicación de las normas que analizamos.

El contrato de opción también fue previsto por el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1987 y por el de 1993 aunque en ambos se lo considera como oferta irrevocable por un plazo determinado.

La última figura que trata el capítulo inmediatamente después de esta que hemos analizado, es el contrato de prelación.

Se lo puede definir como aquel por el cual una de las partes se obliga a contratar con la otra, si decide celebrar un nuevo contrato. La diferencia que existe entre el contrato de prelación y el de opción es que, en el primer caso, es preciso que quien la otorga se decida a realizar otra convención jurídica de contenido patrimonial, mientras que en el segundo, el benefi-

²⁶ Código Peruano, artículo 1414 y 1415 y Mosset Iturraspe, citado por Atilio A. Alterini, op.cit. pág. 337.

²⁷ Alterini, Atilio; op. cit, pág. 338.

ciario tiene derecho a decidir por sí sólo si ejercita o no la opción de la que es titular.

El contrato de prelación está previsto en el Código Civil vigente como una modalidad del contrato de compraventa. Está regulado en los artículos 1368 y 1393 al 1396 bajo el nombre de pacto de preferencia.

Tal como surge de la lectura de las normas citadas, éstas no fijan un plazo de vigencia del derecho a la preferencia, aunque, el beneficiario una vez notificado por la otra parte, y en caso de querer ejercer su prerrogativa, debe hacerlo dentro de los tres días si la cosa fuere mueble o dentro de los diez días si fuere inmueble.

El Proyecto de Unificación de 1987 (Art. 1341) también incluye este pacto, debiendo señalar que esclarece la redacción del código de Vélez e introduce algunas modificaciones. Limita la vigencia de la opción a tres años y unifica el término para ejercer el derecho de preferencia, sin hacer distinción sobre los bienes objeto del contrato. En este caso, si no hubiera convención o costumbre en contrario, el plazo se establece en diez días.

Por su parte, el Proyecto de 1998 fija en un año el tiempo de vigencia de la preferencia, aunque una vez vencido, puede renovarse por acuerdo de partes.

No se fija el plazo en el cual se debe ejercer el derecho, con lo cual, se estará a lo convenido por los interesados, por los usos del lugar o se aplicarán las normas generales sobre formación del consentimiento.

Como última nota relevante, el Proyecto prohíbe que el nuevo contrato sea de formalidad absoluta, innovando así respecto del Código Civil y a los proyectos anteriores.

Concluye el tratamiento de las figuras antes indicadas con el “contrato ad referendum”, el cual no reviste el carácter de preliminar sino que es un contrato sujeto a una condición suspensiva. La existencia del mismo está sujeta a que se otorgue una autorización o conformidad.

La razón por la cual creemos está tratado en esta sección es que, con frecuencia, puede ir anexado a él y con carácter preliminar, otro contrato por el cual se prometa la autorización, ya sea con los alcances de una obligación de medio, o una de resultado o garantía.

VI- CAPACIDAD

El proyecto sigue, respecto a la capacidad para contratar, la metodología del Código vigente, dado que, luego de tratar el consentimiento y antes de entrar a legislar sobre el objeto, incluye las disposiciones referidas a este presupuesto de validez del acto.

Cabe destacar que innova en primer lugar respecto al título del capítulo, ya que lo denomina "Incapacidad e inhabilidad para contratar" en lugar de "De los que pueden contratar" que es el modo en que Vélez Sarsfield encabeza esta parte de su obra.

Resulta satisfactoria la modificación ya que la actual denominación ha sido criticada sobre todo por no conjugar con los términos con los que se inicia el art. 1160 que comienza expresando "No pueden contratar...".

Estimamos que son más observables por ejemplo, las repeticiones innecesarias que se advierten en esa norma, que el detalle de redacción antes expuesto.

El proyecto ha suprimido las reiteraciones antes apuntadas pero ha obviado toda referencia a los religiosos profesos, a quienes tampoco se incluyen en otras disposiciones como lo hace la ley actual en el contrato de fianza.

Se prevén seguidamente los efectos de la declaración de invalidez de un contrato por haber sido celebrado por un incapaz. El artículo sigue el criterio sentado por el artículo 1165 del Código Civil, aunque en parte lo modifica.

En primer lugar, no se reconoce a la parte capaz la facultad de exigir la restitución de lo dado cuando se pruebe que existe la cosa que se dio; y en cuanto a la terminología empleada, se aclara que el incapaz debe ser de ejercicio, con lo cual se circunscribe el artículo a esa especie de incapaces, con lo que se restringe su aplicación a ese único caso.

Asimismo, se sustituye la expresión "nulidad" por "invalidez" y se modifica la frase "que redundara en un provecho manifiesto de la parte incapaz", por la frase "enriquecimiento del incapaz", con lo cual se sigue el modelo del Proyecto de 1993 (art. 857).

Como se advierte, se ha cambiado la locución "incapaz de derecho" por el vocablo "inhabilidad" que es a nuestro modo de ver más amplio y luego se aclara que la prohibición de contratar alcanza también a los

acuerdos celebrados por interpósita persona, con lo cual se recoge un principio que ya había sido consagrado en el proyecto de 1993 (art.856).

En cuanto a las inhabilidades especiales (incapacidades de derecho para el Código Civil), se sigue también el criterio sentado por el Proyecto de 1993 y se establece la prohibición de contratar en interés propio, sea en nombre propio o por interpósita persona, inhabilidad que se extiende por el término de dos años contados desde que cesa el impedimento.

Incluye además dentro de los sujetos comprendidos en aquélla a los árbitros, mediadores y sus auxiliares, quienes por su novedad, fueron omitidos en los proyectos anteriores.

Este modo de resolver la cuestión es la propiciada por la doctrina, con referencia a los supuestos incluidos en los tres incisos del art. 943 proyectado que se refieren a los funcionarios públicos, jueces, funcionarios de justicia, árbitros, mediadores, y finalmente a los abogados y procuradores ya que la ley actual trata la cuestión en dos contratos distintos, la compra-venta y la cesión²⁸ y sobre la base de una interpretación integradora se resuelve la cuestión del modo en que el Proyecto lo ha hecho de forma expresa.

Nos parece adecuada la solución dada a un tema tan trascendente como lo es el de las incapacidades de derecho que no debe provocar duda alguna.

VII- OBJETO

Como es sabido, es otro de los elementos que no pueden faltar para que el contrato produzca sus efectos propios.

Puede consistir en bienes y en hechos, tanto positivos como negativos. La primera disposición del capítulo realiza una remisión hacia las normas contenidas al tratar el tema en los actos jurídicos. Allí se dispone que no pueden ser objeto de los contratos, los hechos imposibles o prohibidos por las leyes, los que son contrarios a la moral o al orden público o lesivo de los derechos ajenos. Tampoco pueden serlo, los *bienes* que

²⁸ Código Civil Argentino, art. 1361, 1442, y art.1443.

sean prohibidos por un motivo especial. De esta disposición se desprende que el objeto de los actos puede consistir en un *hecho* o un *bien*, es decir que se coincide con el criterio más generalizado al respecto.

Por otra parte, se mantiene la terminología del Código Civil en tanto se define a los "bienes" (art. 214) como "objetos susceptibles de valor económico" y se conserva la clasificación de bienes y cosas con la tradicional relación de género a especie, tal como la considera el ilustre jurista cordobés.

En cuanto al valor patrimonial, como examináramos en el párrafo anterior, se conserva, por remisión, la exigencia de la susceptibilidad económica en cuanto a lo que a los bienes se refiere, pero no existe tal prescripción con relación a los hechos ya que no se encuentra una disposición genérica acerca del objeto de los contratos como la contenida en el actual art. 1169, que aunque defectuosa se complementa con otras normas, que ponen de relieve la necesidad del contenido patrimonial del objeto.

Respecto a su determinabilidad se mantiene la normativa del Código Civil dado que el objeto debe ser determinado en cuanto al género o la especie, aunque no lo sea en la cantidad, siempre que ésta pueda ser determinable. Se entiende que la cantidad es determinable, cuando existen bases suficientes para la determinación, entre las cuales el Proyecto incorpora, tácitamente, la posibilidad de intervención de un tercero que no sea el juez (y no lo hace de manera expresa como ocurre en el Código Civil, art. 1771, del mismo modo en que lo han dispuesto los distintos proyectos de reforma como el de Bibiloni (art. 1310), el del 54 (art. 1013), y el Proyecto de 1993 (art. 876).

Para determinar la cantidad se establece que deben seguirse las pautas contenidas en el capítulo que trata de las obligaciones de género. En primer término, se privilegian las disposiciones contractuales y si nada se hubiere dicho, corresponde al deudor realizar la individualización. Si éste no lo hiciera, una vez interpelado ese derecho le corresponde al acreedor.

Por otra parte el objeto debe recaer sobre cosas de calidad media, salvo disposición legal en contrario o que se hubiere convenido que el acuerdo se celebrará sobre la base de muestras.

También se legisla sobre la posibilidad de que sea el Tribunal el encargado de la determinación del objeto. En tal supuesto se prevén dos situaciones:

- a) Siguiendo el criterio del Código Civil; en tal supuesto será el juez quien determine el objeto en caso de que se haya dejado librado al arbitrio de un tercero y que éste se negare u omitiere hacer.
- b) La segunda situación en que puede ocurrir la intervención del juez se produce cuando, en un contrato oneroso, una de las partes cumple con su propia obligación y el valor de la contraprestación no ha sido fijado. Esta norma ha sido tomada en forma casi textual del anteproyecto de Bibiloni.²⁹

Respecto a los bienes existentes y a los futuros en un contrato conmutativo el bien objeto del contrato es tenido por existente y si no existe aún o ha dejado de existir, el acuerdo es inválido, salvo que se haya celebrado como aleatorio, en cuyo caso la norma le reconoce validez.

Por otra parte cabe consignar que en las disposiciones referentes al objeto del acto jurídico, se establece que si dicho acto está sujeto a plazo o a condición suspensivos, es válido si el objeto inicialmente imposible, se hace posible antes del vencimiento del plazo o del cumplimiento de la condición. Con base en una interpretación quizás forzada de esta norma, podría aplicarse en forma analógica al caso de la inexistencia inicial del objeto, más aún cuando el artículo 948 no determina el momento en que debe evaluarse su existencia o inexistencia.

Por otro lado en un contrato conmutativo el objeto es un bien esperado y dicha convención es condicional. Pero si se trata de una con características de aleatoria, o si la existencia depende del obligado o de un tercero, el contrato es puro y simple.

En este caso se han seguido las prescripciones de Bibiloni, quien en su anteproyecto, ya había diferenciado entre las cosas futuras que dependen de los hechos externos, de aquellas que dependen del obligado. En efecto, el art. 1314 dice: "*La prestación de cosas futuras puede ser objeto de los contratos. Cuando su existencia dependa de la industria del promitente, la obligación se considerará pura y simple. Cuando depen-*

²⁹ Bibiloni, op. cit art. 1310

da de fuerzas naturales, en todo, o en parte, se considerará el contrato subordinado al hecho de si llegasen a existir, a menos que la convención fuese aleatoria”.

Cabe destacar que el autor del anteproyecto de 1926 incluye una nota a la referida norma en la que expresa: “*El art. 1173 no distingue las hipótesis y generaliza, según el texto literal, una particular. Es palmario que los contratos en que el fabricante se obliga a entregar en un plazo dado, objetos de su manufactura, buques, armas, etc., son contratos firmes y no dependientes del hecho de que llegaran a existir, pues se ha obligado a que existan. Sólo es condicional la entrega de cosas futuras dependientes de fuerzas que el contratante no gobierna”.*

Esta distinción también fue realizada por el proyecto de 1936 en su art. 812.

Por su parte el Proyecto de Código Único de 1987 (art. 1327) puso a cargo del vendedor “realizar las tareas y esfuerzos que resulten del contrato o de las circunstancias para que ésta (la cosa) llegue a existir en el tiempo y en las condiciones convenidas”. Siguió este modo de pensar el Proyecto de la Cámara de Diputados de 1993 (art. 1330) y el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 (art. 959).

Finalmente el último inciso contempla los contratos aleatorios, es decir, aquellos en los cuales se asume el riesgo de que la cosa llegue a existir en su totalidad o que sólo llegue a cierta cantidad.

Con respecto a los bienes ajenos se permite la contratación sobre los que revisten este carácter, ya sea que se prometan como propios o que se haga conocer a quien pertenece la propiedad de los mismos.

Si se prometen como ajenos, se puede, o bien asumir una obligación de medio por la cual, el oferente se obliga a realizar todos los actos útiles para que la prestación sea cumplida, o bien tomar a su cargo una obligación de resultado mediante la cual se garantiza el éxito de la promesa. Sigue, como se advierte en este tema, lo dispuesto en el artículo 1177 del Código Civil, solución que resulta adecuada.

También es válido el contrato si se promete la cosa ajena como propia y se obliga quien lo celebra de este modo como si en realidad lo fuera, con la lógica consecuencia de responder en caso de incumplimiento.

Al igual que el Proyecto del Ejecutivo de 1993, se suprimen las disposiciones referentes al estelionato.

También pueden ser objeto de los contratos los bienes litigiosos, gravados o sujetos a medidas cautelares pero, se reconocen los derechos de los terceros que puedan resultar afectados. Quienes hubiesen contratado de mala fe, ocultado la calidad de los bienes, deberán reparar los daños causados. También aquí se observa que se han omitido las normas relativas al estelionato y por consiguiente se sigue, en la materia, lo dispuesto por el Proyecto del Ejecutivo de 1993 (art. 950).

Cabe señalar que el anteproyecto de Babiloni (art. 1315) también suprimió el delito antes indicado y permitió la contratación sobre estos bienes, pero cuando se hubiera contratado de mala fe y ocultado la calidad de aquéllos, el contrato resulta anulable. Idéntico criterio fue seguido por el Proyecto de 1936 (art. 813).

Concluye el título que trata el objeto con la normativa correspondiente a las herencias futuras.

Se prohíbe la contratación sobre ellas o sobre derechos hereditarios eventuales, salvo disposición legal expresa que lo autorice.

El principio general contenido en la norma repite lo dispuesto por el Código Civil (art. 1175) y en los distintos proyectos de reforma.

Sin embargo el artículo comentado es innovador en cuanto prevé la salvedad de la disposición legal expresa.

En la segunda parte de la norma, en vez de decir “*a menos que aquél en cuyo provecho se ha hecho el contrato*” lo sustituye por “*a menos que la parte deudora de ésta (la contraprestación)*... Se sigue en la especie, lo normado por el proyecto de 1936 (art. 815).

Como se advierte, el tratamiento de este elemento del contrato ha sido efectuado cuidadosamente, se han mejorado y aclarado los textos vigentes, lo cual, sin duda, resulta elogiabile.

VII- CAUSA

El otro elemento esencial de los actos jurídicos, y por ende del contrato, es sin lugar a dudas la causa, la cual, como es sabido tiene en el ámbito del derecho un significado ambivalente. Por un lado puede hablarse de causa fuente y por otro de causa fin.

Es precisamente con este último significado que se pone de manifiesto el interés que el tema despierta en el campo de los contratos.

Lo que ha provocado mayores discusiones no ha sido en realidad si existe o no la causa dado que nadie duda que todo sujeto que realiza un acto jurídico no lo hace porque sí, sino que siempre hay algo (una finalidad) que lo moviliza para la concreción de su accionar.

En realidad la discusión se ha centrado principalmente en establecer si la causa es un elemento autónomo o si se encuentra subsumido en alguno de los otros sea que se trate del objeto, sea que se lo incluya en el sujeto - más precisamente en el consentimiento - en el caso de las convenciones jurídicas patrimoniales.

El mayor desarrollo de estas posiciones se encuentra en la doctrina francesa, donde desde Domat en el siglo XVII hasta los autores más modernos como Capitant, Josserand y Maury, se han esforzado por establecer la distinción, sobre la base de distintas concepciones.

Por ello es elogiado que el Proyecto que comentamos haya tomado partido sobre esta cuestión incorporando a la causa como elemento esencial del acto jurídico y en consecuencia, del contrato, y en la primera norma que le dedica efectúa una remisión a la parte general, es decir al campo de aquellos actos.

También estimamos adecuado que el tratamiento de la figura se haya realizado al considerar el género y no sólo en la especie, dado que es en aquél donde corresponde legislar respecto a los elementos esenciales del mismo, para luego establecer las precisiones que correspondan en las distintas especies.

Por otra parte cabe señalar que se consagra de forma indubitable la teoría causalista y se exige la existencia de fines lícitos al momento de la celebración del contrato.

En oposición al Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993, no se da una definición concisa y clara de causa. Sólo se establece que las disposiciones relativas a la finalidad se refieren a la causa y se agrega que los motivos personales de los otorgantes del acto jurídico serán relevantes cuando integren expresa o implícitamente la declaración de voluntad común.

En las normas relativas a contratos que por repetir las contenidas en la parte dedicada a los actos jurídicos en general, se verifica una duplicidad de disposiciones atinentes a la necesidad de una causa, a la presunción *iuris tantum* de su existencia y licitud, y a la posibilidad de existen-

cia de una falsa causa y su correlativa validez en caso de licitud, y a los actos abstractos.

Con respecto a la necesidad de existencia de causa, se enfatiza respecto a que ello debe darse durante toda la vida del contrato.

Si así no fuera daría lugar, de acuerdo a las circunstancias, a la invalidez, a la adecuación, o a la extinción del contrato.

Como correlato de esta normativa, el Proyecto hace referencia a la frustración del contrato, la que se produce, según el artículo que la trata, por la alteración sustancial de las circunstancias que existían al tiempo de su celebración, la cual priva de causa al acto otorgado en miras de la satisfacción de un interés, que presupone ostensiblemente la subsistencia de esas circunstancias al tiempo del cumplimiento del mismo.

Si la causa no existiera, la sanción es la invalidez, mientras que si ésta existe pero no subsiste o se produce su frustración, la consecuencia es la extinción o la adecuación. En el caso, se aplican, por remisión, los artículos 1059 y 1060.

Seguidamente y sobre la base del contenido del Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 (art. 886), se consagra la invalidez del contrato en el que la causa sea ilícita, pero con criterio acertado se hace cierta distinción.

En efecto, se determina que el contrato es inválido si ambas partes lo han concluido por un móvil o motivo personal ilícito o inmoral común a ellas.

Por otra parte, si sólo uno de los contratantes ha obrado con un motivo o móvil personal ilícito o inmoral, no tiene derecho a invocar el acuerdo frente al otro, pero éste puede requerir su cumplimiento, salvo que el desconocimiento de aquel móvil se deba a un obrar negligente.

Con respecto a los actos abstractos los autores de la obra reiteran la doctrina tradicional en el sentido de no desconocer la existencia de causa del negocio jurídico, sino que está vedada toda discusión referida a ella, hasta tanto no se haya efectivizado la obligación emergente del acto.

Si bien es cierto que esta categoría de contratos no se enuncia en el Proyecto cuando trata de otras a las que nos hemos referido precedentemente, se pone en evidencia que, conforme al comentario que antecede, ha sido tenida en cuenta.

No compartimos esta posición dado que si sostenemos que la finalidad, puesta de manifiesto en la causa, la que además debe revestir el carácter de lícita, no puede faltar en el acto jurídico por ser uno de sus elementos esenciales es obvio que no se puede calificar a la figura de abstracta, como opuesta a la causada.

En conclusión y salvo la observación antes expuesta estimamos que el título referido a la causa ha sido correctamente proyectado no obstante las repeticiones en que incurre, y recoge evidentemente las posturas más modernas sostenidas por la doctrina en un tema tan controvertido.

No obstante consideramos que el Proyecto del 92 fue aún más preciso y dejó sentado claramente, el criterio de la posición dualista pregonada por autores franceses y sostenida por destacados juristas nacionales, según la cual la causa debe ser entendida en un doble sentido, es decir como causa categórica común a todos los actos jurídicos de la misma especie y como motivo relevante para el derecho que haya impulsado a cada sujeto a concretar el negocio jurídico de que se trate.³⁰

VIII- CONCLUSIONES

Como resumen final ponemos de manifiesto nuestra opinión favorable, en líneas generales y con respecto al sector del proyecto que hemos analizado, al modo en que el mismo ha sido concebido.

La tarea de los destacados juristas que lo han elaborado es sin duda meritoria dado que han efectuado un cuidadoso exámen de las legislaciones más modernas, teniendo en cuenta los avances de la ciencia y la técnica que en una obra de esta envergadura no pueden desconocerse.

³⁰ Videla Escalada, Federico: "La causa final en el Derecho Civil", 1968, Ed. Abeledo-Perrot, pág. 75 y sig..

LA REPRESENTACIÓN EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1998

Rubén H. Compagnucci de Caso.

I. INTRODUCCION

El proyecto de Código civil de 1998, (unificado con el Código de comercio), dedica el título VII, del Libro II (De la parte general), a la «Representación en los actos jurídicos» (arts. 355 a 378), en dos capítulos titulados: «Disposiciones generales» el primero, y «Representación convencional», el segundo. También, cuando se ocupa de los contratos en particular (Libro IV, Título III), lo hace sobre el contrato de mandato (Capítulo VIII, Arts. 1241 a 1257). Es de hacer notar - tal como se analiza más adelante-, que esta relación jurídica tiene una vinculación directa con la llamada «representación voluntaria», por tratarse de uno de los negocios subyacentes característicos del apoderamiento.

De esa manera, la normativa proyectada brinda un avance metodológico importante sobre la legislación vigente, ya que actualiza y regula en una parte general la teoría de la representación que, por otra parte, resulta de aplicación a todos los supuestos particulares¹.

El Capítulo I (arts. 355 a 362) está dedicado a las disposiciones generales, donde el proyecto trata en una especie de teoría general de la representación, ocupándose de los supuestos de: capacidad, extensión de

¹Mosset Iturraspe: La representación . Origen, evolución, derecho comparado y proyectos, en Rev. de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, No. 6, p. 9 y ss. Bueres-Mayo: Algunas ideas básicas para una teoría de la representación, en R. de D.P. y C, cit., No. 6, p. 59. Díez Picazo: La representación en el derecho privado, Ed. Civitas, Madrid 1979, p. 57. De Castro: La representación, en «Temas de derecho civil», Ed. Rivadeneira, Madrid s/f, p. 105 y ss.

la representación, ineficacia, el «autocontrato», el exceso, la ratificación y sus efectos. En el siguiente, Capítulo II (arts. 363 a 378), se concreta en la «representación convencional», y a la figura del apoderamiento². También lo hace con referencia a: sus límites, forma, extensión, especialidad, contenido de las facultades, sustitución, sujetos plurales, revocación, renuncia, extinción, y efectos³.

Como adelanto valorativo quiero expresar mi complacencia con el método que sigue el proyecto, ya que resulta coincidente con lo que la doctrina viene propiciando desde hace ya larga data, es decir el tratamiento de la representación en la parte general del derecho civil y dentro de la llamada teoría del negocio jurídico⁴.

La representación es siempre actuación «alieno nomine», es decir por cuenta ajena, ya que como bien enseña Betti generalmente los interesados suelen ser los sujetos de los negocios, ya que es de ordinario observar que cada persona interviene por sí, siendo coincidentes el sujeto de actuación con el del interés; pero cuando por razones de utilidad social se impone, o imposibilidades legales lo exigen, a veces se actúa por otro. Y en los supuestos que alguien puede hacerlo en interés ajeno,

² La diferenciación entre el contrato de mandato y el poder no se encuentra en el Código civil que nos rige, ya que hoy la legislación civil solamente trata el contrato de mandato en los arts. 1869 a 1985. Y sobre ello ya adelantaba Hupka: La representación voluntaria en los negocios jurídicos, Ed. Suarez, Madrid 1930, p. 21, alertando sobre la inutilidad de la búsqueda en la literatura del siglo XIX una aplicación y tratamiento independiente del concepto. También entre nuestros autores el Dr. Mosset Iturraspe: Mandatos, Ed. Ediar, Bs. As. 1979, p. 78 y ss., hace saber la confusión del Código civil, entre el contrato de mandato y el negocio de apoderamiento.

³ Haciendo una especie de extensión normativa, y de esto algunos años atrás, sostuve la posibilidad de incorporar la distinción entre el «poder» y el «mandato», aplicando las normas del Código civil a la relación unilateral del poder. Compagnucci de Caso R.: El negocio jurídico, Ed. Astrea, Bs. As. 1992, p. 395, No. 131.

⁴ Como bien lo señala Mosset Iturraspe: La representación. cit., en R.D.P. y Com., cit., No. 6, p. 9, nota 1: «En los últimos 50 años se ha hecho común el tratamiento de la representación con motivo del negocio jurídico. Así aparecen como ejemplos: Lahson Luca de Tena: El negocio jurídico, Ed. Studium Lima 1987. Galgano: El negocio jurídico, Ed. Tirant La Blanche, Valencia 1992. Diez Picazo: La representación. cit...». Puedo agregar: Puig i Ferriol: La representación, en Manual de derecho civil, Ed. Pons, Madrid 1996, T. II, p. 657. Ruiz Rico Ruiz: La representación en interés del representante, Ed. del autor, Santander 1985. Monserrat Valero: El mandato y el apoderamiento irrevocables, Ed. Fdo. el Católico, Zaragoza 1982. Avila Navarro: La representación con poder, Ed. Civitas, Madrid 1992. Moreno Luque y otros: Negocio jurídico y representación, Ed. L.L., Madrid 1989.

sustituyendolo o haciendo sus veces, aparece el fenómeno de la representación⁵.

II. CLASES DE REPRESENTACION.

Hay diferentes clases de representación, como ser: legal y voluntaria, activa y pasiva, en interés ajeno y propio, etc. El art. 355 del proyecto se encarga en diferenciar la primera de las clasificaciones, dice que en sus fuentes está el «acto de apoderamiento» (voluntaria), o la ley (legal).

La representación voluntaria tiene como fuente la manifestación de voluntad que confiere el interesado, mediante el deseo o querer es el que elige y atañe a la designación del representante. Conforme lo expone De Ruggiero, el origen voluntario se da cuando alguien confía a otro el encargo de realizar por él y en su nombre un acto jurídico, o bien alguien sin precedente encargo, emprende la gestión de un negocio⁶. Es siempre una representación basada en el principio de autonomía de la voluntad (actual 1197 del C.C. y art. 899 inc. a del proyecto), extendiéndose el poder de representación a todos los actos jurídicos, salvo aquellos que la ley, como en el testamento, exija la actuación personal. Tiene como finalidad ensanchar la esfera de acción del representado y superar obstáculos de hecho como las limitaciones temporales y físicas⁷.

Por su parte, la representación legal es la que confiere la ley, en casos específicos para suplir la voluntad y asistir a ciertos incapaces, verbigrata-

⁵ Betti: Teoría general del negocio jurídico, Ed. R.D.P., Trad. Martín Pérez, Madrid 1959, p. 418. Roca Sastre- Puig Brutau: Estudios de derecho privado, ed. R.D.P., Madrid 1948, T. I, p. 113. Von Tuhr: Derecho civil. Teoría general. Ed. Depalma, Trad. T. Rava, Bs. As. 1948, T.III, v. II, p. 3. Larenz: Derecho civil. Parte general, Ed. R.D.P., Madrid 1978, p. 755. De Castro: La representación. cit., p. 110.

⁶ De Ruggiero: Instituciones de derecho civil, Ed. Reus, Madrid 1931, Trad. Serrano Suñer y Sta. Cruz Tejerio, T. I, p. 276. Compagnucci de Caso: Negocio jurídico de representación en el proyecto de unificación de la leg. civil y com., en Rev. Notarial, La Plata, No. 913, p. 565. Diez Picazo: La representación. cit., p. 131. Mosset Iturraspe: La representación. cit., en R.D.P. y Com., No. 6, p. 15. Lorenzetti : Problemas actuales de la representación y el mandato, en R.D.P. y Com. cit., No. 6, p. 77.

⁷ Alterini -López Cabana: Autonomía de la voluntad en el contrato moderno, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1989, p. 9 y ss. Castán: Derecho civil común y foral. Introducción y parte general, ed. Reus, Madrid 1978, 12ma. edic., Actualizada por el profesor De Los Mozos, T. I, v. II, p. 843. Llambias: Tratado de derecho civil. Parte general, Ed. Perrot, Bs. As. 1973, Sta. edic., T. II, p. 128, No. 833.

cia: la de los padres por sus hijos menores. Supone siempre un sujeto que se encuentra imposibilitado de declarar su voluntad, aunque de hecho pudiera hacerlo, y estipular por sí el negocio⁸.

III. EFECTOS, AUSENCIA DE PODER, Y RATIFICACION.

El art. 356 del proyecto reitera un concepto que se encuentra en el art. 1946 del actual Código civil y referido al contrato de mandato. Expresa que obrando el representante en los límites de sus potestades que le da la convención o el contrato, los efectos y consecuencias de los actos recaen en plenitud en la persona del representado⁸.

Por su parte el art. 360 del proyecto, se refiere al llamado «falsus procurator», o representante sin poder, es decir aquella persona que lleva a cabo un «acto de ingerencia en la esfera jurídica ajena», como dice Diez Picazo, sin causa que lo justifique y sin que medie ningún tipo de autorización⁹. La futura ley dispone que quien así actúa deberá afrontar los daños que su accionar ocasione, salvo cuando el destinatario de los actos tenga conocimiento y sepa de la ausente representación. Este último supuesto es lo que la doctrina llama «actuación negocio susceptio», que se brinda cuando la actuación sin poder es notoria y el mismo procurador manifiesta carecer de todo tipo de representación, facultades o poderes; por el contrario el «falsus procurator», lo hace tratando de engañar a los terceros y alegando un apoderamiento que no tiene¹⁰.

Esta situación irregular puede quedar purgada mediante la «ratificación» posterior que transforma la actuación del gestor en función plenamente representativa¹⁰. Por aquello que los romanos hicieron notable con la expresión: «ratihabito mandato equiparatur», esta manifestación importa un acto unilateral del representado realizado a posteriori y me-

⁸Albaladejo: Derecho civil. Introducción y parte general, Ed. Bosch. Barcelona 1978, 5ta. edic., T. I, v. II, p. 377. Orgaz: Personas individuales, Ed. Lerner, Córdoba 1961, 2da. edic., p. 200. Rivera: Instituciones de derecho civil. Parte general, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1994, T. I, p. 378, No. 387. Messineo: Manual de derecho civil y comercial, Ed. Ejea, Bs. As. 1954, Trad. Sentís Melendo, T. II, p. 418.

⁹Diez Picazo: La representación. cit., p. 214, No. 149. Galgano: El negocio jurídico. cit., p. 367, No. 92.

¹⁰Rivero Hernández: Naturaleza y situación del contrato del «falsus procurator» en A.D.C., 1976- IV- 1047. León Arce A.: La representación .. cit., p. 261.

dante esa exteriorización volitiva (expresa o tácita) surge una causal de justificación de la falsa procuración, o del exceso en la intervención¹¹.

El art. 361 del proyecto en su primera parte consagra el principio, que tal como subrayé viene del Derecho romano clásico y se muestra con todo vigor en nuestros días. El Código civil establece en el art. 1936 que la ratificación equivale al mandato, ordenando la retroacción de efectos al día del acto, cuestión que itera el art. 362 del proyecto. Pero a mi juicio, se integra con dos cuestiones que no aparecen como necesarias en la disposición de la ley: que la ratificación no es oponible a terceros que hayan adquirido derechos, y que, antes del acto convalidatorio, entre el tercero y el falso representante pueden acordar que el acto no produzca efectos¹².

IV. EXTENSION Y FACULTADES.

En cuanto a la dimensión del desarrollo de la representación, el art. 357 del proyecto las da con precisión diferenciando los supuestos de representación voluntaria de la legal. En cuanto a la otorgada por la ley, si bien la ley no aclara (no necesitaba hacerlo), están limitadas en la misma órbita que la legislación singular indique, como asimismo exige el cumplimiento de formas y requisitos.

La convencional tiene necesariamente una mayor explicitación, y se completa con lo que al respecto norman los arts. 363, 365 y 366 del mentado proyecto. La relación jurídica típica tiene un fundamento básico en la confianza y el carácter «intuitu personae» de la relación representativa, ello lleva a lograr la interpretación del contenido de los deberes y obligaciones que unen al representante con el representado¹³.

¹¹García Amigo: Instituciones de derecho civil, ed. R.D.P., Madrid 1979, T. I, p. 804, plantea la situación de la ratificación del negocio celebrado sin poder o con exceso de las funciones. Analiza la eficacia del o los actos ratificados por el representado y la posibilidad de que la ratificación pueda darse como manifestación expresa o tácita de la voluntad.

¹²Borda: Tratado de derecho civil argentino. Contratos, Ed. Perrot, Bs. As. 1974, 3ra. edic., T. II, p. 471, No. 1747. Mosset Iturraspe: Mandatos. cit., p. 64. Avila Navarro: La representación con poder, Ed. Civitas, Madrid 1992, p. 52 y ss. Minervini: El mandato, Ed. Bosch, Barcelona 1959, trad. Pere Rauli, p. 321.

¹³Betti: Teoría general. cit., p. 420. Gastaldi: Representación, poder y mandato, en Enciclopedia jur. Omeba, T. XXIV, p. 731. Ruiz Serramallera: El negocio jurídico, Ed. Univ. Complutense, Madrid 1980, p. 439.

Es evidente como bien indica el art. 357 que el contenido está dado por las facultades a que refiere el propio apoderamiento, y ello permite al representante realizar actividades útiles que lo legitiman y consiguientemente se reflejan en la esfera jurídica del principal. Por ello calificada doctrina indica que el contenido específico del poder representativo « es un conjunto más o menos amplio de facultades que se atribuyen al apoderado»¹⁴.

Y en los arts. 363, 365 y 366 se concentra la extensión con sus limitaciones y necesidad de facultades expresas, lo que hoy es traducible como necesidad de un «poder especial». El art. 363 consagra una regla que es de buen tino, sólo quien puede actuar por sí puede dar apoderamiento para dichos actos. Cuestión sobre la que ya me expedí, con el siguiente razonar: «En principio el poderdante tiene capacidad para otorgar poder suficiente por todos los actos que por sí puede realizar, tanto que si su capacidad es plena puede ordenar todo tipo de actos: administración ordinaria, extraordinaria y disposición. En cambio si su capacidad se encuentra limitada, como el caso de los menores emancipados, facultará al apoderado en la dimensión de sus facultades legales»¹⁵.

Por su parte los arts. 365 y 366 hacen referencia a los «poderes generales», y a los de «facultades especiales». En cuanto a los primeros se mencionan sólo los negocios de «administración ordinaria», en un lenguaje encomiable por la suprema corrección y precisión. En el siguiente la ley hace una enumeración exhaustiva en 15 incisos vinculados con los actos extrapatrimoniales, como verbigracia el reconocimiento de un hijo o el de contraer matrimonio, y los de administración extraordinaria, tales: constituir un derecho real sobre un inmueble, o transar derechos u obligaciones¹⁶.

¹⁴Diez Picazo: La representación.. cit., p. 172, No. 114. De Castro: La representación... cit., p. 111. Mosset Iturraspae: La representación.. cit., en R.D.P. y Com., No. 6, p. 24. Avila Navarro: La representación con poder. cit., p. 65. Galgano: El negocio jurídico.. cit., p. 365, No. 91.

¹⁵Compagnucci de Caso: El negocio jurídico.. cit., p. 409, No. 135.

¹⁶Sobre actos de administración ordinaria y extraordinaria, ver: Llambías: Trat. Parte general.. cit., T. II, p. 324, No. 1452. Araux Castez: Derecho civil. Parte general, Ed. Cooperadora de derecho, Bs. As. 1974, T. II, p. 154, No. 1221. Orgaz: El acto de administración, en Nuevos Estudios de derecho civil, Ed. Omeba, Bs. As. 1964, p. 56. Stolfi: Teoría del negocio jurídico, Ed. R.D.P., trad. Santos Briz, p. 71, No. 18.

Un párrafo merece la referencia a las «instrucciones» que da el representado al representante para la ejecución de los actos, que hace el art. 357 del proyecto. Este tema estuvo siempre erizado de dificultades en cuanto a la oponibilidad o no a los terceros contratantes, aunque no ocurre lo mismo en la relación interna donde no se controvierte la obligatoriedad del gestor de desarrollar la actividad conforme lo indicado¹⁷. El art. 357 resuelve la primera de las cuestiones y dispone que las instrucciones son oponibles a los terceros cuando éstos las conocen o deben conocerlas actuando con la debida previsión y cuidado. En este aspecto la ley exige a los terceros un comportamiento diligente y cuidadoso, basado siempre en la regla y principio de la buena fe¹⁸.

V. AUTOCONTRATO.

Un tema que desveló a la doctrina fue el del llamado «autocontrato», o «contrato consigo mismo», o «acto jurídico consigo mismo», o, y ya en el ámbito mercantil, «autoentrada del comisionista»¹⁹. Consiste en que una sola persona celebra y concreta un contrato, ya sea actuando en el interés de dos sujetos diferentes, o en nombre e interés propio con otro ajeno.

La controversia queda centrada entre las teorías voluntarista y declaracionista; y para los últimos poco importa que no haya dos volun-

¹⁷Garrido J.: Las instrucciones en el contrato de comisión, Ed. Civitas, Madrid 1995, No. 49, quién trae la referencia del derecho prusiano de 1792 que impone al apoderado seguir las reglas dictadas por el comitente para concretar el negocio.

¹⁸El art. 1938 del Código civil vigente permite a los terceros exigir la exhibición de las instrucciones que fueran dadas por el mandante y aclara que las órdenes reservadas o secretas no pueden influir (oponerse) a dichos terceros. Dice Llerena: Concordancias y comentarios del Código civil argentino, Ed. La Facultad, 3ra. edic., Bs. As. 1931, T. VI, p. 206, que las órdenes o instrucciones reservadas son las que no están enunciadas en el poder, y no pueden prevalerse de la actuación en exceso cuando no requirió la exhibición de dichas instrucciones o la muestra del instrumento donde consta el poder. Es singular la observación de Llerena que, en cierta medida coincide con la solución propuesta.

¹⁹Díaz de Entre Sotos Fornis: El autocontrato, Ed. Tecnos, Madrid 1990, p. 11, quién agudamente califica al autocontrato como una expresión paradójica que envuelve una contradicción en sus propios términos, ya que el contrato exige como negocio jurídico bilateral que es, la necesidad de por lo menos dos partes. Idem: Spota: Tratado de derecho civil. Parte general, ed. Depalma, Bs. As. 1967, T. I, v. 3-6, (8), p. 975, No. 1997. De Castro: La representación.. cit., p. 114.

tades, lo trascendente son las dos declaraciones: una en nombre propio y la otra en el extraño representado²⁰. El art. 1918 del Código civil dispone la prohibición del mandatario de comprar las cosas que su mandante le ordenó vender, ni vender lo propio al mandante, salvo que tuviere una «autorización expresa» para ello²¹.

Modernamente se ha situado la figura con diferentes enfoques sobre su naturaleza. Para algunos autores sería una especie de «acto unilateral de voluntad», cuya validez surge del ordenamiento que brinda poderes de disposición sobre diversos patrimonios de una sola persona²². Por otra parte Diez Picazo plantea como interrogante si la reglamentación dictada por el autocontratante puede valer como «lex privata» en la medida que ostente un verdadero poder de representación, o de disposición sobre la esfera jurídica del declarante. Si esto es así, la relación jurídica creada por el acto y la reglamentación contenida en la «lex privata» resultan equivalentes a la de un contrato. De esa manera se supera el problema de la admisibilidad y la cuestión se traslada al análisis de los límites de dicha admisibilidad²³.

El proyecto en el art. 359 prohíbe la realización de actos consigo mismo, actos por cuenta propia o de un tercero, salvo cuando hubiere autorización del representado. Pienso que esta «autorización» puede ser dada en forma expresa o tácita, lo que llevará a un entendimiento e inter-

²⁰El B.G.B., prohíbe la autocontratación, con dos excepciones: a) cuando consiste en el cumplimiento de una obligación, y b) cuando se le autoriza en forma expresa o tácita el contrato consigo mismo. Hupka : La representación.. cit., p. 318. Por su parte el «Codice» italiano de 1942, regula el instituto en el art. 1395 sobre «Representación», reiterando la prohibición genérica y autorizándolo en dos supuestos: a) La permisión expresa, y b) cuando el contenido del contrato está determinado de manera tal que excluya la posibilidad del conflicto de intereses. La acción de la anulación de la contratación sólo le corresponde al representado. Marco Luiggi: La representación voluntaria, Trad. Serrillo Guilez, Ed. Bosch, Barcelona 1953, p. 416.

²¹Es similar la prohibición del art. 1596 del «Code» francés y del art. 1459 del Español. Weill- Terré: Droit civil. Les obligations, 4ta. edic., Ed. Dalloz, Paris 1986, p. 86.

²²Hupka: La representación.. cit., p. 260, quién cita al jurista Rumelin, sosteniendo también esta opinión.

²³Diez Picazo: La representación.. cit., p. 205. Por su parte Puig Brutau: Fundamentos de derecho civil. Doctrina general del contrato, Ed. Bosch, 2da. edic., Barcelona 1978, T. II, v. I, p. 53, juzga que tampoco el problema de la autocontratación desvirtúa la necesidad de que concurren dos o más partes para que se perfeccione un contrato. Si son partes los representados no hay duda que en caso de actuar dos personas por medio de un mismo representante existirán dos partes contratantes (dos esferas de intereses diferentes), con independencia de la solución que adopte el ordenamiento legal para evitar un abuso por parte del doble proponente..

pretación de las conductas para establecer si se brinda o no dicha conformidad. Lo cierto es que el proyecto solamente permite el acto ante la conformidad del representado, creo que hubiera sido mas conveniente extender la posibilidad también, al supuesto de tener que cumplir una obligación subyacente o determinada por la contratación que excluya el conflicto de intereses, tal como lo disponen los códigos civiles italiano y alemán²⁴.

VI. APODERAMIENTO: NATURALEZA Y FORMA.

El art. 355 (2da parte) del proyecto refiere al negocio de apoderamiento del representado o de la ley. En el primero de los supuestos estamos en presencia del negocio voluntario de apoderamiento que bien distingue el proyecto, y a mi juicio se trata siempre de un acto de los denominados «abstractos», o de desconexión del acuerdo causal antecedente²⁵.

La categorización tiene en nuestra doctrina y aun en la legislación positiva vigente una pequeña dificultad de ubicuidad y cualificación. Se trata de buscar la protección de los terceros mediante la separación de la causa del contexto del negocio; es como bien indica Betti, poder callar el interés típico que en cada caso determina su conclusión y a pesar de ello ser capaz de producir los efectos jurídicos del tipo a que pertenece²⁶. El apoderamiento tiene siempre un negocio subyacente (locación de obra, mandato, sociedad) que no es su causa, pues como enseña el profesor Albaladejo, el apoderamiento es sólo un medio instrumental que encuentra su razón de ser en el negocio subyacente buscando así los fines para que fuera creado²⁷.

²⁴Diaz de Entre Sotos Forns : El autocontrato.. cit., p. 33, quién también cita al Código civil portugués de 1966 (art. 261) que da dos excepciones: a) cuando el representado consiente la celebración, y b) el negocio por su naturaleza excluye la posibilidad del conflicto de intereses.

²⁵Sobre el acto abstracto: Busso: Cod. civil anotado, Ed. Ediar, Bs. As. 1944, T. III, p. 258, No. 341. Compagnucci de Caso: Hacia una caracterización del acto abstracto, en E. D. 76- 855. Von Tuhr: Derecho civil. Teoría general.. cit., T. III, v. II, p. 120.

²⁶Betti: Teoría general.. cit., p. 159. Spota: Tratado de derecho civil... cit., T. I, v. 3-6 (8), p. 941, No. 1991. Mosset Iturraspe : Mandatos.. cit., p. 58. Bueres - Mayo: Ideas básicas.. en R.D.P. y Com., cit., No. 6, p. 61.

²⁷Albaladejo: Derecho civil. Parte general.. cit., T. I, v. II, p. 391. Diez Picazo: La representación.. cit., p. 139, No. 80. Roca Sastre - Puig Brutau: Estudios... cit., T. I, p. 122. De Leon Arce: Negocio y representación.. cit., p. 255. Mosset Iturraspe: La representación... cit., en R.D.P. y com., cit., No. 6, p. 21 / 22, con alguna reserva acepta la abstracción del negocio de apoderamiento.

Con la característica anotada y la abstracción como cualidad tangible, se producen efectos dignos de consideración. Así, verbigracia: la causa nula o falsa causa no afecta al negocio abstracto, se limitan las defensas que las partes pueden arguir, y fundamentalmente se intenta la protección de los derechos de los terceros contratantes con el apoderado²⁸. Pareciera que el proyecto toma este camino en la definición que hace del negocio de apoderamiento, y a mi juicio, produce un importante efecto digno de mención.

En cuanto a la «forma», era opinión corriente que se trataba de un acto no formal y por lo tanto bastaba con una manifestación de voluntad recepticia donde cabía también la expresión tácita de la voluntad. El Código civil exige en algunos casos la «escritura pública», como en lo dispuesto en el art. 1184 inc. 7mo., o en los supuestos de los poderes judiciales en los que los Códigos de procedimientos civiles exigen similar formalidad²⁹. Hoy el proyecto en una síntesis precisa resuelve la cuestión en el art. 364 disponiendo que, «El poder debe ser otorgado en la forma prescripta para el acto que el representante debe realizar».

En la doctrina extranjera existen dos posiciones opuestas; una, que es la que siguió el proyecto, afirma que tanto en el negocio base como en el de apoderamiento deben cumplirse iguales formalidades, y otra que indica la independencia absoluta. Como ejemplo paradigmático de esta última el párrafo 167 del B.G.B. dispone: «La declaración de apoderamiento no necesita de la forma establecida para el negocio a que el poder se refiere». Lo contrario ocurre en el derecho italiano ya que la forma de la «procura» debe coincidir con las exigidas en la relación sustantiva subyacente³⁰.

²⁸Diez Picazo: La representación.. cit., p. 139, No. 80. Compagnucci de Caso: El negocio jurídico.. cit., p. 402 / 403, No. 132. Spota: Trat.. Pte. General.. cit., T. I, v. 3- 6, (8), p. 941, No. 1991. Larenz: Derecho civil. Parte general.. cit., p. 758. Puig i Ferriol: La representación.. cit., T. II, p. 664.

²⁹Borda: Trat. Contratos... cit., T. II, p. 410, No. 1632. Llerena: Concordancias y comentarios.. cit., T. VI, p. 129. Salvat- Acuña Anzorena: Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones, Ed. Tea, 2da. Edic., Bs. AS. 1957. T. III, p. 123, No. 1752.

³⁰Von Tuhr: Derecho civil. Teoría general.. cit., T. III, v. II, p. 67, No. 85. Lehmann - Hedemann: Tratado de derecho civil. Parte general, Ed. R.D.P., Madrid 1958, trad. Santos Briz, T. I, p. 455. Galgano: El negocio jurídico.. cit., p. 366.

VII. SUSTITUCION.

En general se han distinguido dos maneras o formas de delegar las facultades del apoderado hacia un tercero: la sustitución (total o parcial), y el subapoderamiento.

En la sustitución se da un traspaso o una delegación que el representante realiza en otra persona quedando el apoderado fuera de la vinculación con el poderdante³¹; en cambio en el subapoderamiento el representante designa un apoderado que colabora con él o actúa por él, y por ello puede obrar en forma conjunta con el apoderado o de manera individual³².

El delegar subjetivamente la ejecución del poder representativo no resulta en estos tiempos controvertido, a diferencia de lo que ocurría en el Derecho romano donde se impedía representar ya que el mandato y la procura eran contratos consensuales y gratuitos y para con los terceros el mandatario asumía obligaciones y adquiría derechos a título personal, ya que el negocio representativo no se admitía³³. Y como era un negocio personalísimo se exigía que fuera el mandatario en forma personal quién ejecutara los actos convenidos; aunque es dable señalar que, la postura clásica sostuvo que salvo prohibición expresa se podía sustituir siempre y cuando el mandatario asumiera la responsabilidad consiguiente por los actos del sustituyente³⁴.

El proyecto resuelve la cuestión en el art. 370, ocupándose solamente de la sustitución sin incluir al subapoderamiento. Y en dicha norma y tal como lo indica el vigente Código civil en el art. 1924 (sobre mandatos), permite con amplitud la posibilidad de sustituir³⁵. Si nada se

³¹Porpeta Clerigo: Sustitución de poder, en Anales de la Academia Matritense del Notariado, T. I, p. 136. Roca Sastre - Puig Brutau: Estudios.. cit., T. I, p. 435. El Supremo Tribunal Español ha efectuado el distingo en sentencias del: 14- VII- 43, y del 9- V- 58, cit. por Ruiz Serramalera: El negocio jurídico.. cit., p. 481. Avila Navarro: La representación con poder.. cit., p. 186. Hupka: La representación.. cit., p. 325.

³²Diez Picazo: La representación.. cit., p. 194. De Leon Arce: La representación.. cit., p. 278. Minervini: El mandato.. cit., p. 124.

³³Bonfante: Instituciones de derecho romano, Ed. Reus, Madrid 1965, 3ra. edic., Trad. Bacci y Larrosa, p. 502, No. 165.

³⁴D'Ors A.: Derecho privado romano, Ed. Euns, Pamplona 1977, p. 518, No. 475, autor que aclara que en Roma, estaba prohibida la sustitución en el supuesto del «mandato procesal» (Digesto 17. 1. 8. 3) y cuando la especial naturaleza del negocio impedía trasladar la gestión.

³⁵Borda: Trat. Contratos, cit., T. II, p. 448, No. 1710. Salvat- Acuña Anzorena: Trat. Fuentes... cit., T. III, p. 173, Nop. 1852. Spota: Instituciones. Contratos, Ed. Depalma, Bs. As. 1973, v. VIII, p. 151, No. 1704.

indica ni permitiendo ni prohibiendo el apoderado puede realizar el acto de delegación siendo responsable por los actos del nuevo representante, y en esto son coincidentes la norma vigente y la proyectada.

Son compatibles ambas normativas cuando el representado designa la persona que puede sustituir al representante, y el efecto es que éste último no asume ningún tipo de responsabilidad (art. 370 par. 3ro). El art. 1924 del Cód. civil para llegar a esta conclusión exige una interpretación «a contrario», ya que lo hace responsable cuando no recibe el poder para sustituir, por lo tanto cuando se admite dicha facultad, no debe responder³⁶.

Y por último, para el caso de cláusula de prohibición de dar en sustitución el proyecto introduce una novedad, ya que permite aun ante la condición impeditiva, cuando fuere «indispensable conforme a las circunstancias...» (art. 370 párrafo 2do). Como precedente se anota un viejo fallo de la Corte Suprema Nacional que dispuso –para el supuesto en que el mandatario carecía de la facultad para sustituir–, «sólo obligaba al mandante cuando la sustitución había sido útil o necesaria»³⁷.

VIII. EXTINCION DE LA REPRESENTACION.

Al igual que lo hace el Código civil al ocuparse del contrato de mandato, el proyecto ingresa las causales de extinción de la representación, dando las siguientes: a) renuncia del representante; b) cumplimiento del negocio; y c) la revocación.

Queda sin normativa específica el supuesto de expiración del término final o resolutorio que toda la doctrina ha considerado, tal como lo indica Vélez Sarsfield en la nota al art. 724, una forma genérica de extinción de las obligaciones perfectamente aplicable al supuesto sub-exa-

³⁶Idem a la nota anterior. Es el criterio que prevalece en la doctrina, incluso el mismo Código civil para hacer incurrir en responsabilidad le exige una conducta culpable o dolosa, ya que refiere a «Haber elegido una persona notoriamente incapaz o insolvente». Salas: Responsabilidad del mandatario frente al mandante por los hechos del sustituto, en J. A. 66-627. Del mismo autor: Situación del mandatario sustituido frente al sustituto, en J. A. 1946-I-512. Spota: Instituciones. Contratos.. cit., v. VIII, p. 448, No. 1710. Llerena: Concordancias y comentarios.. cit., T. VI, p. 187.

³⁷C.S.Nac., en Fallos 17: 7. Spota: Instituciones. Contratos.. cit., v. VIII, p. 149, No. 1704. Salas: Situación del mandatario sustituido frente al sustituto, en J. A. 1946-I-512.

men³⁸. Al tratarse de un término resolutorio de cumplimiento de los actos de representación, cuando concluye dicho lapso se extinguen los derechos y obligaciones del representante y del representado.

a. Renuncia del representante.

Es la renuncia un acto jurídico no negocial unilateral en el que su titular abdica de un derecho. Es, como ya dije, «un acto de abandono, pérdida o abdicación sin correspondencia con ninguna ventaja jurídica»³⁹. No hay transferencias de derechos sino dejación de derechos.

También el apoderado puede ejerciendo un acto de libertad y como reflejo del derecho del poderdante de revocar, resignar su carácter de representante y dejar su ejercicio. El Código civil (contrato de mandato) admite esta exteriorización de voluntad «ad nutum», pero exige que se haga saber al mandante (art. 1978), es decir que se concrete un acto unilateral recepticio⁴⁰.

El proyecto, con mejor técnica legislativa, da similar solución a la del Código civil (art. 375). Establece que cuando tiene causa o existe un grave impedimento para continuar ejerciendo el poder, la renuncia no genera consecuencia, obligación, ni exige recaudo alguno, salvo el anoticiamiento⁴¹.

El Código civil en el art. 1979 exige del mandatario la continuación en la gestión, aun cuando la renuncia tuviera justa causa, hasta que el mandante pueda actuar por sí o por otro. El proyecto (art. 375) pareciera

³⁸Compagnucci de Caso R.: Manual de obligaciones, Ed. Astrea, Bs. As. 1997, p. 465, No. 387. Alterini- Ameal- López Cabana: Derecho de obligaciones, civiles y comerciales, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1995, p. 585, No. 1469. Cazeaux- Trigo Represas: Derecho de las obligaciones, Ed. Platense, 3ra. edic., La Plata 1991, T. III, p. 4, No. 1327.

³⁹El art. 1255 del proyecto y para el contrato de mandato, hace responsable al mandatario de los daños que cause su renuncia «intempestiva y sin causa». Traviesas: La renuncia, en R. G. de L. y J., Madrid 1929, p. 155. Cano Martínez de Velasco: La renuncia a los derechos, Ed. Bosch, Barcelona 1986, p. 61 y ss. Compagnucci de Caso: El negocio jurídico.. cit., p. 95, No. 31. Raynaud: La renonciation à un droit, en R.T.D.C. 1936- 163.

⁴⁰Diez Picazo: La representación.. cit., p. 311. Mosset Iturraspe: Mandatos.. cit., p. 279. Spota: Instituciones. Contratos.. cit., v. VIII, p. 173, No. 1710.

⁴¹En definitiva es un derecho potestativo del apoderado que le permite la dejación de ese carácter sin generar perjuicios. El art. 1978 del Código civil indica que «...si lo hiciere en tiempo indebido, sin causa suficiente debe satisfacer los perjuicios que la renuncia cause al mandante». Spota: Instituciones. Contratos.. cit., v. VIII, p. 188, No. 1719.

contradecir esta solución, ya que la obligación de continuar en la representación puede cesar cuando hubiere «justa causa o impedimento grave». Creo que el artículo 375 del mentado proyecto, debe ser interpretado con alguna laxitud, ya que resulta sensato pensar que aun mediando «justa causa», como puede ser la falta de cumplimiento de alguna obligación del poderdante, el representante debe continuar un tiempo razonable en ejercicio de su actividad, a fin de no dejar abandonados los intereses de la otra parte y acarrearle graves perjuicios⁴².

El mismo artículo citado regula en su parte final los efectos de las llamadas «cláusulas de irrenunciabilidad», y dispone que su validez queda condicionada a establecerlas por un tiempo «razonable» y «conforme a las circunstancias del caso». Este tipo de limitación a la libertad del apoderado, concluye ante la imposibilidad, o justas causas que impidan continuar con la gestión⁴³.

b. Cumplimiento del negocio.

Otra de las causales de extinción previstas en el art. 376 del proyecto está dada por la conclusión del negocio o actos para los cuales se otorgara la representación. A esta tipología algunos autores la han señalado como supuesto genérico aplicable pues corresponde a toda relación jurídica obligacional. Verbigracia: el transcurso del tiempo final, la imposibilidad de cumplimiento, o la muerte, resultan ejemplos de conclusión de la vinculación jurídica extensibles a la representación⁴⁴.

De todos modos la ley resulta explícita en el tema, aunque juzgada con alguna rigidez conceptual, se la puede cualificar como sobreabundante.

⁴²La hermenéutica propuesta es la misma que sigue el art. 1737 del Código civil español, y que la doctrina de ese país acepta con beneplácito. Diez Picazo: la representación.. cit., p. 312, No. 223. De Leon Arce: Negocio y representación.. cit., p. 281. Albaladejo: Derecho civil. Derecho de obligaciones.. cit., T. II, v. II, p. 364.

⁴³Muchos autores dan también como causales de extinción del apoderamiento a la muerte, la incapacidad o la falencia del apoderado o del poderdante. Puig Brutau: Fundamentos.. cit., T. II, v. II, p. 428. Albaladejo: Derecho civil.. cit., T. II, v. II, p. 364.

⁴⁴Castán: Derecho civil común y foral.. cit., T. IV, p. 530, quién con sabiduría extrema señala que las causales que prevé el art. 1732 del Código civil español, resultan ser de aplicación al mandato como así todas los medios de extinción de las obligaciones. Idem en: Salvat-Acuña Anzorena: Trat. Fuentes.. cit., T. III, p. 207, No. 1930. Lacruz Berdejo: Elementos de derecho civil. Derecho de obligaciones, Ed. Bosch, Barcelona 1986, 2da. edic., T. II, v. III, p. 344, No. 587.

c. Revocación.

Es una facultad del poderdante y está insita en el negocio de apoderamiento. Se trata de concluir con una relación que el mismo hizo nacer, mediante un acto unilateral. Con relación a los negocios en general señala Cifuentes: «La revocación es una facultad conferida por la ley en los actos unilaterales de confianza dependiendo de la voluntad que la declara y operando retroactivamente»⁴⁵.

En cuanto al mandato, como está previsto en el Código civil, es una forma de extinción mediante la cual el mandante, en forma expresa o tácita, manifiesta su deseo de concluir con la relación jurídica⁴⁶.

Esta potestad está insita tanto en el contrato de mandato, como en el poder, y son varias las razones que lo justifican: el único interesado es el poderdante o mandante, se trata de una relación basada en el confianza, y el cese de esa misma confianza abre la posibilidad de la revocación⁴⁷.

El proyecto en el art. 372 dispone la facultad «ad nutum» que tiene el representado de dejar sin efecto el poder, al igual que lo hace el vigente Código civil para el contrato de mandato (art. 1970, en concordancia con lo dispuesto en el art. 1963 inc. 1). Es que, como bien explica el profesor Albaladejo, la revocabilidad es de la esencia de la representación ya que se da en el solo interés del representado, puesto que éste confía al representante la facultad de obrar por él, de allí que no tendría por ello, sentido que si estima poder revocar no pueda hacerlo⁴⁸.

⁴⁵Cifuentes: Negocio jurídico, Ed. Astrea, Bs. As. 1986, p. 571. Monserrat Valero: El mandato y el apoderamiento irrevocables, cit., p. 79. Cano Martínez de Velazco: El poder irrevocable, Ed. Bosch, Barcelona 1998, p. 28 y ss.

⁴⁶Compagnucci de Caso: Actos revocables, en Enciclopedia de la Responsabilidad civil, Directores: Alterini y Lopez Cabana, ed. Abeledo- Perrot, Bs. As. 1996, T. I, p. 241. Cam. Civ. Villa Maria, en L.L.C. 1985- 568. CNCiv. S: A, en J. A. 1959- III- 439.

⁴⁷Con referencia al contrato de mandato el art. 1254 del Proyecto, sanciona con la obligación de pagar daños y perjuicios, si la revocación se produce «sin justa causa», o no se brinda un preaviso suficiente cuando el contrato carece de plazo. Si bien la norma proyectada habla de «plazo indeterminado», pareciera más acorde pensar en la inexistencia de la modalidad que en la tipología elegida.

⁴⁸Alvarez de la Cámara: Revocación del mandato y del poder, en Academia Matritense del Notariado, Madrid 1948- IV- 555. Nanni Luca: La revoca del mandato, Ed. Cedam, Padova 1992, p. 3 y ss. Roca Sastre - Puig Brutau: Estudios... cit., T. I, p. 405.

La revocación puede ser hecha en forma expresa, o tácita. La primera —no prevista la forma en el proyecto—, mediante un acto unilateral recepticio del representado, utilizando cualquier medio sin que ello afecte a su eficacia. Es importante el cumplimiento de alguna forma en función de su demostración posterior⁴⁹. La segunda (tácita) está prevista en el art. 373 del proyecto y se brinda en iguales circunstancias a las que hoy rigen para el mandato, es decir : intervención personal del poderdante en el mismo asunto, o la designación de otro representante⁵⁰.

IX. EFECTOS DE LA EXTINCIÓN DEL PODER.

El problema de la extinción de los poderes siempre ha sido el derecho y el eventual perjuicio que puedan sufrir los terceros contratantes de buena fe, quienes están en tratativas o concretan relaciones jurídicas con los representantes, al desconocer la real situación y la conclusión de la representación. Es por ello que, desde hace bastante tiempo atrás, el profesor español don Ferrandis Vilella, en anotación al tratado de Castán Tobeñas, planteaba interrogantes: Serán válidos los contratos celebrados con los terceros que contraten de buena fe ignorando la revocación?. Quedará obligado el mandante (representado) respecto de dichos terceros?⁵¹.

Si bien la solución ofrece dos posibilidades muy precisas: a) proteger al tercero en función de su buena fe y dar por eficaz y exigible la relación concretada, o b) tener por no perfeccionado el contrato haciendo cesar los efectos del poder extinguido; ello ha dado lugar a variadas opiniones que en la doctrina se bifurcan en esos dos senderos. Es valiosa la sentencia del

⁴⁹Spota : Trat. Parte general.. cit., T. I, v. 3- 6 (8), p. 1012, No. 2000. Nanni L.: La revoca.. cit., p. 28.

⁵⁰El art. 372, párrafo 2do. se ocupa del «poder irrevocable», como lo hace el art. 1252 con relación al contrato de mandato. El tema, interesante por cierto, demandaría en su estudio la dedicación de un capítulo especial y detenido, que no es posible hacerlo en este ensayo. Sólo puedo agregar que la solución del proyecto se acerca a la prevista actualmente en el art. 1977 del Código civil.

⁵¹Ferrandis Vilella, en su anotación al tratado de Castán: Derecho civil, común y foral.. cit., T. IV, p. 535. Roca Sastre - Puig Brutau: Estudios... cit., T. I, p. 433.

Supremo Tribunal Español del 5 de diciembre de 1958, que juzgó: «Que el mandante que crea en un tercero vendedor una situación de confianza a través del tiempo y en el curso de repetidas operaciones realizadas por un empleado de aquel y aceptadas por el principal, debe cortarla al cesar en su empleo el mandatario, dando conocimiento de este hecho al tercero si quiere desligarse o evitar el seguir obligándose...»⁵².

El Código civil argentino se ocupa de ello en el contrato de mandato en los arts. 1967 y 1968, y fundamentalmente en el primero de ellos la ley protege a los terceros de buena fé que, sin culpa alguna, ignoran la cesación del mandato, dándoles derecho a exigir el cumplimiento del contrato hacia el mandante, y reclamar daños contra el mandatario que conocía la cesación del vínculo⁵³.

El proyecto en el art. 377 sigue la buena doctrina que exige la necesidad de hacer conocer al tercero las modificaciones, renuncia o revocación que se haya hecho del poder, para poderse los oponer. En caso contrario no les es arguable, salvo la mala fe de los terceros, es decir cuando éstos conocían o debían conocer la real situación. Lo mismo es aplicable a los demás casos de extinción del poder.

Y como conclusión de los efectos de la extinción del poder, el art. 378 del proyecto permite al representado exigir la restitución de la documentación donde conste la relación jurídica.

X. EL PODER Y MANDATO IRREVOCABLES.

Un tema que merece atención por su eficacia práctica como por su matización jurídica, es la del «poder y mandato irrevocables». En la normativa proyectada la figura aparece, tanto en lo vinculado a la representación en general como, en forma específica, en el «contrato de mandato».

⁵²S.T.Español, sentencia del 5- XII- 58, cit. por Ferrandis Vilella, en anot. a Castán: Derecho civil.. cit., T. IV, p. 535.

⁵³Es importante lo dispuesto en el art. 1964 del Código civil argentino, que exige el conocimiento del cese del mandato por parte de los terceros y del mandatario. El antecedente del artículo es el 3012 del proyecto (Esboco) de Freitas, y la solución como señala Spota: Instituciones. Contratos.. cit., v. VIII, p. 179, No. 1711, armoniza con el principio de la buena fe diligencia que ampara al tercero que ignoraba, sin culpa, la cesación del mandato.

El primer problema que debe plantearse el intérprete en el plano estrictamente dogmático es, si resulta posible por su eficacia estructural convenir la cláusula de renuncia a la revocabilidad, y en segundo lugar, para el caso de aceptarse la solución afirmativa, cual es el alcance que puede tener, es decir si se trata de un carácter de orden absoluto o meramente relativo⁵⁴.

Es necesario, en el diagrama de un juicio apriorístico, señalar que la revocación es de la propia naturaleza del apoderamiento, como derecho potestativo que permite mutar la situación en otro sujeto que no es el de actuación, pues la irrevocabilidad es de excepción, siempre claro está, que sea posible afirmar su posibilidad.

Para juzgar la validez de la cláusula de irrevocabilidad existen argumentaciones favorables y contrarias; cuestión divergente que también se materializa en la concreción legislativa⁵⁵.

Ya hace bastante tiempo que autores relevantes sostenían que la imposibilidad de revocar es inmoral pues atenta contra la libertad, limitando en un exceso inadmisibles el principio de autonomía privada⁵⁶. En ese sentido y en la doctrina germana, Schlossman afirma que no es concebible un apoderamiento irrevocable ya sea por contrato o por voluntad unilateral, pues es normativa de «*ius cogens*», inderogable por voluntad de las partes, la que consiente en que el poderdante puede revocar cuando quiera, porque con ello se sustenta en sustancia la libertad de cada hombre a decidir por sí los propios negocios⁵⁷. A lo cual se le adiciona que, si el poder se encuentra apoyado en la confianza depositada por el representado en el

representante, cuando dicha confianza se termina o deja de existir, es de toda razón y naturaleza permitir que quien dio las facultades las retire.

Por otra parte, se juzga que si la revocabilidad constituye uno de los elementos esenciales del tipo negocial aparece como irrenunciable dicha facultad, pues a más de violentar la estructura del acto, afecta a la libertad individual y al derecho de las personas⁵⁸.

En cambio, si se lo incluye entre los denominados elementos naturales, se brinda la posibilidad de ingresar el pacto de renuncia en función de la categorización que se da en la especie⁵⁹.

Alguna doctrina que podría calificarse como intermedia, ha considerado que el mandato, como típico acto jurídico bilateral (contrato) puede resultar irrevocable en virtud del convenio de las partes intervinientes, pero ello no resulta propio del apoderamiento ante su carácter negocial unilateral. Si el poderdante por su sola declaración se obliga emerge como de pura lógica que pueda dejar sin valor y efecto a dicha declaración⁶⁰.

A pesar de las observaciones y diferencias que se anotan, prevalece la tesis, volcada en numerosa normativa, que permite y hace extensiva la irrevocabilidad tanto al contrato de mandato como al negocio de apoderamiento voluntario. Cuando la cláusula emana del acuerdo y no tiene fundamento en la protección al interés del apoderado o de un tercero, nunca aparece como absoluta, y su carácter limitativo permite categorizarlo como «relativo». Su incumplimiento genera la obligación de pagar los daños y perjuicios causados⁶¹.

⁵⁴Monserrat Valero: El mandato y el apoderamiento irrevocables, Ed. Instituto Francisco El Católico, Zaragoza 1982, p. 77. Hupka: La representación.. cit., p. 371. De La Cámara Alvarez: La revocación del mandato y del poder en Academia Matritense del Notariado, T. IV, p. 551. Cano Martínez: El poder irrevocable, Ed. J.M. Bosch, Barcelona 1998, p. 28.

⁵⁵Impiden la cláusula de irrevocabilidad: El Código Federal Suizo de las obligaciones (art. 34) dice: «Le représenté à en tout temps le droit de restreindre ou de révoquer les pouvoirs écollant d'un acte juridique sans préjudice des réclamations que le représentant peut avoir à former contre lui en vertu d'une autre cause, telle qu'en contrat individuel du travail, un contrat de société ou un mandat. Este nulle toute renonciation anticipée à ce droit par le représenté». Idem en Cod. civil Ruso (art. 270); y el Código civil portugués de 1966 (art. 265).

⁵⁶Mitteis cit. por Hupka: La representación.. cit., p. 19. Otros autores como Laband y Derburg siguen similar criterio. Diez Picazo: La representación.. cit., p. 305, No. 219. Roca Sastre - Puig Brutau: Estudios de derecho civil.. cit., T. I, p. 412.

⁵⁷Schlossman: Die Lehre von der Stillvertretung, Lipsia 1902, p. 325.

⁵⁸Diez Picazo: La representación.. cit., p. 305, No. 219, este autor solo arrima los argumentos dados para justificar la especie.

⁵⁹Adler Karl: La transmission irrévocable des pouvoirs et du droit de note attachés aux actions, en « Annales de droit commercial », 1924- 292.

⁶⁰Minervini: El mandato .. cit., p. 360, No. 77. Graziani: In tema de procura irrevocabile, Studi di Diritto civile e commerciale, Napoli 1953, p. 80. Planiol- Ripert: Tratado de derecho civil, ed. Cultural, La Habana 1948, trad. Diaz Cruz, T. XI, No. 1492. Larenz: Derecho civil. Parte general, cit., p. 812. Galgano: Diritto privato, 7ma. edic., Ed. Cedam, Milano 1992, p. 293, sostiene el carácter absoluto de la revocación en el apoderamiento.

⁶¹Barbero: Sistema de derecho privado, trad. Sentis Melendo, Ed. EJE, Bs. As. 1967, T. IV, p. 242, No. 809. Sallé de la Marinière: Le mandat irrevocable, en R. T. D. C., 1937- 241. Salvat-Acuña Anzorena: Trat. Fuentes.. cit., T. III, p. 212 No. 1942, nota 131 a). Masnatta: El mandato irrevocable, en Rev. del Coleg. de Abog. de La Plata, No. 21, p. 364. Mazeaud: Lecciones de derecho civil, Ed. EJE, Trad. Alcalá Zamora, Bs. As. 1959, Parte III, v. IV, p. 413, No. 1420. De Castro: La representación.. cit., p. 112.

Por otro lado, en los supuestos en que la limitación a la potestad del poderdante está dada en los mandatos o apoderamientos en interés exclusivo del mandatario o de un tercero, o bien cuando se otorga para hacer efectivas otras obligaciones, puede tomar el carácter de absoluta o también llamada «real»⁶².

De todos modos es este un tema que encierra su propio debate, ya que se controvierte si es posible la existencia de la irrevocabilidad relativa o asimismo denominada obligacional, o hay verdadera irrevocabilidad ante la cláusula de carácter real. Coincido con aquellos autores que entienden que la única tipología de irrevocabilidad se muestra en la absoluta, pues lo otro no es posible configurarlo como un supuesto de renuncia al derecho del poderdante⁶³.

XI. LA NORMATIVA DEL PROYECTO.

La mayoría de los códigos prevé la posibilidad de poderes y mandatos irrevocables. Como un buen ejemplo a citar, el artículo 1723 del «Codice» civil italiano preceptúa: «Revocabilidad del mandato. El mandante puede revocar el mandato. Pero si se hubiese pactado la irrevocabilidad, responde por los daños salvo que concurra una justa causa. El mandato conferido también en interés del mandatario o de un tercero no se extingue por la revocación del mandante salvo que se haya establecido otra cosa o

⁶²Salvat- Acuña Anzorena: *Trat. Fuentes.* cit., T. III, p. 213, No. 1492. Spota: *Tratado de derecho civil. Parte general*, Ed. Depalma, Bs. As., T. I, v. 3-6 (8), p. 1013, No. 2000. Roca Sastre - Puig Brutau: *Estudios.* cit., T. I, p. 414. Albaladejo: *Derecho civil. Introducción y parte general*, Ed. Bosch, 3ra. edic., Barcelona 1978, T. I, v. II, p. 409. Mosset Iturraspe: *Mandatos.* cit., p. 158.

⁶³En la doctrina española tanto Albaladejo como De La Cámara, consideran que sólo es posible hablar de irrevocabilidad en el caso de la irrevocabilidad absoluta o real. Ya que en la relativa u obligacional se permite revocar y por lo tanto la cuestión deviene casi intrascendente y regida por las reglas generales. Albaladejo: *Derecho civil.* cit., T. II, v. I, p. 258. De La Cámara: *La revocación del mandato.* cit., A.M. del N., 1948- V- 603. Castán: *Derecho civil español común y foral*, Ed. Reus, Madrid 1977, puesta al día y revisada por Ferrandis Vilella, 10ma. edic., T. IV, p. 533. En la doctrina italiana: Saguesse y Nanni consideran que únicamente se puede hablar de apoderamiento o mandatos irrevocables obligacionalmente, ya que la relación se extingue y sólo resta al pago de los daños. Nanni: *La revoca del mandato*, Ed. Cedam, Padova 1992, p. 38 y ss. Saguesse: *La rappresentanza nella teoria e nella pratica del diritto privato italiano*, Ed. Jovene, Napoli 1933, p. 408.

concurra una justa causa de revocación, no se extingue por la muerte ni por la incapacidad sobrevenida del mandante»⁶⁴.

El proyecto en seguimiento de esa línea de pensamiento, propone en el art. 372 lo siguiente: «El poder puede ser revocado en cualquier momento. No obstante puede ser irrevocable siempre que se otorgue para negocios especiales, limitado en el tiempo y en razón de un interés legítimo exclusivo del representante, común a éste y al representado, o de un tercero, este poder sólo puede revocarse si media justa causa y se extingue por el transcurso del plazo establecido, salvo estipulación en contrario». Por su parte el art. 1253 y ya referido al «mandato irrevocable», prevé: «El mandato puede convenirse expresamente como irrevocable en los casos del art. 372. El mandato irrevocable no se extingue por la muerte o la incapacidad del mandante. Pero es inválido el mandato para ejecutarse sólo después de la muerte del mandante».

Si bien ya lo señalé anteriormente, es digno de resaltar cómo el proyecto diferencia con nitidez la irrevocabilidad del negocio de apoderamiento, del convenio surgido en el contrato de mandato. Es así importante ver como los requisitos se igualan en uno y en otro caso, aunque algunas aclaraciones caben y diferencian a ambos institutos. Mientras el art. 372 incorpora los elementos necesarios para la validez de la renuncia al derecho potestativo de displicencia, el art. 1253, hace saber que tanto la muerte como la incapacidad del mandante permiten mantener la vigencia del mandato irrevocable, y aclara que resulta ineficaz el otorgado para hacerse efectivo luego del fallecimiento del mandante.

⁶⁴En similar sentido el Art. 1317 del Código civil brasilero dice: «El mandato es irrevocable: 1) Cuando ha sido convenido que el mandante no podrá revocarlo o cuando se ha dado para un negocio propio del mandatario; 2) De manera general en los casos en que es la condición de un contrato sinalagmático o medio de cumplir una obligación contratada, como, por ejemplo en las letras de cambio o los títulos a la orden, el mandato de pagarlas; 3) Cuando ha sido dado al socio como administrador o liquidador de la sociedad, en virtud de una disposición del contrato social, salvo si se ha dispuesto otra cosa en los estatutos o en un texto especial de la ley». El código civil portugués (art. 1170- 2), establece: «Si el mandato ha sido otorgado también en interés del mandatario o de tercero, no puede ser revocado sin consentimiento del interesado, salvo que concurra una justa causa». Idem el art. 724 del Código civil griego de 1940, y el art. 2596 del Mexicano.

XII. REQUISITOS DE LA IRREVOCABILIDAD.

Conforme a lo programado en el art. 372 los requisitos para la irrevocabilidad son los siguientes: a) otorgado para negocios especiales; b) limitación temporal; y c) dado en interés del representante, común a éste y al representado, o en el de un tercero.

a. Negocios especiales. Significa ello que la irrevocabilidad no puede ser acordada en los poderes o mandatos generales, pues lo contrario importaría una especie de enajenación de la personalidad del poderdante que restaría su patrimonio en manos de su apoderado, impidiéndosele el ejercicio de la libertad individual ante la pérdida de confianza⁶⁵. Como sostiene Roca Sastre: «La renuncia al derecho de revocar del mandante, cuando se trata de la administración de todo un patrimonio o de una parte considerable del mismo, significa con frecuencia una sumisión moral a la voluntad del mandatario; habiendo entonces de considerarse nula»⁶⁶.

b. Limitación temporal. Pareciera que limitar en el tiempo el apoderamiento irrevocable se une a la especificidad del negocio, ya que se alega como argumento el que no es posible alongar «sine die» la relación jurídica dejando a las partes en un estado de incertidumbre⁶⁷.

c. Interés de las partes o de un tercero. En este tema el proyecto produce una importante innovación con relación al texto vigente del artículo 1977, ya que la norma actual se refiere al «interés legítimo de los contratantes o de un tercero», mientras que la propuesta expone: «interés legítimo exclusivo del representante, común a éste y al representado, o de un tercero...». En la comparación de ambos textos es posible observar que en el proyecto se incluye el interés exclusivo del representante, como agregado al de las partes y al de un tercero.

⁶⁵Cano Martínez: El poder irrevocable, Ed. J.M.Bosch, Barcelona 1998, p. 11 y ss. Masnatta: El mandato irrevocable.. cit., en R.C.A. de L.P., No. 21, p. 373. Acuña Anzorena: Mandato irrevocable e incapacidad del mandante, en L.L. 13- 121.

⁶⁶Roca Sastre - Puig Brutau: Estudios de derecho privado.. cit., T. I, p. 415. Enneccerus - Lehmann: Tratado de derecho civil. Derecho de obligaciones, Ed. Bosch, Barcelona 1954, trad. Pérez González y J. Alguer, rev. por Puig Brutau, T. II, v. II, p. 577.

⁶⁷Masnatta: El mandato irrevocable, cit., en R.C.A. de LP, No. 21, p. 373. Sallé de la Marnière: Le mandat irrevocable, en R. T. D. C., 1937- 265. Borda: Tratado.. cit., Contratos.. cit., T. II, p. 483, No. 1766. Compagnucci de Caso R.: El negocio jurídico, cit., p. 433, No. 139.

Sin perjuicio de haber hecho notar la mayor amplitud de titulares protegidos, es de inquirir que significado corresponde otorgar al «interés», como se lo indica en el art. 372 del proyecto que, a mi juicio, en su acepción sustantiva es coincidente con lo dispuesto en el código vigente. Sin embargo y quizá en un exceso de sutileza jurídica, la doctrina ha elaborado diferentes aspectos del mentado «interés del apoderado o de un tercero».

Así algunos autores como Ascoli en Italia consideran que el interés se manifiesta solamente cuando el mandato es un elemento accesorio de una obligación del mandante o tercero de la que no cabe el desistimiento unilateral⁶⁸. Son supuestos en los cuales el mandatario o apoderado, o los terceros pueden hacer valer un derecho que está unido a la subyacencia de otro negocio, de donde se extrae que existe conexidad entre el derecho propio del mandatario o del tercero, y el encargo conferido por el mandante o poderdante. Para esta tendencia no es suficiente el solo «interés simple», sino que debe concretarse en un verdadero derecho por parte del titular que derive de la relación obligatoria anterior⁶⁹. Los autores anotan algunas sentencias en la jurisprudencia francesa que ponen el acento en el «interés común» de ambas partes del contrato y que cumplimenta de esa forma una previsión de otro contrato⁷⁰.

Aisladamente se ha sostenido que cuando es dado en el solo interés de un tercero, el mandato o apoderamiento irrevocables sólo tiene efecto obligacional, ya que el tercero por ser tal no tuvo intervención en el negocio básico y por lo tanto la violentación del acuerdo no brinda un derecho pleno y solamente genera el derecho a la reparación de los daños⁷¹. Esta tesis no me parece adecuada, pues si el tercero adhiere a dicho convenio (art. 504 del Cod. civil) su derecho emerge con plenitud y no hay posibilidad de excluirlo de los efectos del tipo de irrevocabilidad real.

⁶⁸Ascoli: Mandato irrevocabile, en Rivista de diritto civile 1917- 291. Monserrat Valero: El mandato y el poder irrevocables.. cit., p. 100.

⁶⁹Sallé de la Marnière: Le mandat irrevocable.. cit., en R. T. D. C. 1937- 275. Graziani: Consideratione sul mandato in rem propriam nell'ipotesi di fallimento del mandate, en Banca, borsa e titoli di credito, 1964- II- 227.

⁷⁰Cour de Casation 26- XI- 58, en Dalloz 58- J- 544. Bordeaux 27- IV- 85, en Dalloz 86- II- 263. Orleans 31- VII- 83, en Dalloz 85- II- 20.

⁷¹Cabassi: Mandato con clausola de irrevocabilità, en Rivista de diritto privato 1943- 20.

Otros autores entienden que el «interés» debe ser observado como un verdadero interés cualificado pues el mandato o el apoderamiento se presentan como el único medio de satisfacerlo, haciendo notar que la sola expectativa de la remuneración por la tarea no es la contemplada en la normativa correspondiente, sino la manera de lograr la efectivización del objeto contractual⁷².

También se señala, en la llamada teoría del «interés común» de las partes, lo que De Page en el derecho Belga hacía notar: «El alcance de la irrevocabilidad debe ser cuidadosamente señalado. No es verdad que las cláusulas que suprimen la revocación sean siempre lícitas. Para que la licitud exista es necesario que el mandato no haya sido dado en el interés exclusivo del mandante.. sin que, en lo que concierne al mandatario, este interés pueda consistir únicamente en la percepción del salario. La situación se presenta notablemente curiosa: a) cuando el contrato de mandato se celebra en interés de las dos partes, b) Cuando el mandato ha sido hecho en interés de un tercero (tercero «adiectus solutionis gratia»), y c) cuando el mandato no es más que la condición de otro contrato principal del que constituye uno de los elementos de la ejecución»⁷³.

A mi criterio y como síntesis, podría decir que el «interés» debe ser juzgado y considerado conforme a criterios comunes y vulgares. Consisten en ventajas o necesidades a ser satisfechas por el poderdante o mandante en el ejercicio del poder o del mandato. En esa dirección Hupka da como ejemplos: mandato dado para que el mandatario cobre un crédito en nombre del dominus y parte sea para él; apoderado que quiere mantener una situación jurídica y pacta la irrevocabilidad⁷⁴; y entre nosotros se ha hecho hábito que los compradores de inmuebles mediante boleto de compraventa cuando adquieren para transferir a terceros, pactan con el vendedor en recibir un poder irrevocable a fin de suscribir en nombre del titular la escritura traslativa de dominio⁷⁵.

⁷²Cottino: Note sull'irrevocabilità del mandato, en Rivista di diritto commerciale 1952- 218.

⁷³De Page: Traité élémentaire de droit civil Belge, Bruselas 1952- V- 456. Minervini: El mandato.. cit., p. 363 / 364.

⁷⁴Hupka: La representación ... cit., p. 380. Díez Picazo: La representación.. cit., p. 52 y p. 309.

⁷⁵Gatti y Chiappini: Comprador y vendedor como mandatarios, en L. L. 1983- C- 799. Gattari: Poderes irrevocables. Redacción incorrecta y absurda, en Rev. Notarial No. 931, año 1998, p. 733.

XIII. CONCLUSION.

A manera de colofón y para terminar debo manifestar mi personal concordancia con la normativa que el proyecto propone para regular todo lo atinente a la representación en el derecho privado.

Es de subrayar que el método adoptado sigue los lineamientos y vías de los códigos modernos que a partir del tan logrado Código civil Alemán de 1900 (B.G.B), ha efectuado el debido distingo y diferenciación entre la representación y el mandato, los diversos tipos de representación, la individualización de la figura del poder, y la posibilidad que el mismo se una a diversas relaciones diferentes de gestión, lo que Ferrari denomina «principio de la fungibilidad de los esquemas estructurales».

En síntesis, creo que el proyecto logra dar una clara visión de la representación en un esquema de actualización jurídica digna de mención.

LA NULIDAD EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1998

Ernesto E. Nieto Blanc

Al referirse al tema la fundamentación del Proyecto expresa, con plena razón que "es uno de los capítulos que presenta las novedades más importantes" (N° 51), pero en la misma no se han proporcionado las necesarias explicaciones que den las bases del principal cambio operado, consistente en haber suprimido la doble clasificación de las nulidades que contiene el Código Civil, según el parecer de la mayoría doctrinaria y jurisprudencial del país (actos nulos y anulables, y actos de nulidad absoluta y relativa, tomada por nuestro Codificador del "Esboço", preparado para Brasil por Augusto Teixeira de Freitas; clasificaciones que son distintas pero se entrecruzan en su aplicación, existiendo actos nulos y anulables que, al propio tiempo, son de nulidad absoluta o relativa). La materia de la nulidad es ardua y compleja, no resultando fácil su tratamiento normativo. Ya lo dijo Juan A. Bibiloni: "Es tan importante la recta comprensión de la teoría de las nulidades que es indispensable traer la claridad posible en asuntos que, por sí mismos, son ya difíciles y oscuros" (Anteproyecto, Tomo I, Gmo. Kraft Ltda. S.A., Buenos Aires, 1939, nota 389, página 116). Por ello, debe procederse con la máxima prudencia al encarar una posible reforma del sistema adoptado por el Código Civil que nos rige, en el tema de la invalidez.

También lo destacó Jorge J. Llambías en su Anteproyecto de 1954: "...pero debe vacilarse mucho antes de prescindir de todo lo valioso que en esta ardua materia de las nulidades, concibió o adoptó el excelente sentido jurídico de Vélez" (Anteproyecto citado, edición Universidad Nacional de Tucumán, 1968, nota de los artículos 204/205, página 140).

El proyecto analizado —que tiene innovaciones destacadas, como la Conversión (art. 381) y el Acto indirecto (art. 382)—, en algunos aspectos

resulta demasiado sumario, especialmente en el tema de la reforma básica que se bosqueja en punto a la clasificación de la invalidez, ceñida a los actos de nulidad absoluta y relativa, soslayando los actos nulos y anulables (sin perjuicio de la nulidad parcial, que se mantiene - art. 386) reforma que es la que más preocupa. El presente análisis, sucinto y que necesitará un estudio posterior más profundo, tiende primordialmente a expresar las observaciones y comentarios principales, que origina la lectura y examen de aquella modificación fundamental, sintetizados en los párrafos que siguen.

1.- *Terminología*: El Proyecto asigna a la "Ineficacia" una amplitud genérica, en la que incluye, como especie, la invalidez. El propio rótulo del Título VIII del Libro Segundo (arts. 379 a 394) lleva por lema "De la ineficacia de los actos jurídicos", que divide en seis Capítulos. Parte importante de la doctrina formula críticas a ese criterio, considerando conveniente mantener separada la ineficacia de la nulidad (o invalidez), teniendo en cuenta que en ésta existe un defecto en la estructura del acto, que causa su invalidez; en cambio, la ineficacia supone la validez del acto, sin existir vicios estructurales en el mismo, no emergiendo los efectos que le son propios por una razón extrínseca, que se vincula con el aspecto funcional. Sobre el tema cabe remitir al amplio desarrollo hecho al tratarlo en particular, en el estudio publicado por el autor en la Revista El Derecho - "Ineficacia y Nulidad" - Tomo 116, págs. 725/750.

En cuanto a la doctrina aludida, ver por toda ella: Messineo, Francesco, "Manual de Derecho Civil y Comercial", trad. de Santiago Sentís Melénd, Tomo II, E.J.E.A., Buenos Aires, 1954 & 47, N° 4, ps. 490/491 y N° 12, ps. 498/99. Además, el art. 379 citado, al enumerar las categorías de ineficacia las limita -aparte la invalidez- a la "inoponibilidad" y a las "ineficacias sobrevinientes" (rescisión, revocación y resolución), omitiendo la importante especie de las llamadas "ineficacias simples", tal el caso por ejemplo de la "condición", como la define el artículo 339 del propio Proyecto, al expresar: "La eficacia de un acto jurídico puede quedar supeditada a un hecho futuro e incierto": esa ineficacia no queda contemplada por el mencionado art. 379. Asimismo, el Proyecto usa en forma indistinta los términos "nulidad" e "invalidez", no declarando su equivalencia. V. gr. el rótulo del Capítulo IV es: "Efectos de la invalidez", y el artículo 387 como inmediato siguiente, comienza expresando: "La nulidad obliga a las partes a resti-

tuirse mutuamente lo que han recibido en virtud o por consecuencia del acto". Esa disparidad, en el lenguaje legislativo, no parece aconsejable.

2. *La Clasificación Adoptada*. La doble distinción que contiene el Código Civil vigente, conforme a lo ya anticipado, la limita el Proyecto a la sola especie de nulidad absoluta y nulidad relativa, omitiendo la separación tradicional de actos nulos y anulables. Los proyectos de reforma integral del Código Civil, no llegaron a suprimir aquella doble clasificación. Caso de los anteproyectos de los Dres. Juan A. Bibiloni y Jorge J. Llambías. Adoptó igualmente esa posición el Dr. de Gásperi en su Anteproyecto de nuevo Código Civil paraguayo. Pretendió suprimirla el Proyecto de Reformas del año 1936, apartándose del Anteproyecto Bibiloni (la iniciativa fue de los Dres. Lafaille y Salvat, ver "Actas". Tomo I, ed. Gmo. Kraft Ltda., Buenos Aires, 1937, páginas 253, 282/3, que se aprobó en la sesión del 12 de junio de 1928, por cuatro votos computados -Dres. Lafaille, Salvat, Rivarola y Rébora-, contra tres -Dres. Bibiloni, Repetto y Pera-, ver "Actas", citadas, Tomo I, página 283, e Informe de la Comisión, páginas 23/25).

Pero su propósito quedó desvirtuado con el régimen que adoptó, al admitir actos nulos confirmables y actos anulables inconfirmables, como lo demostró la doctrina (ver, por todos, Orgaz, Alfredo, "Estudios de Derecho Civil", ed. Tea, Buenos Aires, 1948 - "La Nulidad de los actos jurídicos en el proyecto de Reformas", páginas 47/61), probando que la sola distinción de los actos nulos y anulables, que consagra literalmente el citado Proyecto de 1936, oculta la presencia de la nulidad absoluta y la relativa, que en suma se mantienen, con lo que la doble clasificación del Código Civil no resultó dejada de lado. En igual sentido Dr. Repetto, Actas citadas, T I, p. 283, parte final.

Ello no ocurrió en Paraguay, donde el Código sancionado en 1986, desechó esa doble clasificación, que repetía el Anteproyecto de Gásperi, y adoptó la distinción única de actos nulos y anulables, absorbiendo los primeros la nulidad absoluta, y los segundos la nulidad relativa (artículos 355 y ss. y Exposición de Motivos, página 14).

El criterio diferencial entre ambas especies de nulidad acogidas por el Proyecto analizado, se contiene en el artículo 383, expresando: "Son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público y la moral. Son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción

sólo en protección del interés de ciertas personas". Al respecto, cabe observar que a la mención de "la moral" pudo agregarse "o las buenas costumbres", como lo hace el artículo 396 para el abuso del derecho, que distingue ambos conceptos y muestra que el segundo no queda, sin más, incluido en el primero.

Indudablemente, el atributo básico en que se apoya el factor diferencial de ambas especies de nulidad, lo centra el Proyecto en el "orden público", cuya precisa noción es sumamente controvertida, no estando cerrado el debate doctrinario existente a su respecto (ver, sobre el espinoso tema: "Orden Público", del autor, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1962).

La pauta del "orden público", en su acepción más generalizada—que surge del propio artículo 383, antes citado— vinculada con el interés general, juega en todas las especies de nulidad (también en la relativa), dada la naturaleza de las razones que dan fundamento a la invalidez, y no puede adoptarse, entonces, como criterio para diferenciarlas. Así lo ha sostenido autorizada doctrina. Ver al respecto, entre otros autores: Moyano, Juan Agustín - "Efectos de las nulidades de los actos jurídicos", Compañía Impresora Argentina S.A., Buenos Aires, 1932, N° 50, pág. 31: "...no puede un concepto tan impreciso como el de orden público servir de cartabón para clasificar las nulidades"; N° 52, pág. 33: "No es posible esperar que la noción de orden público alcance a explicar satisfactoriamente lo que hay de común y lo que hay de opuesto en las nulidades absolutas y relativas. Es innegable que en toda nulidad actúa un interés social y un interés individual. Dejar librado al Juez decidir cuál es el que prima en cada caso particular, sería negar la posibilidad de forjar una regla jurídica". Lutzesco, Georges - "Teoría y práctica de las Nulidades", traducción de Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda; Editorial Porrúa S.A., México, 1945: En páginas 241/242 se pregunta ... ¿puede afirmarse con certeza que tras las disposiciones destinadas a la protección de un interés privado no existan los elementos del orden público?, y contesta: "Ciertamente no, porque las renunciaciones anticipadas a tal protección serían la mejor prueba para desmentirnos". Agrega que la nulidad relativa "indirectamente" también obra en provecho del interés general porque a través de sus efectos "siempre es el interés público el protegido". Pone como ejemplos el dolo y la protección de los incapacitados, que tienden respectivamente a realizar el máximo de seguridad en las relaciones jurídicas,

y en el segundo caso "no puede negarse que se toma en cuenta el interés de la sociedad". Alessandri Besa, Arturo - "La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil Chileno", Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, 1949, autor que en los N° 85/87, páginas 76/78, adhiere a los conceptos vertidos por Lutzesco, antes referidos, a quien cita y transcribe (N° 85, página 77). Japiot, René - "Des Nullités en Matière d'Actes Juridiques", A. Rousseau, éditeur, París, 1909: páginas 303, 306, 309 (donde se lee: "Toda nulidad radical o relativa, debe ser de orden público en el momento de su nacimiento", recordando que "no se puede renunciar por anticipado a invocar un error si no se lo ha todavía descubierto"), 332 749, 753, etc. De Roa, Julio O. - "Del Orden Público en el Derecho Positivo", Jesús Meléndez, Librero Editor, Buenos Aires, 1926, N° 120 y ss., páginas 90 y ss.; en el párrafo 120 (pág. 90) dice el autor: "La materia del orden público es indiferente, ajena a la clasificación de las nulidades" y agrega: "Su efecto sobre un acto irregular, puede ser de nulidad absoluta, de nulidad relativa, y también puede acontecer que, a pesar de tratarse de un acto irregular, como efecto del orden público corresponde declarar su validez". Zaballa, Pablo - "Estudio sobre el Orden Público en el artículo 21 del Código Civil Argentino", Edición del autor, Buenos Aires, 1946" (tesis de doctorado en jurisprudencia recomendada al Premio Facultad), páginas 339/340, donde el autor expresa: "Indiscutiblemente en toda nulidad interviene algún elemento integrante del contenido del orden público, porque solamente se concibe la existencia de la nulidad de un acto, una negación de efectos, una corrección de consecuencias pactadas, cuando una necesidad social así lo requiere e impone" (pág. 339), y: "...no es la noción del orden público que permitirá hacer una clasificación de nulidades" (pág. 340). Zannoni, Eduardo A., "Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos", Astrea, Buenos Aires, 1986, Capítulo II, 23, págs. 205/206, donde el autor expresa: "...creemos que debe abandonarse la pretensión de obtener *a priori* una categoría de orden público referible a la calificación de la nulidad absoluta. En cambio, sí es posible—y deseable— que el intérprete advierta que en toda nulidad *existe un interés privado comprometido que puede estar en función del reconocimiento, simultáneo, de intereses generales*", Goldenberg, Isidoro M. y Tobías, José W. en "Reformas al Código Civil", Colección dirigida por Atilio Aníbal Alterini y Roberto M. López Cabana, Tomo I, "Parte General", ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, págs. 312/315.

El autor del presente examen, desde hace años, participa también del parecer de que el "orden público" no constituye, por sí, un criterio idóneo y suficiente para clasificar las nulidades (v. "Orden Público", op. cit., págs. 45/53, y después en "Curso de Derecho Civil", elaborado con otros autores, Tomo I, Parte General, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1981, págs. 390/394, N° 289, leyéndose en la pág. 392: "...lo cierto es que en toda nulidad existe un respaldo de orden público que la cimenta. Cuando ese orden público es directo e inmediato, por ser *los efectos mismos del acto* los que lesionan el interés general, la nulidad es absoluta; en cambio, si el interés directa e inmediatamente protegido es particular, quedando el orden público detrás, la nulidad es relativa". Se pone el ejemplo de la violencia, no tolerada por el Estado, existiendo un evidente interés general de que no impere en las relaciones jurídicas, pero si tal vicio afecta un acto la nulidad que se produce es relativa, siendo ilícito el "medio utilizado", constituyendo materia de protección inmediata el interés de la víctima y no el interés general, que —en vez— pasa a ser de protección directa cuando el objeto del acto otorgado resulta prohibido o contrario a las buenas costumbres "ya que entonces son ilícitos los efectos —que tienen permanencia— y no la formación misma del acto". Se menciona como situación similar la incapacidad de hecho del sujeto, que tiene un claro fundamento de orden público, pero el acto cumplido por el incapaz produce su nulidad relativa, por las mismas razones expuestas (pág. 392).

El Proyecto no proporciona otra pauta que la indicada para determinar si hay nulidad absoluta o relativa, lo que originará incertidumbre en muchos casos. V. gr., el artículo 259 dispone en su parte final que: "La inexistencia de causa da lugar a la invalidez del acto", preguntándose el intérprete si la nulidad es absoluta o relativa, cuya respuesta no es fácil de hallar con los solos elementos de identificación proporcionados.

Por otra parte, estos últimos hasta resultan inseguros como factores discriminantes, en su aplicación, por lo ya expuesto y observando, además, que a veces se desdibuja su sentido y alcance, como en los arts. 251 y 256, que en materia del objeto y la causa de los actos jurídicos, para determinar su ilicitud, aluden no sólo al orden público y la moral (mentados por el art. 383 del Proyecto), sino también a la prohibición legal, a su imposibilidad o lesión de los derechos ajenos o de terceros, uniendo esas

causales a la moral y al orden público, pareciendo negar que su naturaleza se iguale, lo que influiría en sus efectos.

Los Códigos vigentes, en general, aun conteniendo una sola clasificación de las nulidades, son más explícitos en su reglamentación de cada especie normada, contemplando y encasillando los supuestos de falta, vicio o ilicitud de los elementos del acto histórico cumplido, sin delegar esa fundamental cuestión a los tribunales de justicia. Así, haciendo mención de algunos de ellos:

● *Código Civil de Italia*: (año 1942). En el Libro Cuarto donde regula las Obligaciones, dedica el Capítulo XI (arts. 1418 a 1424) a la "Nulidad del Contrato", y el Capítulo XII a su "Anulabilidad" (arts. 1425 a 1446), dividido en tres Secciones, con los rótulos: "De la Incapacidad", "De los Vicios del Consentimiento", y "De la acción de nulación", respectivamente. Allí precisa las correspondientes causas de nulidad y anulabilidad, y lo referente a la legitimación para accionar, prescripción y confirmación, en los aspectos generales, sin perjuicio de la regulación de las situaciones particulares a cada caso, como por ejemplo, los vicios del consentimiento —error, violencia y dolo— como especies de anulabilidad.

● *Código Civil de Brasil*: (año 1916). En la Parte General, Libro III (De los hechos jurídicos), Título I (De los Actos Jurídicos), Capítulo 5°, trata "De las nulidades" (arts. 145 a 158), donde distingue los actos "nulos" (arts. 145 y 146) de los actos "anulables" (arts. 147 y siguientes), indicando los caracteres respectivos. El art. 152, en su primera parte, dispone que: "Las nulidades del art. 147 (actos anulables) no tienen efecto antes de ser juzgadas por sentencia, ni se pronuncian de oficio", significando la diferencia con los actos nulos.

● *Código Civil de Paraguay*: (año 1986). En su Libro II ("De los hechos y actos jurídicos y de las Obligaciones"), Título I ("De los hechos y actos jurídicos"), dedica la Sección VII (arts. 355 a 365) a la "Nulidad de los actos jurídicos" y la Sección VIII (arts. 366 a 371) a la "Confirmación de los actos anulables". El art. 357, en cinco incisos, enumera los actos nulos, y el art. 358, también en cinco incisos, enuncia los actos anulables. El art. 356 dispone que: "Los actos nulos no producen efectos, aunque su nulidad no haya sido juzgada" y que: "Los actos anulables se reputarán válidos mientras no sean anulados, y sólo se tendrán por tales una vez pronunciada la sentencia", con lo que reproduce la normativa de

los arts. 1038 y 1046 de nuestro Código Civil, aunque agregando en el artículo 356 la frase: "salvo que la causa de la nulidad no aparezca en el acto, en cuyo caso deberá comprobarse judicialmente", salvedad cuyo alcance no resulta del todo claro, pero el tema no puede analizarse en este lugar, por el desarrollo que exige.

● *Código Civil de Chile* (año 1855). El Libro IV, dedicado a las Obligaciones y a los Contratos, en su Título XX trata: "De la nulidad y la rescisión" (arts. 1681 a 1697). Según el artículo 1681, última parte, la nulidad "puede ser absoluta o relativa" (la primera parte da el concepto de acto o contrato "nulo", con alcance genérico, sin oponerle el acto o contrato anulable, no consagrando dicha distinción). El artículo 1682 considera los casos de "nulidad absoluta", estableciendo el párrafo final que: "Cualquiera otra especie de vicio produce *nulidad relativa* y da derecho a la rescisión del acto o contrato". Los dos artículos siguientes (1683 y 1684) proporcionan los caracteres, respectivamente, de ambas especies de nulidad (textos que fueron fuente de los arts. 1047 y 1048 de nuestro Código Civil, como resulta de sus notas puestas por el Codificador Vélez Sarsfield). En cuanto a la necesidad de la declaración de nulidad, ante el silencio del Código chileno, que no se pronuncia al respecto, el profesor Pescio expresa que "mientras no intervenga sentencia que declare la nulidad, el acto debe ser respetado y cumplido como si fuera válido. Así lo ha consagrado, por otra parte, la jurisprudencia invariable de nuestros tribunales", citando algunas "entre numerosas sentencias que así lo proclaman" (V. Pescio, Vittorio "Manual de Derecho Civil" - Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1948, N° 302, página 206, y nota 265 de la misma página).

● *Código Civil de Bolivia*: (1975) En el Libro Tercero ("De las Obligaciones"), Parte Segunda ("De las fuentes de las Obligaciones"), Título I ("De los Contratos en general"), ubica el Capítulo VIII con el rótulo: "De la nulidad y la anulabilidad del contrato" (arts. 546 a 559), que divide en tres Secciones ("Disposiciones Generales - De la nulidad del contrato y De la anulabilidad del contrato"), contemplando dos especies de invalidez, que mencionan los títulos transcriptos.

El artículo inicial (546) dispone que: "La nulidad y la anulabilidad de un contrato deben ser pronunciadas judicialmente". El art. 549 enumera los casos en que el contrato "será nulo", aludiendo al objeto, la forma, la causa, el motivo y el "error esencial sobre la naturaleza u objeto del con-

trato", agregando (inciso 5), que también lo será: "En los demás casos determinados por la ley". Con igual criterio, en el art. 554 nuclea los casos en que el contrato "será anulable", haciendo referencia a la "falta de consentimiento", incapacidad de una de las partes contratantes, o si es "incapaz de querer o entender en el momento de celebrarse el contrato, siempre que resulte mala fe en la otra parte", violencia, dolo o error substancial sobre la materia o cualidades de la cosa o sobre la identidad o las cualidades de la persona cuando hayan sido la razón o motivo principal para la celebración del contrato, agregando, como en el caso del acto nulo (inciso 6): "En los demás casos determinados por la ley". El Código enuncia los caracteres de cada especie de invalidez; así, determina que la acción de nulidad puede ser interpuesta por cualquier persona "que tenga un interés legítimo"; esa acción es imprescriptible y "el contrato nulo no puede ser confirmado" (arts. 551 a 553). Del mismo modo establece que: "La anulación del contrato puede ser demandada sólo por las partes en interés o protección de quienes ha sido establecida"; la acción de anulación prescribe en el plazo de cinco años, y el contrato anulable puede ser confirmado (arts. 555 a 558). El art. 559 dispone que: "La anulabilidad no perjudica los derechos adquiridos por terceros de buena fe y a título oneroso, salvo los efectos de la inscripción de la demanda", sin distinguir muebles de inmuebles. Para la nulidad del contrato no existe norma similar.

● *Código Civil de Portugal*: (años 1966/67): Este Código, en el Libro I, Parte General, Título II - "De las relaciones jurídicas" - Subtítulo III - "De los hechos jurídicos" - Capítulo I - "Negocio Jurídico" - dedica la Sección III (artículos 285 a 294) a la "Nulidad y Anulabilidad del negocio jurídico". En esta parte el Código Civil portugués se limita a dar algunos caracteres de ambas especies. De tal modo, la nulidad puede ser invocada por "cualquier interesado" y en todo tiempo (es decir, la acción no prescribe) y "ser declarada oficiosamente por el Tribunal" (art. 286); en cambio, la anulabilidad sólo puede ser argüida por las personas "en cuyo interés la ley la establece", dentro del año subsiguiente a la cesación del vicio que le sirve de fundamento, pero si el negocio no está cumplido, la anulabilidad puede ser invocada "sin dependencia de plazo", por vía de acción o de excepción (art. 287). La anulabilidad es sanable mediante confirmación (art. 288, que enuncia sus condiciones). La figura de la "conversión" es aplicable al negocio nulo y al anulado (art. 293) y equipara también la

declaración de nulidad con la anulación del negocio jurídico, con respecto a bienes inmuebles y muebles sujetos a registro, disponiendo que esa declaración "no perjudica los derechos adquiridos sobre tales bienes, a título oneroso, por tercero de buena fe, si el registro de la adquisición fue anterior al registro de la acción de nulidad o anulación o al registro del acuerdo entre las partes acerca de la invalidez del negocio" (Art. 291, punto 1, agregando en el punto 2 que los derechos del tercero no son reconocidos "si la acción fue propuesta y registrada dentro de los tres años posteriores a la conclusión del negocio"; en el punto 3, se considera de buena fe el tercero adquirente que "en el momento de la adquisición desconocía, sin culpa, el vicio del negocio nulo o anulable"). Igualmente, el art. 289 equipara ambas especies de invalidez, para los efectos de la declaración judicial y la restitución de todo lo entregado, o el valor correspondientes si aquélla no es posible. El Código, en esta Sección que se comenta, no enumera los casos de nulidad y de anulabilidad, ni da criterio para diferenciar ambas especies, salvo los indicados, con la excepción del art. 294, donde prescribe que: "Los negocios jurídicos celebrados contra disposición legal de carácter imperativo son nulos, salvo en los casos en que otra solución resulte de la ley".

Es que, anteriormente el mismo Código, establece casos de actos nulos (nulidad) y actos anulables (anulabilidad), sobre todo al reglamentar el negocio jurídico. Así—con mera ejemplificación enunciativa, sin desarrollo de cada supuesto—: art. 240, punto 2: "El negocio simulado es nulo", art. 247: "Cuando en virtud del error, la voluntad declarada no corresponde a la voluntad real del autor, la declaración negocial es anulable..." art. 250: La declaración negocial inexactamente transmitida "puede ser anulada en los términos del art. 247, y si la inexactitud fue debida a dolo del intermediario "la declaración es siempre anulable"; art. 251: El error que incida sobre los motivos determinantes de la voluntad, "cuando se refiera a la persona del receptor o al objeto del negocio, torna éste anulable en los términos del artículo 247"; art. 254, 1: "El declarante cuya voluntad haya sido determinada por dolo puede anular la declaración; la anulabilidad no queda excluida por el hecho de ser el dolo bilateral"; art. 256: "La declaración negocial obtenida por coacción es anulable, aunque provenga de un tercero", pero en este caso "es necesario que sea grave el mal y justificado el temor de su consumación"; art. 257-1: "La declaración negocial hecha

por quien, debido a cualquier causa, se encontraba accidentalmente incapacitado de entender el sentido de ella o no tenía el libre ejercicio de su voluntad, es anulable desde que el hecho sea notorio o conocido del receptor", agregando en el punto 2 que el hecho es notorio "cuando una persona de normal diligencia lo hubiera podido notar"; art. 271: "Es nulo el negocio jurídico subordinado a una condición contraria a la ley o al orden público, u ofensiva de las buenas costumbres", e igualmente a la condición suspensiva "que sea física o legalmente imposible..."; art. 280: Es nulo el negocio jurídico "cuyo objeto sea física o legalmente imposible, contrario a la ley o indeterminable" (punto 1), y: "Es nulo el negocio contrario al orden público, u ofensivo de las buenas costumbres". También cabe recordar el art. 148, conforme al cual: "Son anulables los negocios jurídicos celebrados por el interdicto después del registro de la sentencia de interdicción definitiva", ente otros muchos casos más en que el Código declara el tipo de invalidez aplicable (nulidad o anulabilidad). Corresponde advertir que, en materia de Matrimonio ("Casamento"), el Código Civil portugués, no contempla la *nulidad* (acto nulo), sino solamente los matrimonios inexistentes (que enumera el art. 1628) y la anulabilidad del matrimonio, cuyas causas enuncia el art. 1631. Si se da un supuesto de inexistencia, el art. 1630 establece que "no produce ningún efecto" y que: "La inexistencia puede ser invocada por cualquier persona, en todo tiempo, independientemente de declaración judicial"; en cambio, el art. 1632, para los casos de matrimonio anulable, dispone: "La anulabilidad del casamiento no es invocable, para ningún efecto, judicial o extrajudicial, en cuanto no fue reconocida por sentencia en acción especialmente intentada para ese fin".

● *Código Civil de Perú*: (año 1984): Este Código, que reemplazó el dictado en el año 1936, mantiene la normación que éste dedicó a la nulidad de los actos jurídicos, distinguiendo los actos nulos de los actos anulables, enumerando las respectivas hipótesis (arts. 219 a 222), de contenido similar a los arts. 1123 al 1126 del ordenamiento anterior, con una significativa modificación, dado que según el art. 1126 del Código de 1936 los actos anulables "sólo se tendrán por nulos desde el día en que queda ejecutoriada la sentencia que los invalida", en cambio para el art. 222 del Código de 1984 esa nulidad rige "desde su celebración". Ambos códigos tratan de la "Confirmación", que sólo puede alcanzar el acto anulable (arts. 1124/1132 y 230, respectivamente). A su vez el art. V del

Título Preliminar del Código vigente dispone que el acto es *nulo* cuando es contrario a las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres, equivalente al art. III del Título Preliminar del Código anterior ("No se puede pactar contra las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres", señalando la doctrina que: "el acto jurídico contrario al orden público o a las buenas costumbre es nulo *ipso iure*, por tener objeto ilícito", con remisión al art. 1123, inc. 2º, del mismo Código –de 1936–: Ver Castañeda, Jorge Eugenio, "Código Civil", Librería Mejía Baca, Editor, Lima - 1955, págs. 21 y 304, donde comentando el citado inc. 2º del art. 1123, dice: "Ilícito es lo contrario al orden público y a las buenas costumbres", con remisión al art. III del título preliminar).

Como glosa adicional con respecto a este Código, cabe observar que su art. 220 establece que si el acto es "nulo", cabe la declaración de oficio por el Juez "cuando resulte manifiesta" (lo que también disponía el Código Civil de 1936 en su art. 1124), similar a la frase que usa el art. 384 del Proyecto que se comenta: "La nulidad absoluta debe declararse por el tribunal, aun sin mediar petición de parte, si aparece manifiesta", a cuyo respecto se hace remisión a lo que se expresa más abajo, en el punto 4 del presente trabajo.

Del resumen legislativo antes hecho, resulta claramente que los respectivos Códigos consultados, aceptando, como básica, una clasificación de las nulidades, referida a los actos o negocios jurídicos (que por lo general se limita a los actos *nulos o anulables*), reglamentan la materia con similar prolijidad y detalle, ocupándose de determinar, al contemplar los vicios y defectos pertinentes, qué tipo de invalidez originan, de las dos adoptadas y aludidas. Ello ocurre también en los tres proyectos de los años 1987 y 1993, ya mencionados en la presente explicación, los que –por otra parte– han mantenido la doble clasificación del Código actual (actos nulos y anulables, y de nulidad absoluta y relativa), aunque conservando el criterio de Vélez Sarsfield, de no enumerar, en cuanto a las nulidades absoluta y relativa, los casos de invalidez que comprende cada una. Ese apartamiento original de nuestro Codificador, del modelo que lo inspiró (el "Esbozo" de Freitas), ha sido ensalzado por parte de nuestra doctrina (ver Llambías, Jorge J - Tratado de Derecho Civil - "Parte General" - Tomo II, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1993, 15º edición, N° 1997/2002, págs. 620/624). Pero aún así, no puede olvidarse que para las especies: actos nulos y anulables, el Código

Civil vigente las enuncia (arts. 1040 a 1045), como lo hicieron los proyectos anteriores. El Proyecto que se analiza repite esa pauta, pero con la diferencia –importante– de suprimir la clasificación: actos nulos y actos anulables, con lo cual se acentúa la innovación que supone dentro del régimen tradicional de la invalidez en nuestro país, por lo que era necesario, como se dijo al comienzo, que se aportara la argumentación que proporcionare la fundamentación de ese cambio trascendental adoptado por la Comisión redactora del Proyecto, al regular normativamente la capital materia de la invalidez referida a los actos o negocios jurídicos. En la forma en que se ha procedido, como antes se comentó, queda librada a la decisión judicial gran parte de esa normación de la nulidad, lo que no parece aconsejable en función del recordado principio de la seguridad y certeza jurídica, cuyo debido resguardo cabe prioritariamente al legislador. Así, por ejemplo, al reglar los vicios de la voluntad (error - dolo - violencia), el Proyecto pudo disponer no sólo que los actos que los contengan son "inválidos" (arts. 316 a 326, 385, etc.), sino especificar también el tipo de nulidad aplicable (en el caso: nulidad relativa), o al establecer que la ilicitud de la causa o del objeto del acto producen su "invalidez" (arts. 251 a 256), se pudo precisar la especie de invalidez resultante (en el caso sería la nulidad absoluta); y así en los demás supuestos similares en que se alude o presupone la invalidez del acto, sin concretar su especie. Al respecto debe también observarse que para el matrimonio el Proyecto aplica otro criterio, estableciendo, con enumeración taxativa, los supuestos de nulidad absoluta y relativa (arts. 504 y 505), declarando el art. 503, párrafo primero, que: "El matrimonio sólo puede ser inválido por las causas enunciadas en los dos artículos siguientes".

3.- *Operatividad de la Invalidez*: El Proyecto soslaya el importante tema de precisar desde cuándo opera la nulidad, estableciendo si para ello se requiere sentencia judicial que la declare. Sí lo hace en materia de matrimonio; en efecto, el artículo 503, segunda parte, dispone: "Ningún matrimonio es tenido por inválido ni pueden desconocerse sus efectos jurídicos sin sentencia que lo declare, dictada en proceso promovido por parte legitimada para hacerlo". El mismo criterio se lee en el texto actual del art. 239 del Código Civil, conforme a la ley N° 23.515/ año 1987. En el sistema general sobre nulidades vigente, la situación es distinta, dado que según el art. 1046 del Código Civil, los actos anulables: "se reputan válidos

mientras no sean anulados"; en cambio, los actos declarados nulos por la ley, se reputan tales "aunque su nulidad no haya sido juzgada" (art. 1038), pero esa clasificación (actos nulos y anulables) y sus efectos, no los acoge el Proyecto bajo estudio.

Ante la ausencia de tal pronunciamiento en el Proyecto, también este fundamental tema quedará sujeto a la decisión y arbitrio judicial, solución que no se comparte, constituyendo una nueva delegación, estimada impropia, del poder legislativo al judicial. Todo ello muestra cómo debe meditarse en profundidad la conveniencia de suprimir la distinción de actos nulos y actos anulables, en su esencia, de larga tradición, que ya imperaba en el derecho romano; se la invocó expresamente al discutirse el Código Civil francés (v. exposiciones ante el Tribunalado de Favard, Jaubert y Mouricault, todas coincidentes, en *Loire - "La Législation civile, commerciale et criminelle de la France"*, Tome XII, París, Treuttel et Würtz, Lib. 1828, ps. 428/429, 491/492, 523/524 y 585/586) y explica la existencia de la NULIDAD en los ordenamientos legales, su función y, especialmente, de la anulabilidad, temas que el autor ha tratado en su tesis doctoral y a la que remite, especialmente Capítulos II y III.

4.- *Algunas Observaciones Formales:* Como cierre del presente examen crítico, se expresan observaciones de tipo formal que suscitan los textos del Proyecto, que en cada caso se señalan:

- En el artículo 384 se establece que la nulidad absoluta debe declararse de oficio por el tribunal si "aparece manifiesta". Se repite así la voz similar de los artículos 1038 y 1047 del Código Civil vigente, que tanta dificultad hermenéutica han traído. Para evitar nuevas dudas, convendría aclarar el concepto, precisando su alcance y comprensión, determinando: a) si la aparición a que se alude debe surgir del mismo acto; o b) si la misma también puede surgir de otra prueba instrumental fehaciente; o c) si, en suma, lo "manifiesto" del vicio o defecto del acto, puede resultar de la prueba rendida y existente en las respectivas actuaciones judiciales –solución ésta, al parecer, la más razonable, ya consignada en el Proyecto del año 1936 (art. 205)–.

- En el artículo 388 la frase "... dan lugar a las consecuencias de los hechos en general o, en su caso a las reparaciones que corresponden", convendría reemplazarla por la que sigue: "... pueden dar lugar, en su

caso, a las consecuencias de los hechos en general o a las reparaciones que correspondan".

- En el artículo 389, la frase inicial donde dice: "Los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y a título oneroso", debería cambiarse por: "Los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso".-

- Por otra parte, en este último artículo (389) convendría aclarar lo atinente a la fórmula: "... que ha llegado a ser propietario en virtud de un acto inválido...", dado que si el acto es inválido no se aprecia cómo el titular adquirente "ha llegado a ser propietario", sobre todo si la nulidad es absoluta y no existiendo ya, para el Proyecto, el acto anulable (artículo 1046 del Código vigente, que lo reputa válido mientras no sea anulado).

- En el artículo 391, al mencionarse el instrumento donde conste la confirmación del acto, después de: "... la causa de la nulidad", convendría agregar: "... y de su desaparición", conforme a lo dispuesto por el artículo 390 del mismo proyecto.

- En el artículo 387, debería hacerse la salvedad de lo establecido, sobre el tema, por el artículo 341 del Proyecto.

5.- *Epílogo:* Como conclusión de lo expuesto en el breve análisis cumplido, con relación al Proyecto de Código Civil (año 1998), elevado al H. Congreso de la Nación por el Poder Ejecutivo y en cuanto respecta a la Nulidad en materia de actos jurídicos, cabe expresar que, para el autor, sería conveniente ampliar –por lo menos– las nuevas normas sugeridas por la Comisión que redactó dicho Proyecto –integrada por juristas eminentes y destacados, cuya labor en su conjunto es más que ponderable– contemplando los varios aspectos señalados en el presente estudio, cumpliendo con el leal y sano propósito de colaborar, por cierto que muy modestamente, para que la normación que se concrete y apruebe sobre un instituto tan complejo y difícil como es el de la invalidez, resulte exhaustiva y satisfactoria en la máxima medida posible, teniendo en cuenta los antecedentes legislativos más idóneos que ofrecen los ordenamientos mundiales, además de nuestro texto vigente y los proyectos de reforma que existen, con los comentarios principales, exegéticos y críticos, que han motivado, algunos muy valiosos.

LOS IMPEDIMENTOS Y EL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1998

Eduardo A. Sambrizzi

En el presente nos proponemos efectuar un análisis comparativo entre las disposiciones legales vigentes en nuestro país -fundamentalmente, las normas del Código Civil introducidas por la ley 23.515- referentes a los impedimentos para contraer matrimonio y al consentimiento matrimonial, y las reformas propuestas sobre esos aspectos en el proyecto de Código Civil unificado con el de Comercio, elaboradas por la Comisión designada por decreto 685/95.

LOS IMPEDIMENTOS PARA CONTRAER MATRIMONIO.

I. LOS IMPEDIMENTOS ADMITIDOS EN NUESTRO DERECHO.

1. *Se encuentran enumerados tanto dentro como fuera del Código Civil.*

Si bien, como enseguida veremos, no existe uniformidad en la doctrina con respecto a cuáles son -en su totalidad- los impedimentos para contraer matrimonio, entendemos que de conformidad con las disposiciones vigentes, los únicos que actualmente existen son los enunciados en los artículos 133 *in fine* y 166 del Código Civil, así como en la última parte del artículo 13 de la ley 12.331, que establece que *no podrán contraer matrimonio las personas afectadas de enfermedades venéreas en período de contagio.*

2. Discrepancia doctrinaria sobre si ciertas situaciones constituyen impedimentos.

Recién señalamos que la doctrina no era uniforme al respecto, lo cual es así en razón de que hay quienes consideran que también constituye un impedimento matrimonial el derivado del asentimiento que deben obtener los menores de edad para contraer matrimonio (art. 168, C. Civil), como asimismo el supuesto contemplado en el artículo 171, que dispone que el tutor y sus descendientes no pueden contraer matrimonio con el o la menor que aquél tenga o haya tenido bajo su guarda, hasta que concluida la tutela hayan sido aprobadas las cuentas de su administración. A estos dos casos nos referiremos seguidamente.

3. El supuesto de la falta de asentimiento para que los menores de edad puedan contraer matrimonio.

Cuando los menores tienen por lo menos la edad mínima que requiere la ley para poder contraer matrimonio, se exige el asentimiento de sus padres, o de la persona que ejerza la patria potestad, o el del tutor o, en su defecto, el del juez (art. 168). Esa norma se repite en el artículo 407 del Proyecto.

Ahora bien, si los menores se hubieran casado sin dicho asentimiento, no tendrán hasta los veintinueve 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 (conf., art. 131). Esta última norma ha llevado a que calificada doctrina entendiera que el hecho de que la celebración del matrimonio de un menor de edad sin haber obtenido el asentimiento requerido, tenga como sanción la allí establecida en lugar de la nulidad, constituye una circunstancia que hace que la falta del asentimiento sea considerada como un impedimento matrimonial de carácter impediante¹.

¹Zannoni, Eduardo A., Derecho de Familia, 2ª. edición actualizada, Bs. As., 1989, t. I, pág. 198, n° 140, y pág. 206, n° 149; Belluscio, Augusto César, Manual de Derecho de Familia, 5ª. Edición actualizada, Bs. As., 1991, t. I, pág. 178, n° 80; Fleitas Ortiz de Rozas, Abel, "La reforma del régimen del matrimonio civil: impedimentos", L.L., 1987-D-890; Spota, Alberto G., Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia, Bs. As., 1962, t. II, vol. I (11), n° 14, pág. 124; Mazzinghi, Jorge A., Derecho de Familia, 3ª ed., Bs. As., 1995, t. I, págs. 198 y 199, n° 82; Ugarte, Luis Alejandro, "Edad legal para contraer matrimonio", en Enciclopedia de Derecho de Familia, t. II,

Pues bien, como en el Proyecto se elimina la disposición contenida en el actual artículo 131, la lógica consecuencia sería -siguiendo el razonamiento de la doctrina reseñada-, que al no haberse establecido otra sanción, la falta del asentimiento produjera la nulidad del matrimonio, lo cual llevaría a considerarla -en el Proyecto- como un impedimento de carácter dirimente, en lugar de impediante.

Nosotros no pensamos que la omisión del asentimiento constituya un impedimento matrimonial, ya que creemos que la previa autorización constituye, simplemente, un requisito formal análogo a cualquier otro de los exigidos por la ley para ese acto, como podría ser, por ejemplo, la necesidad de la presentación al oficial del Registro Civil del certificado prenupcial que requieren las leyes 12.331 y 16.668, cuya falta a nadie se le ha ocurrido considerar -al menos, que tengamos conocimiento- un impedimento para contraer matrimonio. Es que, a nuestro juicio, deben distinguirse adecuadamente los impedimentos matrimoniales, de los requisitos necesarios para contraer matrimonio².

Hemos dicho en otra oportunidad que con independencia de la forma en la que se halla redactado el art. 168 del Código -que como señalamos, es similar al artículo 407 del Proyecto-, en realidad el mismo no prohíbe a los menores contraer matrimonio, sino hacerlo sin la pertinente autorización; se parte de la base de que el menor tiene, tanto en sí mismo como con relación al otro contrayente, suficiente aptitud para

Bs. As., 1992, págs. 58 y 59; Pettigiani, Eduardo Julio, en Código Civil Anotado, de Llambías, Jorge Joaquín, t. I, Bs. As., 1978, págs. 394 y 395, n° 3; Iribarne, Ramón, El Matrimonio Civil comparado con el Canónico, Bs. As., 1965, págs. 155 y 156; Méndez Costa, María Josefa, Derecho de Familia, t. I, Santa Fe, 1990, págs. 116 y sigs., n° 16, quien, no obstante, considera a la autorización como "sólo un elemento complementario".

²Análogamente, el canonista Fernando Della Rocca recuerda varios supuestos que se contemplan en el Código de Derecho Canónico de 1917, a los que califica de *obstáculos* para el matrimonio, y a los cuales no se les puede conceder -afirma- la naturaleza jurídica de verdaderos y propios impedimentos. Entre otros supuestos, menciona el caso contemplado en el c. 1034 -similar al actual c. 1071, parágr. 1 inc. 6º-, en el cual se prohíbe al Párroco asistir sin previa consulta del Ordinario del lugar, al matrimonio de los menores de edad que pretendieran casarse sin el conocimiento de sus padres o contra la oposición razonable de ellos. También menciona Della Rocca entre los *obstáculos* que no constituyen impedimentos, el caso contemplado en el c. 1065 del CIC de 1917, que en el parágr. 1 establece que debe apartarse a los fieles de contraer matrimonio con aquellos que notoriamente abandonaron la fe católica, aunque no estén afiliados a una secta acatólica, o dieron su nombre a asociaciones condenadas por la Iglesia (Manual de Derecho Canónico, Madrid, 1962, pág. 368, n° 27). Conf., Miguélez Domínguez, Lorenzo, Código de Derecho Canónico Comentado, Madrid, 1945, pág. 353, nota 2.

casarse, a diferencia del supuesto respecto en el que existe un impedimento matrimonial, en el cual las partes carecen de esa aptitud, sea en virtud de la situación en que se encuentra uno de ellos, o en razón de la relación existente con la otra parte³.

4. El supuesto contemplado en el artículo 171 del Código Civil.

Dicha norma dispone que *el tutor y sus descendientes no podrán contraer matrimonio con el menor o la menor que ha tenido o tuviere aquél bajo su guarda hasta que, fenecida la tutela, haya sido aprobada la cuenta de su administración. Si lo hicieran, el tutor perderá la asignación que le habría correspondido sobre las rentas del menor*⁴.

La doctrina considera que la disposición transcrita instituye un impedimento matrimonial de carácter impediente⁵, habiéndose inclusive afirmado que, por ejemplo, un hijo del tutor y la pupila, aún mayores de edad, pueden verse impedidos de contraer matrimonio por la actitud unilateral del tutor de no rendir cuentas de su administración⁶.

Nosotros creemos, en cambio, que aun cuando no hayan sido aprobadas las cuentas de la administración, de tener los contrayentes suficiente aptitud nupcial, no podría existir oposición a la celebración del matrimonio⁷, debiendo señalarse al respecto -aun cuando no como argumento decisivo- que el artículo 178 del Código sólo menciona a los establecidos en el artículo 166, como impedimentos que cualquier persona puede denunciar

³Ver al respecto nuestro trabajo Impedimentos Matrimoniales, Bs. As., 1994, pág. 110.

⁴A su vez el art. 453 estableció que *el tutor no tendrá derecho a remuneración alguna, y restituirá lo que por ese título hubiese recibido, si contrariase a lo prescripto respecto al casamiento de los tutores o de sus hijos con los pupilos o pupilas*. Esa remuneración consiste en la décima parte de los frutos líquidos de los bienes del menor (art. 451).

⁵Zannoni, Eduardo A., Derecho de Familia, cit., t. I, pág. 208, n° 152; Méndez Costa, María Josefa, Derecho de Familia, cit., t. I, pág. 127, n° 18, d).

⁶Fleitas Ortiz de Rozas, Abel, "La reforma del régimen de matrimonio civil: impedimentos", L.L., 1987-D-890, e "Impedimentos matrimoniales", en Enciclopedia de Derecho de Familia, cit., t. II, pág. 508. Conf., Blumkin, Silvia Beatriz, "Aptitud nupcial", en Enciclopedia de Derecho de Familia, cit., t. I, Bs. As., 1991, pág. 404, 3°. Esa es, asimismo, la solución que daba Spota al referirse al art. 12 de la ley 2393 (Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia, cit., t. II, vol. I (11), n° 14, pág. 124, y n° 16, pág. 136); conf., Llerena, Baldomero, Concordancias y Comentarios del Código Civil Argentino, 3a. ed., Bs. As., 1931, t. I, págs. 377, y 397 n° 4.

⁷Ello sin perjuicio, como es obvio, de la sanción que se establece en la última parte del art. 171.

ante el Ministerio Público o ante el oficial público del Registro correspondiente, para oponerse a la celebración de un matrimonio.

II. LOS IMPEDIMENTOS ESTABLECIDOS EN EL PROYECTO.

En el artículo 405 del Proyecto se enumeran en ocho incisos los impedimentos para contraer matrimonio, norma en la cual, a diferencia del actual artículo 166 del Código -que nada dice al respecto-, se los califica en forma expresa de *dirimentes*.

La disposición proyectada prácticamente transcribe, con diferencias de redacción que no son relevantes, los ocho primeros incisos del artículo 166, pero elimina el 9º, al que nos referiremos seguidamente. También se elimina el impedimento contemplado en el actual artículo 133 del Código, conservándose, en cambio -pues nada se dispone al respecto-, el que establece el artículo 13 de la ley 12.331.

5. La eliminación del impedimento de sordomudez cuando el contrayente no sabe manifestar su voluntad.

El inciso del Código que se proyecta suprimir incluye entre los impedimentos matrimoniales, a *la sordomudez cuando el contrayente afectado no sabe manifestar su voluntad en forma inequívoca por escrito o de otra manera*⁸. Y al final del artículo 425 del Proyecto, que se ocupa de la forma de la celebración del matrimonio, se dispone que *el sordomudo expresa su voluntad por escrito o de otra manera inequívoca*. La innovación alcanza, asimismo, a los últimos Proyectos integrales de reforma del Código Civil, pues ni el de Unificación, ni en el del año 1993 elaborado por la Comisión designada por decreto 468/92, ni tampoco en el aprobado por la Cámara de Diputados en octubre de 1993, se proyectó la supresión de dicho inciso.

⁸ El Código Civil del Paraguay, entre otros, también suprime como impedimento matrimonial el del sordomudo que no supiera darse a entender por escrito o de otra manera (arts. 139 y sigs.), pero a diferencia del Proyecto argentino de 1998, incluye a los sordomudos entre las personas absolutamente incapaces de hecho (art. 37, inc. d). Esas son, también, las soluciones aceptadas por los códigos Civil y de Familia de Costa Rica (arts. 42 y 14 y sigs., respectivamente).

La razón de la supresión está expresada en el punto 55 de los Fundamentos del Proyecto, donde se afirma con relación a la falta de expresión del consentimiento por parte del sordomudo, que esa situación “no corresponde al concepto y a la función de los impedimentos, pues configura un caso de imposibilidad de consentir el acto matrimonial”. Se acepta, como se advierte, la crítica que al ser sancionada la ley 23.515 efectuara Zannoni, quien calificó al inciso 9º del artículo 166 como *un evidente error legislativo*, en razón -según afirmaba dicho autor- de que si una persona no supiera o no pudiera expresar su voluntad en forma inequívoca para la celebración del matrimonio, éste sería inexistente, al quedar alcanzado por el artículo 172 del Código Civil, que dispone que el acto que careciere de un pleno y libre consentimiento, no producirá efectos civiles, lo que lleva a la conclusión -señala Zannoni- de que la norma en cuestión no constituye un impedimento en sentido propio, sino un caso que revelaría la imposibilidad de prestar el consentimiento⁹

El enfoque del Proyecto es similar al del Derecho Canónico, que nada dispone específicamente con relación al sordomudo¹⁰, y que tampoco contempla el supuesto de privación de la razón como un impedimento matrimonial, sino que lo hace desde el ángulo de la falta de la necesaria expresión del consentimiento por parte del contrayente privado de razón¹¹. Como se ve, el del sordomudo que no puede expresar su

⁹ Derecho de Familia, cit., t. I, pág. 205, n° 147. Conf. en cuanto a la crítica a la inclusión del actual inc. 9º del art. 166, Belluscio, Augusto C., Manual de Derecho de Familia, cit., t. I, pág. 158, n° 67. Fleitas Ortiz de Rozas, Abel, “La reforma del régimen del matrimonio civil: impedimentos”, L.L., 1987-D-888, y Borda, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil. Familia, 9ª ed., Bs. As., 1993, t. I, pág. 97, n° 85, entre otros, también afirman que de no haberse manifestado el consentimiento, el acto sería inexistente.

¹⁰ La cuestión se trata en forma indirecta en el parágr. 2 del c. 1104, que dispone que *los novios expresarán con palabras el consentimiento; no obstante, si no pueden hablar, con signos equivalentes*.

¹¹ En efecto, el Código Canónico no enumera a la privación de la razón entre los impedimentos para contraer matrimonio, pero sí la contempla, en cambio, en el Capítulo IV del Título VII del matrimonio, que trata sobre el consentimiento matrimonial, mencionando en el c. 1095 inc. 1º entre los incapaces para contraer matrimonio, *a quienes carecen del suficiente uso de razón*. Viladrich afirma al respecto que quien es afectado por un impedimento puede, en línea de principio, emitir un acto psicológico sin vicio; mientras que, por el contrario, en el caso de la incapacidad consensual el sujeto no puede expresar su consentimiento en razón de la existencia de anomalías habitualmente graves que le impiden la expresión de un acto psicológico sin vicio, o al menos le impiden emitir un consentimiento suficiente en relación a la comprensión exigida por la naturaleza del matrimonio (Código de Derecho Canónico Comentado, 5a. ed., Pamplona, 1992, págs. 654 y 655).

voluntad en la forma señalada en la norma vigente, no es el único caso en que existe una imposibilidad de expresar el consentimiento, pues lo mismo ocurre con el supuesto de la privación permanente o transitoria de la razón, en el que la persona afectada tampoco puede expresar el consentimiento matrimonial, aunque en este caso es por falta de discernimiento¹².

Por ello es que no se advierte una razón válida por la cual, por un lado, se proyecta eliminar como impedimento, el caso del sordomudo que no sabe manifestar su voluntad de la manera referida en el inciso 9º del artículo 166 del Código, y por otro, se conserva en ese carácter el supuesto de la privación de la razón, no obstante que en ambos la situación es similar¹³. Creemos que, para ser consecuentes, se debió haber eliminado como impedimento matrimonial no sólo el del sordomudo que se halla en la situación contemplada en la norma recién mencionada, sino también el de la privación permanente o transitoria de la razón; o, en lugar de ello, conservar los dos supuestos. Es cierto que en el caso de la privación de la razón no se trata de una omisión en la expresión del consentimiento, sino de una falla de éste, pero también lo es que en ambos lo que falta es la expresión de un consentimiento válido, por lo que la diferencia no puede ser considerada esencial.

Nosotros nos inclinamos por la conservación de ambos impedimentos, lo que no ha creado problemas de ninguna especie. Ya hemos dicho¹⁴ que no nos parece criticable que por razones inclusive de política

¹² Ver sobre esto a Díaz de Guíjarro, Enrique, “El impedimento de locura (art. 9º inc. 7º de la ley de matrimonio civil)”, J.A., 68-857; Méndez Costa, María Josefa, Derecho de Familia, cit., t. I, pág. 112, n° 15, c), quien afirma que “el matrimonio celebrado sin discernimiento se ajusta mejor a la idea de inexistencia que a la idea de invalidez”.

¹³ Pensamos que no es razón suficiente para tratar ambas situaciones en forma distinta, la circunstancia de haberse proyectado la eliminación como incapaces de hecho (o *de ejercicio*, como se denomina en el art. 19 del Proyecto), de los sordomudos que no saben darse a entender por escrito, lo que se ha hecho siguiendo una tendencia existente en la legislación moderna, de no declarar la interdicción de los sordomudos aún cuando no supieran darse a entender por escrito, siempre que pudieran expresar su voluntad de otra manera. Pueden verse al respecto los códigos alemán (arts. 6 y 1910), venezolano (arts. 409 y 410), brasileño (art. 446, inc. 2º), italiano (art. 415), que los declara inhabilitados si no han recibido suficiente educación, sometiéndolos a interdicción si no pudieran proveer a la defensa de sus intereses. En el art. 94 del Anteproyecto de 1954 se dispone que se puede inhabilitar a los sordomudos en el supuesto de que no hubieran recibido una educación suficiente, si del ejercicio de su plena capacidad pudiese resultarles presumiblemente algún daño.

¹⁴ Impedimentos matrimoniales, cit., pág. 224.

legislativa, la ley establezca como impedimento matrimonial, la imposibilidad de expresar el consentimiento en un supuesto específico; lo cual, por otra parte, permite la oposición a la celebración del matrimonio¹⁵, así como la denuncia de la existencia del impedimento. Señalamos con respecto a esto último, que la primera parte del artículo 418 del Proyecto dispone que *cualquier persona puede denunciar ante el Ministerio Público o ante el oficial público que celebre el matrimonio, la existencia de alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 405*. Pero no de otros no enumerados en esa norma.

6. La eliminación del impedimento establecido en el artículo 133 del Código Civil.

En la última parte de dicha norma se establece que cuando la disolución del matrimonio se produzca en la menor edad, *la nueva aptitud nupcial se adquirirá una vez alcanzada la mayoría de edad*. El supuesto contemplado constituye, como se advierte, un impedimento matrimonial, que tiene carácter dirimente, por cuanto de violarse la norma la sanción no puede sino ser la nulidad, con fundamento en la regla general del artículo 18 del Código Civil.

Dicho impedimento fue acertadamente suprimido en el Proyecto¹⁶, por cuanto no tiene una clara razón de ser, al menos en la forma en que se halla concebido, pues si bien podría llegar a encontrarse a la norma alguna justificación en el caso de divorcio, por poder en ese supuesto presumirse la existencia de inmadurez en el menor, no la tiene en abso-

¹⁵ En tal sentido, el art. 411 del Proyecto establece que *sólo pueden alegarse como motivos de oposición los impedimentos establecidos por ley. La oposición que no se funde en la existencia de alguno de esos impedimentos debe ser rechazada sin más trámite*.

¹⁶ También fue suprimido tanto en el Proyecto de Unificación de la legislación civil y comercial sancionado por la ley 23.264, vetada por el P.E., como en el de Reformas al Código Civil elaborado por la Comisión creada por decreto 468/92. En cambio, en el Proyecto aprobado por la Cámara de Diputados en el mes de octubre de 1993, se mantiene el impedimento para casarse hasta no llegar a la mayoría de edad para el cónyuge que hubiera sido declarado de mala fe en el juicio de nulidad de matrimonio, así como también para el esposo declarado culpable -o con los efectos de tal- en el proceso de divorcio o de separación personal.

luto en el caso de que el matrimonio hubiera sido disuelto por muerte¹⁷. Sin embargo, en ninguno de esos casos el menor se puede volver a casar hasta llegar a la mayoría de edad, careciendo la prohibición legal de toda justificación en el último de los supuestos referidos¹⁸.

Pero lo cierto es que, a nuestro juicio, tampoco se justifica la norma en el caso de divorcio, que no necesariamente debió haber tenido como causa la inmadurez del menor¹⁹. Nos parece que hubiera sido una mejor solución para el supuesto del menor que luego del divorcio quiere volver a casar, haber tenido que pedir autorización al juez, quien a los efectos de concederla hubiera debido tener especialmente en cuenta el hecho de haberse disuelto el matrimonio por divorcio.

7. Se conserva el impedimento del artículo 13 de la ley 12.331.

a) La prohibición allí establecida debió haber sido incorporada al Código.

En efecto, si bien en el Proyecto no se enumera entre los impedimentos matrimoniales el contemplado en el artículo 13 de la ley 12.331, tampoco se ha proyectado derogar dicha norma, por lo cual se mantiene la prohibición que ella establece, para contraer matrimonio las personas que estén afectadas de una enfermedad venérea en período de contagio.

Nos parece que hubiera sido conveniente haber incorporado este impedimento al Código Civil, y más precisamente a la enumeración que efectúa el artículo 405 -que enuncia los impedimentos dirimientes-, pues con-

¹⁷ No existe otra alternativa de disolución, debiendo al respecto recordar que la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento no disuelve el matrimonio, pues éste sólo queda disuelto por el hecho de contraerse otro (art. 213, inc. 2º), lo cual se encuentra vedado por el art. 133. No se nos escapa que podría argumentarse que el esposo del declarado ausente en realidad podría contraer otro matrimonio, precisamente porque la circunstancia de no haberse disuelto el matrimonio anterior por la declaración de ausencia, haría que el esposo presente no estuviera comprendido en el supuesto de hecho contemplado en el art. 133, que sólo se refiere al supuesto de disolución. No obstante, creemos que esa sutileza no se compadece con una interpretación racional de la norma.

¹⁸ Conf., entre otros, Zannoni, Eduardo A., *Derecho de Familia*, cit., t. I, pág. 200, n° 142; Belluscio, Augusto C., *Manual de Derecho de Familia*, cit., t. I, pág. 183, n° 83.

¹⁹ Conf., Vidal Taquini, Carlos H., *Matrimonio Civil*. Ley 23.515, pág. 65; Novellón, Norberto José, "Los menores ante el matrimonio y el divorcio vincular según el nuevo régimen de la ley 23.515", L.L., 1988-A-753. Contra, Méndez Costa, María Josefa, *Derecho de Familia*, cit., t. I, págs. 124 y 125, n° 17; Ugarte, Luis A., "Edad legal para contraer matrimonio", cit., pág. 58.

sideramos que el mismo tiene ese carácter²⁰. Aun cuando entendemos que la nulidad derivada de la violación del impedimento no es absoluta sino relativa²¹, y que la misma sólo puede ser demandada por los cónyuges si no hubiera cesado el período de contagio, ya que carecería de sentido una declaración de nulidad absoluta, siendo que la prohibición que establece el artículo 13 de la ley 12.331 para contraer matrimonio, sólo abarca dicho período.

Esta opinión no es unánime, pues calificada doctrina considera que el impedimento debe ser calificado como *impediente*²². Pero lo cierto es que aún en este caso, lo mismo debió haber sido incorporado al Código, en el Capítulo en que se legisla sobre los impedimentos, por la conveniencia que resulta de la incorporación en un cuerpo único de leyes, de

²⁰ Conf., López del Carril, Julio J., Régimen del matrimonio, separación personal y divorcio. Ley 23.515, pág. 25, n° 25; Busso, Eduardo B., Código Civil Anotado, Bs. As., 1945, t. II, pág. 40, n° 12, y pág. 52, n° 104; Borda, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil. Familia, cit., t. I, pág. 96, n° 83; Yungano, Arturo R., "Eugenesia", en Enciclopedia de Derecho de Familia, cit., t. II, pág. 119, II, 1), pág. 120, 5, A) y pág. 130, 7, c); Díaz de Guijarro, Enrique, "Matrimonios prohibidos sin sanción prevista de nulidad. Reglas interpretativas", J.A., 1965-III, secc. Doctrina, pág. 75; "El impedimento matrimonial de enfermedad. Matrimonio y eugenesia", J.A., 1942-II, secc. Doctrina, pág. 23; "El impedimento de lócura (art. 9° inciso 7° de la ley de matrimonio civil)", J.A., 68-858; y "Efectos de la ley 12.331 sobre el matrimonio: certificado médico prenupcial e impedimento de enfermedad venérea en período de contagio", J.A., 56, sec. Legislación, pág. 69. La Suprema Corte de Tucumán decretó la nulidad de un matrimonio celebrado en violación del art. 13 de la ley 12.331 (L.L., 31-669).

²¹ Conf., Borda, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia, cit., t. I, pág. 96, n° 85, y su nota, "¿Son aplicables a las nulidades matrimoniales los principios generales del Código Civil?", E.D., 127-894; Iribarne, Ramón, El matrimonio Civil comparado con el Canónico, cit., pág. 143. Contra, López del Carril, Julio J., Régimen del Matrimonio, separación personal y divorcio. Ley 23.515, cit., pág. 25, n° 25; Fassi, Santiago Carlos, "La nulidad de los matrimonios prohibidos por las leyes sancionadas con posterioridad a la 2393 y el artículo 18 del Código Civil", L.L., 100-243, 27.

²² Belluscio, Manual de Derecho de Familia, cit., t. I, págs. 175 y 176, n° 78; Zannoni, Eduardo A., Derecho de Familia, cit., t. I, pág. 215, n° 158; Mazzinghi, Jorge A., Derecho de Familia, cit., t. I, págs. 196 y sigs., n° 81; Méndez Costa, María Josefa, Derecho de Familia, cit., t. I, pág. 134, n° 19, e); Pettigiani, Eduardo J., Código Civil Anotado, de Llamblas, Jorge J., t. I, pág. 380, n° 18; Fleitas Ortiz de Rozas, Abel, "Impedimentos matrimoniales", en Enciclopedia de Derecho de Familia, cit., t. II, pág. 513, n° 11.3; Spota, Alberto G., Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia, cit., t. II, vol. I (11), n° 16, pág. 136, y n° 34, págs. 215 y sigs.; Garbino, Guillermo R., Código Civil y Leyes Complementarias comentado, anotado y concordado, dirigido por Belluscio, Augusto C., Bs. As., 1978, t. I, pág. 635, n° 10, b); Rosende, Eduardo Alfredo, "El impedimento impediende de edad. El menor emancipado dativamente y la necesidad de la asistencia paterna para contraer matrimonio", E.D., 78-807; Hernández, Lidia Beatriz, "Acercas del debate sobre la especialidad del régimen de nulidades matrimoniales en la ley 23.515", L.L., 1992-D-824.

todas las disposiciones relacionadas con el matrimonio, y en este caso particular, de las que se refieren a los impedimentos matrimoniales.

b) Nada se aclara sobre el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA).

Se ha discutido en doctrina sobre si el SIDA es una enfermedad venérea, pues de serlo, se encontraría comprendida dentro del examen médico prenupcial que deben efectuarse los futuros contrayentes por aplicación de las leyes 12.331 y 16.668, lo que llevaría en caso de ser detectada, a la prohibición de contraer matrimonio durante el período de contagio. O lo que es lo mismo, teniendo en cuenta que por el momento se la considera una enfermedad incurable, a prohibir casarse -de por vida- a las personas afectadas.

Al ser las relaciones sexuales una de las principales fuentes de contagio del SIDA -al menos, eso es lo que por ahora nos enseña la ciencia médica-, creemos que efectivamente se trata de una enfermedad *venérea*, lo que tendría como inmediata consecuencia considerarla comprendida dentro de la prohibición para contraer matrimonio establecida en el artículo 13 de la ley 12.331²³. Sin embargo, dicha norma parte del supuesto de la transitoriedad de la prohibición, lo cual es, a nuestro juicio, correcto, ya que creemos que no puede legalmente impedirse a una persona, en forma absoluta y para siempre, contraer matrimonio, teniendo en cuenta que el casarse constituye un derecho natural de la persona, del que, en consecuencia, no puede ser privada de por vida.

Por ello es que pensamos que en el especialísimo supuesto de esta enfermedad, de ser ella detectada en los exámenes prenupciales, debería informársele a los futuros contrayentes, para que éstos asuman la con-

²³ Zannoni afirma que se debe evitar el casamiento de quienes se encuentren afectados del SIDA (Derecho de Familia, cit., t. I, págs. 214 y 215, n° 157). Conf., Mazzinghi, Jorge A., Derecho de Familia, cit., t. I, págs. 197 y 198, n° 81, c); Mosquera, Gerardo Raúl, "El SIDA como impedimento del matrimonio civil", L.L., 1992-E-1257 y sigs.; Díaz de Guijarro, Enrique, "Impedimento matrimonial de SIDA", en Enciclopedia de Derecho de Familia, cit., t. II, págs. 479 y sigs., espec. pág. 487, n° 22; ver también de dicho autor: "El SIDA como problema jurídico en cuanto a aptitud nupcial y a efectos familiares", J.A., 1987-IV-837, y "El proyecto legislativo sobre SIDA y sus fallas esenciales: carencia de certificados prenupciales al respecto, de sanción por nulidad matrimonial y de divorcio por causa", J.A., 1989-IV-808.

ducta que les parezca adecuada a las circunstancias²⁴; pero no prohibirles contraer matrimonio. Debemos al respecto recordar que por sentencia firme de fecha 30 de septiembre de 1991, dictada por el Dr. Ricardo M. Zuccherino, a cargo del Juzgado en lo Civil y Comercial n° 5 de la ciudad de Mar del Plata, se resolvió que en nuestro país el síndrome de inmunodeficiencia adquirida no cae bajo la tipificación propia de un impedimento matrimonial, y particularmente, del artículo 13 de la ley 12.331²⁵.

Creemos, por último, que al ser el tema, por lo menos, dudoso, debería legislarse en forma concreta al respecto, llenando el vacío legal existente, lo que debió haberse hecho en el Proyecto, junto con la incorporación del impedimento contemplado en el artículo 13 recién mencionado.

8. Los impedimentos enumerados en el artículo 405.

Más arriba señalamos que los impedimentos enumerados en los ocho incisos del artículo 405, eran prácticamente una transcripción con modificaciones no relevantes, de los ocho primeros incisos del actual artículo 166 del Código.

No obstante, creemos útil poner de relieve unas pocas cuestiones que han creado ciertas dudas con relación a algunas partes de la actual norma, y que no han sido atendidas en el Proyecto.

a) Con relación a los impedimentos derivados de la adopción.

En un trabajo publicado en el año 1994 sostuvimos que en la enumeración efectuada en el inciso 3° del artículo 166 del Código, relacionada con los impedimentos derivados de la adopción simple, se había omitido establecer un impedimento matrimonial entre el adoptado por adopción

²⁴ Conf., Fleitas Ortiz de Rozas, Abel, "Impedimentos matrimoniales", en Enciclopedia de Derecho de Familia, cit., t. II, págs. 513 y 514, n° 11.4; Borda, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil. Familia, cit., t. I, págs. 96 y 97, n° 83; Monti, Eduardo J. y Minyersky, Nelly, "El SIDA y los impedimentos matrimoniales", L.L., 1991-C-842. En cuanto a los despachos de distintas Jornadas y Conferencias que se ocuparon del tema, remitimos a nuestro trabajo Impedimentos Matrimoniales, cit., págs. 255 y sigs.

²⁵ L.L., 1991-E-463. Ver, asimismo, sobre dicho fallo, lo expresado por Rubén Mario Sarlo, quien entiende que con fundamento en el interés de toda la sociedad, y no en el de los contrayentes afectados, debe prohibirse el matrimonio, no pudiendo jamás esa prohibición entenderse como una medida de carácter discriminatorio ("Afectados de SIDA y posibilidad de contraer matrimonio civil (Delicada tarea de la jurisprudencia ante el vacío legal)", L.L., 1993-A-1124).

simple y los ascendientes del adoptante, así como también entre aquél y los demás descendientes del adoptante -aparte del hijo de éste- situaciones que, a nuestro juicio, hubiera correspondido enumerar como impedimentos, por razones de orden moral²⁶. Sin embargo, ninguno de esos supuestos fue incluido entre los impedimentos, ni al ser sancionada la ley 24.779 de adopción, ni tampoco en el Proyecto, en cuyo artículo 405, inciso d), se reitera la enumeración efectuada en el inciso 3° referido al comienzo²⁷.

Por otra parte, creemos que se pudo haber mejorado la redacción de la norma, mediante la adopción de una fórmula de carácter general, comprensiva inclusive de otros supuestos que los que resultan del artículo 405, como podrían ser los dos señalados en el párrafo que antecede. Recordamos sobre ello, a sólo título ilustrativo, lo establecido al respecto en el c. 1094 del Código de Derecho Canónico, que dispone que *no pueden contraer válidamente matrimonio entre sí quienes están unidos por parentesco legal proveniente de la adopción, en línea recta o en segundo grado de línea colateral*.

Desde otro ángulo, señalamos que no obstante la crítica de que ha sido objeto²⁸, se conservó la parte final del inciso 3° del artículo 166, en cuanto dispone que los impedimentos derivados de la adopción simple subsistirán mientras ésta no sea anulada o revocada. Ello con la salvedad de haberse suprimido en el Proyecto, la mención que se hace en la norma vigente a la adopción simple, comprendiendo de esa manera a ambas especies de adopción, lo cual es a nuestro juicio correcto²⁹.

²⁶ Impedimentos Matrimoniales, cit., pág. 82.

²⁷ Con relación a la redacción de esta norma, señalamos que al enumerar los impedimentos derivados de la adopción, el Código de Familia de Costa Rica se refiere -con mayor propiedad- al concónyuge en lugar de al cónyuge (art. 14, inc. 4°).

²⁸ Belluscio sostuvo que la parte final del inciso 3° era superflua, debido a que como la anulación de la adopción la priva de sus efectos, la conclusión no podía haber sido otra que la desaparición de los impedimentos matrimoniales (Manual de Derecho de Familia, cit., t. I, pág. 163, n° 69). Pero si bien ello es cierto, creemos que no está demás establecer en forma expresa determinadas soluciones para ciertas situaciones que podrían dar lugar a una interpretación distinta. En el Proyecto de Reformas aprobado por la Cámara de Diputados en el mes de octubre de 1993, se suprimió, en cambio, la última parte del inciso 3°.

²⁹ El hecho de no haberse incluido a la adopción plena en la última parte del inc. 3° del art. 166, posiblemente resulte de la circunstancia de haberse establecido en el art. 18 de la ley 19.134, que esa especie de adopción era irrevocable, lo que fue luego reiterado en la primera parte del art. 323 del Cód. Civil, en la redacción de la ley 24.779. En el Proyecto, en cambio, se establece en forma expresa que tanto la adopción simple como la plena son revocables (arts. 660 y 661).

b) El impedimento derivado del hecho de ser autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges.

Con una ligera modificación que no varía el sentido de la norma, en el inciso g) del Proyecto se reproduce el inciso 7º del artículo 166, cuya redacción fue calificada de deficiente por Zannoni³⁰, aunque resulta claro que el impedimento consiste en el casamiento con el cónyuge supérstite.

Resulta a nuestro juicio criticable que no se haya incluido como impedimento el supuesto de la tentativa de homicidio³¹, pues como hemos sostenido, el fundamento de la existencia de este impedimento tiene una raíz moral, que existe tanto en el caso de que se hubiera consumado el homicidio, como si ello no hubiera ocurrido pero se hubiera intentado.

También debió a nuestro juicio haberse establecido como impedimento, siguiendo lo dispuesto al respecto en el canon 1090 del Código de Derecho Canónico, el hecho de haber matado a su propio cónyuge para casarse con un tercero³². Es que en esa situación se da el mismo fundamento moral que llevó a admitir como impedimento el de crimen. No desconocemos la dificultad que podría existir para acreditar que el homicidio del esposo fue con la intención de casarse con otra persona determinada, lo que pone de relieve D'Antonio para excluir al conyugicidio como causal de procedencia del impedimento de crimen³³.

9. La prohibición para el tutor y sus descendientes de casarse con la pupila hasta la aprobación de las cuentas de su administración.

Siguiendo las pautas del actual artículo 171, que como más arriba hemos visto, la mayor parte de la doctrina considera que establece un im-

³⁰ Derecho de Familia, cit., t. I, pág. 201, n° 144.

³¹ La doctrina está de acuerdo en que la tentativa de homicidio no se halla comprendida en el impedimento contemplado en el art. 166, inciso 7º. Véanse, al respecto, los autores citados en nuestro trabajo Impedimentos Matrimoniales, pág. 172, nota 397. El Código Civil de la República Oriental del Uruguay, en cambio, incluye como impedimento matrimonial el de la tentativa de homicidio (art. 91, inciso 6º); también en el Código Civil italiano de 1865 y de 1942, y en la ley portuguesa del 25 de diciembre de 1910, el impedimento matrimonial se extendía al caso de tentativa de homicidio.

³² Naturalmente que si el tercero hubiera sido cómplice o instigador del homicidio, ya estaría comprendido en el impedimento. Recordamos entre otros autores que participan de la crítica, a Mazzinghi, Jorge A., Derecho de Familia, cit., t. I, pág. 156, n° 64, d); y Belluscio, Augusto C., Manual de Derecho de Familia, cit., t. I, pág. 167, n° 73.

³³ D'Antonio, Daniel Hugo, "El impedimento matrimonial de crimen", E.D., 46-822 y sig., n° 6.

pedimento de carácter *impediente*, el artículo 410 del Proyecto dispone que *el tutor y sus descendientes no pueden contraer matrimonio con el menor o la menor que haya tenido o tenga aquél bajo su tutela hasta que, fenecida ésta, haya sido aprobada la cuenta de su administración. Si lo hacen, el tutor pierde la asignación que le corresponda sobre las rentas del menor*³⁴. En virtud de lo estatuido en el artículo 82 del Proyecto, que en su primera parte establece que *la curatela se rige por las reglas de la tutela que no se modifican en esta Sección*, lo dispuesto en el artículo 410 también se aplica, a nuestro juicio, a los curadores y sus descendientes, con respecto a la celebración de matrimonio con sus curados³⁵.

Llama la atención que a pesar de las fundadas críticas que se han expresado con relación a este impedimento -si así se lo considerara-, se lo haya conservado, debiendo destacar al respecto que en el Derecho Canónico no existe impedimento alguno para que el tutor y sus descendientes puedan contraer matrimonio con el o la pupila. El motivo de la sanción que se establece en la norma consiste en el temor de que una vez celebrado el matrimonio, se aprueben cuentas no suficientemente justificadas, perjudicándose de tal manera el patrimonio del ex pupilo. Lo que hace que la *prohibición* quede sin efecto luego de aprobadas las cuentas, de lo que resulta que el bien jurídico protegido no es la libre expresión del consentimiento del pupilo, sino su patrimonio³⁶.

³⁴ Cabe señalar que desde la primitiva redacción del Código Civil, incluyendo las distintas leyes de matrimonio y los proyectos de reformas integrales del Código Civil, el único que no estableció la *prohibición* del casamiento del tutor y sus descendientes con el o la pupila, fue el Proyecto del año 1936, que en el inc. 1º del art. 540, incluido dentro del capítulo que trata sobre la administración de la tutela -en lugar de entre los impedimentos matrimoniales, como en el código vigente-, establece que *el tutor no tendrá derecho a remuneración alguna, y restituirá lo que por ese título hubiese percibido: 1º Si él o sus ascendientes legítimos hubieren contraído matrimonio con el pupilo o la pupila antes de estar aprobadas las cuentas de su gestión*; coincidimos con Busso en cuanto sólo por un error material se excluyó a los descendientes: Código Civil Anotado, Bs. As., 1945, t. II, pág. 64, n° 5, nota 1.

³⁵ Conf., al analizar los arts. 171 y 475 del Código Civil, Belluscio, Augusto C., Manual de Derecho de Familia, cit., t. I, pág. 182, n° 82; Zannoni, Eduardo A., Derecho de Familia, cit., t. I, pág. 209, n° 152; Méndez Costa, María Josefa, Derecho de Familia, cit., t. I, pág. 127, n° 18; Mazzinghi, Jorge A., Derecho de Familia, cit., t. I, pág. 202, n° 84; Borda, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil. Familia, cit., t. I, pág. 107, n° 104; Spota, Alberto G., Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia, cit., t. II, vol. I (11), n° 16, págs. 136 y 137; Pettigiani, Eduardo J., Código Civil Anotado, cit., t. I, pág. 403, n° 2; Iribarne, Ramón, El Matrimonio Civil comparado con el Canónico, cit., pág. 162; López del Carril, Julio J., Régimen del matrimonio, separación personal y divorcio. Ley 23.515, cit., pág. 50, n° 44.

³⁶ Conf., Mazzinghi, Jorge A., Derecho de Familia, cit., t. I, pág. 202, n° 84, a).

Estamos de acuerdo con el hecho de que, en el supuesto de que el tutor se case con la pupila, no cobre la asignación que le corresponde sobre las rentas de ésta -lo cual debería ser así tanto si se casa antes, como después de aprobadas las cuentas de su administración-, pero en el primero de esos casos, ello no debería ser considerado una sanción, sino una lógica consecuencia que se deriva del matrimonio, pareciéndonos desdorado que el tutor le cobre a su esposa la décima parte de los frutos líquidos de sus bienes no obstante el casamiento, en el que se supone que los cónyuges han decidido unirse de por vida, hasta que la muerte los separe, tanto en la prosperidad como en la adversidad, en la salud como en la enfermedad, como prometieron al contraer matrimonio.

Por otra parte, a nuestro juicio no se explica que se sancione al tutor en el supuesto de que el que se casare con el o la pupila fuera un descendiente suyo³⁷, pues en tal caso no se le podría achacar a aquél ninguna intencionalidad con relación a la aprobación de las cuentas de la administración, no pudiendo además el tutor -cuando el o la pupila fuera mayor de edad- oponerse a la celebración de un matrimonio al cual él es ajeno. En los tiempos en que vivimos resulta difícil que el tutor pueda, con éxito, ordenar a un hijo que no se case con su pupila o ex pupila mayor de edad.

Desde otro ángulo: ¿se le podría acaso coartar a la pupila el derecho de casarse con un hijo o con un nieto de su tutor? Desde ya que no, pues

³⁷ Y en todo caso, por qué se comprende en la norma sólo a los *descendientes*, y no a los *ascendientes*, pues la misma razón existiría para incluir en la *prohibición* también a éstos. Recuérdese que en nuestro país no existe una norma que establezca diferencias máximas de edad entre los contrayentes, ni tampoco existe una edad máxima para casarse. Como una curiosidad, señalamos que el Código Civil peruano del año 1850 fijaba como edades máximas para contraer matrimonio, 55 años en la mujer y 65 en el hombre. Recordamos, asimismo, que tanto el art. 183 inc. 15º del Código Civil del Brasil, como el art. 84 del código peruano de 1936, comprenden en el impedimento además de al tutor y a sus descendientes, también a los ascendientes, además de a otros parientes: hermanos, cuñados y sobrinos; se establece no obstante como excepción, la existencia de permiso paterno o materno expresado en un escrito auténtico o en un testamento. El código peruano de 1984 mantiene esta excepción, pero limita la prohibición al casamiento entre el tutor y el menor o el incapaz durante el ejercicio del cargo y hasta tanto estén judicialmente aprobadas las cuentas de la administración (art. 243, inc. 1º). La recién referida excepción también se halla consagrada en el Código de Familia de Bolivia (donde la prohibición comprende no sólo al tutor y a sus parientes en forma directa, sino también a los colaterales hasta el 4º grado y sus afines hasta el 2º: art. 51), en el cual, además, se establece la posibilidad de la dispensa judicial por causas graves. También el Código Civil de Venezuela admite esto último (art. 58).

dicha prohibición sería sin duda inconstitucional, por atentar contra la libertad de casarse que consagra el artículo 20 de nuestra Constitución. Además, no resultaría aceptable que el tutor pudiera impedir el casamiento de un hijo suyo con su ex pupila mayor de edad³⁸, por medio de la omisión de presentar las cuentas de su administración, que, en consecuencia, no podrían ser aprobadas³⁹. Bien vale entonces la pena preguntarse qué clase de *impedimento* sería aquel que no puede *impedir* la celebración del matrimonio.

EL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL.

III. EN EL PROYECTO SE PROPONEN VARIAS MODIFICACIONES A LA ACTUAL NORMATIVA.

Varias son las modificaciones que se proyectan con relación a las normas actualmente vigentes. Por de pronto, de acuerdo al artículo 419 del Proyecto, *es indispensable para la existencia del matrimonio el con-*

³⁸ De acuerdo al art. 116 del Código Civil de Chile, modificado por las leyes 7612 y 10.271, es ilícito (el art. 113 lo considera un impedimento matrimonial) el matrimonio celebrado antes de la aprobación de las cuentas de la gestión, entre el ex pupilo todavía menor de edad y el tutor o curador y sus descendientes, pero la norma resulta inaplicable cuando el o la pupila llegan a la mayoría de edad, o cuando son autorizados para casarse por aquel cuyo consentimiento fuera necesario a ese efecto. Por su parte el art. 17 del Código de Familia de Costa Rica considera en forma expresa como válido al matrimonio celebrado a pesar de las prohibiciones del artículo 16, entre las cuales está la de casarse entre el tutor y sus descendientes con los pupilos mientras no estén aprobadas y canceladas las cuentas finales de la tutela, salvo que el padre o madre difuntos el pupilo lo hubieran permitido expresamente por testamento o en otro instrumento público.

³⁹ Mazzinghi considera que cuando el pupilo hubiera llegado a la mayoría de edad, la cuestión de la aprobación de las cuentas constituiría un escollo que limitaría exageradamente la libertad matrimonial reconocida por el derecho natural, lo que hace que la califique de *exceso* en la defensa del patrimonio del menor. Y agrega que el impedimento no tiene razón de ser, siendo aconsejable cuando el pupilo llega a la mayoría de edad, "respetar su libertad matrimonial y no limitarla con una prohibición que el derecho natural ignora y que no está orientada a la defensa del matrimonio, sino al control patrimonial" (ob. y t. cit., págs. 204 y sig., nº 84, c) y d). Recordamos que el art. 12 de la ley 2393 establecía una prohibición más limitada que la norma actual y que la proyectada, pues únicamente se refería además de al tutor, a sus descendientes legítimos que estuvieran bajo la potestad del tutor, lo que implicaba excluir, entre otros, a los hijos mayores de edad o emancipados, como también a los nietos. En México la prohibición del casamiento tiene vigencia inclusive con posterioridad a la aprobación de las cuentas de la tutela, salvo que se obtuviera dispensa (art. 159 del Cód. Civil para el Distrito Federal de México).

sentimiento expresado por hombre y mujer ante la autoridad competente para celebrarlo. Como se advierte, se suprimió la exigencia que establecía el artículo 172 del Código, sobre que el consentimiento debía ser *pleno y libre*⁴⁰, así como que debía ser prestado *personalmente* por los cónyuges.

Además y tal como resulta de la disposición transcrita, se mantiene la aceptación de la noción de la inexistencia del matrimonio⁴¹, pero como enseguida veremos, ello es así cuando falta el consentimiento, pero no cuando se halla viciado, lo cual no constituye un supuesto de inexistencia.

10. *La supresión de las expresiones pleno y libre con relación al consentimiento.*

En el punto 56 de los Fundamentos del Proyecto se expresa que la supresión de la calificación de “pleno y libre” con relación al consentimiento se explica, porque, de no haber tenido ese alcance, éste no habría faltado, sino que habría sido prestado, pero con vicio.

Efectivamente, el matrimonio es *inexistente* cuando no se hubiera expresado el consentimiento, pero no cuando hubiera sido celebrado con violencia, dolo o error, o sea, con alguno de los vicios del acto que afectan la voluntad, supuesto en el cual resulta aplicable el inciso 4° del artículo 220 del Código, que determina como sanción, para esos casos,

⁴⁰ Pensamos que estas expresiones, introducidas por el Senado al discutirse la que luego fue sancionada como ley 23.515, posiblemente tengan como fuente el art. 1° de la Convención de Nueva York sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraerlo y el registro de los matrimonios, aprobado por la ley 18.444, en cuya primera parte se establece que “no podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresados por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo con la ley”.

⁴¹ Ver sobre esto, Zannoni, Eduardo A., Derecho de Familia, cit., t. I, pág. 229, n° 175; López del Carril, Julio J., Régimen del matrimonio. Separación personal y divorcio. Ley 23.515, cit., pág. 63, n° 57; Astigueta, César P., “Consentimiento matrimonial. Modalidades”, en Nuevo régimen de matrimonio civil. Ley 23.515, cit., pág. 73; Allende, Guillermo L., “Matrimonio: impedimentos, nulidades e inexistencia”, L.L., 1975-B-1066, V; Capparelli, Julio César, “El consentimiento matrimonial en la ley 23.515”, E.D., 133-981; Garbino, Guillermo R., en Código Civil y Leyes Complementarias, comentado, cit., t. I, pág. 644, n° 5, b); Rébora, Juan Carlos, Instituciones de la Familia, Bs. As., 1946, t. II, pág. 41, n° 9.

la nulidad relativa del acto⁴². Una interpretación literal y aislada de la primera parte del artículo 172 podría llevar a la conclusión contraria, o sea que el matrimonio sería inexistente si no existiera un *pleno y libre* consentimiento por parte de los contrayentes, lo cual ya hemos visto que no es así, pues la expresión del consentimiento en forma viciada no hace a la inexistencia sino a la invalidez del matrimonio.

La vigente ley chilena sobre matrimonio del 10 de enero de 1884, requiere el *libre* y espontáneo consentimiento matrimonial por parte de los contrayentes (art. 32), destacando por su parte el artículo 49 del Código Civil de Venezuela, la necesidad de que el consentimiento matrimonial sea libre.

11. *Se mantiene la exigencia de que el consentimiento debe ser prestado entre un hombre y una mujer.*

Si bien dicho requisito podría en una primera visión ser calificado de sobreabundante, pues como bien señaló María Josefa Méndez Costa al analizar el Proyecto que había sido aprobado por la Cámara de Diputados y que luego se convirtió en la ley 23.515 -donde no se mencionaba que el matrimonio debía ser celebrado entre personas de distinto sexo-, la posibilidad de contraer una unión homosexual “tipificaría un supuesto de matrimonio inexistente por carecer de un requisito de orden natural absolutamente indispensable para satisfacer la concepción del matrimonio”⁴³, lo cierto es que esa mención no nos parece que esté de más. Buena prueba de lo cual resulta la tendencia que comienza a verse en algunos países en el sentido de permitir el matrimonio de personas del mismo sexo, debiendo recordar al efecto que según una noticia aparecida en

⁴² Conf., entre otros, Rébora, Juan Carlos, Instituciones de la Familia, cit., t. II, pág. 35, n° 4; Vidal Taquini, Carlos H., Matrimonio Civil. Ley 23.515, cit., pág. 115.

⁴³ Méndez Costa, María Josefa, “Consideraciones sobre el consentimiento matrimonial en la proyectada reforma de la ley 2393”, L.L., 1987-A-1070 y 1071, III,2, 2.1.). Agregaba con razón dicha autora que una relación contra natura “no sería nunca un matrimonio pues éste implica complementación de sexos en una comunidad espiritual y física que normalmente se prolonga en la procreación”. Vidal Taquini critica la mención que se hace en el art. 172 al hombre y la mujer, por considerarla innecesaria (Matrimonio Civil. Ley 23.515, cit., pág. 116, n° 4). Contra: López del Carril, Julio J., Régimen del matrimonio, separación personal y divorcio. Ley 23.515, pág. 62, n° 57, c); Capparelli, Julio César, “El consentimiento matrimonial en la ley 23.515”, E.D., 133-979.

el diario La Nación con fecha 3 de enero de 1995, el primero de ese mes había entrado en vigencia en Suecia una ley que permitía el matrimonio de dos personas de igual sexo, las cuales gozarán de los mismos derechos jurídicos y sociales de las parejas heterosexuales casadas, aunque con ciertas excepciones, pues no tendrán derecho al matrimonio religioso, ni a adoptar ni tomar niños a su cargo, ni tampoco -en el caso de las lesbianas- a la inseminación artificial.

Santiago Legarre recuerda sobre el tema que la Cámara de Diputados de Holanda aprobó un proyecto de ley que legitima el matrimonio entre homosexuales, así como también la adopción de niños por ese tipo de parejas⁴⁴.

Muchas leyes establecen en forma expresa el carácter heterosexual del matrimonio, recordando al respecto los códigos civiles de Paraguay (art. 140, inciso g), Chile (art. 102), Venezuela (art. 44) y Quebec (art. 365), entre otros, así como los códigos de familia de Bolivia (art. 84, inc. 2°) y Costa Rica (art. 14, inc. f, ref. por la ley 5895 del año 1976). Si bien el Código Civil español no es demasiado claro al respecto, pues establece que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este código” (art. 44), la Resolución del 21/1/1988 de la Dirección General de Registros de España prohíbe que se autorice el matrimonio entre personas del mismo sexo, por ser ello contrario al ordenamiento jurídico⁴⁵.

Por su parte, tanto el Código Canónico de 1917 como el vigente, hacen referencia explícita a la necesidad de que el matrimonio sea contraído entre personas de distinto sexo. Recordamos el actual c. 1055, parágrafo 1, que considera al matrimonio como “la alianza matrimonial,

⁴⁴ “Orientación sexual y derecho”, E.D., 168-1128, nota 23. Recordaba asimismo Legarre que sobre el tema se hallaba pendiente una decisión de la Suprema Corte de Hawaii, en una causa en la que una pareja gay de Honolulu impugnó la constitucionalidad de la denegación de una “licencia matrimonial” con todas las ventajas legales que aparea el estado matrimonial, tales como impositivas, previsionales, de salud, etc. También recuerda dicho autor que la Cámara de Representantes del Congreso de los Estados Unidos aprobó por abrumadora mayoría un proyecto de ley que proscribió a nivel federal el matrimonio entre homosexuales, así como una resolución del Parlamento Europeo del 8/2/94 sobre igualdad de derechos de los homosexuales en la Unión Europea, que, entre otras cuestiones, recomienda “poner fin a la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de homosexuales”, y les garantiza “los plenos derechos y beneficios del matrimonio”.

⁴⁵ A su vez el art. 32.1. de la Constitución española de 1978 determina que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”.

por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole...”

12. La supresión del requisito de la prestación personal del consentimiento.

a) Se reimplanta el casamiento por poder.

Antes señalamos que también había sido suprimido del Proyecto la exigencia de que el consentimiento matrimonial fuera prestado en forma personal, lo cual ha llevado a afirmar en los puntos 55 y 58 de los Fundamentos, que había vuelto a admitirse la posibilidad de la celebración del matrimonio por poder, “porque satisface necesidades prácticas y no ha sido reemplazada, en los hechos, por el matrimonio a distancia”.

Recordamos que el matrimonio por poder fue suprimido desde la ley 23.515, aunque según parte de la doctrina -con la que coincidimos-, ello ocurrió a partir de la sanción de la ley 18.444 más arriba mencionada⁴⁶, que ratificó la Convención de Nueva York aprobada con fecha 7-11-1962 por las Naciones Unidas, con el voto favorable de la delegación argentina.

En el artículo 1° de esa Convención se estableció que: *1) no podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo con la ley; 2) sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1°, supra, no será necesario que una de las partes esté presente cuando la autoridad competente esté convencida de que las circunstancias son excepcionales y de que tal parte, ante una autoridad competente y del modo prescripto por la ley, ha expresado su consentimiento, sin haberlo retirado posteriormente.*

⁴⁶ Belluscio, Augusto C., Manual de Derecho de Familia, cit., t. I, pág. 193, n° 91; Guastavino, Elías P., “Aspectos del dolo en el régimen de nulidad matrimonial”, J.A., 1971, Doctrina, págs. 163, n° 22, y 164, n° 24. Méndez Costa, en cambio, sostuvo que el matrimonio por poder pudo continuar realizándose hasta la sanción de la ley 23.515 (Derecho de Familia, cit., t. I, pág. 194, n° 8.3.c.1); conf., López del Carril, Julio J., Régimen del matrimonio. Separación personal y divorcio. Ley 23.515, cit., págs. 62, n° 57, y 71, n° 62.

Al haber dispuesto dicha norma que el consentimiento de los contrayentes debía ser expresado *en persona*, lo que implica la comparecencia *personal*⁴⁷ de ellos, luego de la entrada en vigencia de la ley 18.444 es razonable sostener la imposibilidad legal en nuestro país de continuar celebrándose el matrimonio por medio de apoderado. Y ello no obstante no haberse derogado al ser sancionada dicha ley, ni los artículos 15 y 37 (éste, en su parte pertinente) de la ley 2393, ni el artículo 1881, inciso 5° del Código Civil⁴⁸, debido al hecho de ser la ley 18.444 posterior a las normas recién citadas, siendo una regla aceptada de interpretación que la sanción de una ley incompatible con una anterior, deroga en forma implícita a esta última⁴⁹.

Pero el Proyecto vuelve a autorizar el matrimonio por poder, no sólo al suprimir el requerimiento de la comparecencia personal de los esposos en el momento de expresar el consentimiento, sino, además, al establecer expresamente en el artículo 431, que el matrimonio entre ausentes puede celebrarse por poder; agregándose en el segundo párrafo que *el poder para la celebración del matrimonio debe ser otorgado por escritura pública y contener facultad expresa, con indicación de la persona con quien ha de contraerse*. La necesidad de la facultad expresa para contraer matrimonio también está explicitada en el inciso 1° del artículo 366 del Proyecto.

Aparte de esas normas, en la Sección primera del Capítulo que legisla sobre la celebración del matrimonio, entre la documentación que los esposos deben en su caso acompañar, se enumera el testimonio del poder (art. 423, inc. c), y dentro de las constancias que debe contener el acta de la celebración, se dispone para el supuesto de que la celebración

⁴⁷ Entre otros, también el Código Civil de Quebec requiere que el consentimiento sea expresado personalmente por cada uno de los futuros esposos (art. 374).

⁴⁸ Además de la ley 2393, también el inc. 5° del art. 1881 del Código fue derogado por la ley 23.515.

⁴⁹ Debido a la controversia que existió sobre la posibilidad de poderse contraer en el país matrimonio por poder luego de la sanción de la ley 18.444, el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas dictó con fecha 28/4/1970 la Resolución O.A. n° 16, en la que se admitía la celebración por poder, pero siempre que uno de los contrayentes concurren en forma personal al acto. Esta posibilidad fue sostenida -aunque sin dar fundamento- por Germán J. Bidart Campos, quien suscribió dicha Resolución en su carácter de Director del mencionado Registro, en su nota "Algo más acerca de las categorías de inexistencia y nulidad matrimoniales", E.D., 33-773, V.

fuera por poder, que se debe mencionar *la fecha, lugar y escribano u oficial público ante quien se ha otorgado* (art. 428, inciso i, 2ª parte).

Se aplican las reglas generales de la representación convencional (arts. 363 y sigs. del Proyecto), entre las cuales recordamos la primera de esas normas, que dispone que *sólo puede darse poder para actos que el representado puede otorgar por sí mismo*, de lo que resulta -aunque no únicamente con fundamento en dicho artículo- que quienes tengan la edad mínima para contraer matrimonio, pueden otorgar poder para casarse, aún cuando fueran menores de edad.

Nada se aclara en el Proyecto con relación a si el poder tiene un término máximo de vigencia para contraer matrimonio, cuestión sobre la cual no existe uniformidad en la doctrina⁵⁰. Aunque referido a una situación distinta, en el Código Canónico se presume que el consentimiento matrimonial perdura, mientras no conste su revocación (c. 1107); el Código italiano, por su parte, fija un término máximo de vigencia del poder, de 180 días.

El Proyecto no exige que para que pueda celebrarse el matrimonio por poder tenga que tratarse de una situación de carácter excepcional, como podría ser la ausencia de uno o de ambos futuros esposos del lugar de celebración del matrimonio, o más aún, la imposibilidad de trasladarse a ese lugar, por lo que creemos que no constituye un requisito exigible. En contra de lo cual podría argumentarse que el tema se encuentra legislado en el artículo 431, que se halla incluido en la Sección Segunda del Capítulo V, que trata sobre la *Celebración excepcional* (del matrimonio), en contraposición a la Sección Primera, que se denomina *Celebración ordinaria* y que el supuesto de la celebración del matrimonio a distancia -en el que sin duda se requiere que se trate de un caso de excepción-, también se legisla en aquella Sección. No obstante, creemos que el único motivo de la denominación de la Sección Segunda lo constituye el hecho de haberse incluido en ella supuestos en que uno o ambos espo-

⁵⁰ Busso sostenía que el poder debía haber sido otorgado en fecha reciente a la de la celebración del matrimonio, no pudiendo tener una duración apreciablemente mayor -agregaba- que el tiempo necesario para la remisión del documento del lugar en el que había sido otorgado, hasta aquel en el que se haría valer (Código Civil Anotado, cit., t. II, pág. 76, n° 19). Conf., Díaz, Guillermo, "Matrimonio por poder", L.L., 100-848, 10. Contra, Garbino, Guillermo R., en Código Civil y Leyes Complementarias, comentado, cit., t. I, pág., 646, n° 4.

sos no se presentan en forma personal ante el oficial público encargado de la celebración, pero no porque en todos los casos allí comprendidos se requiera que se trate de una situación de excepción, en el sentido de que deban existir circunstancias que hagan imposible o muy dificultosa la comparecencia personal de ambos contrayentes⁵¹.

Tampoco se limita la posibilidad de que el poder para la prestación del consentimiento sea otorgado por ambas partes, por lo que ello es posible⁵². En el Código Civil español, en cambio, se requiere en todos los casos la asistencia personal de uno de los contrayentes (art. 55); igual solución se establece en los Códigos de Familia de Costa Rica (art.30), y de Bolivia (art. 61), exigiéndose en este último caso que el poderdante resida en el extranjero.

b) Se mantiene la posibilidad de la celebración del matrimonio *a distancia*.

El matrimonio *a distancia*, cuya posibilidad de celebración el Proyecto conserva, constituye una especie de matrimonio entre ausentes, diferenciándose del matrimonio por poder fundamentalmente por el hecho de que en aquél ambas partes deben expresar el consentimiento en forma personal, pero ante distinta autoridad. Para poderse celebrar el matrimonio mediante esta modalidad, debe tratarse de un supuesto *excepcional*⁵³, lo cual se deduce de la redacción del artículo 433, en cuanto

⁵¹ El Código Civil del Brasil, en cambio, sólo admite el casamiento por poder en el supuesto de los presos o condenados, cuando la autoridad bajo cuya guarda estén, no les permita comparecer en persona. En Italia también se admite que el matrimonio se celebre por poder, pero ello es así sólo en limitados supuestos: en tiempos de guerra, a los militares y a las personas que se encuentran al servicio de las fuerzas armadas; cuando uno de los esposos reside en el exterior del país y concurren graves motivos para ello, debiendo los mismos ser valorados por el tribunal de la circunscripción donde el otro contrayente reside, y autorizado por decreto de la Cámara del Consejo, con intervención del Ministerio Público.

⁵² Conf., Códigos civiles de Venezuela (art. 85) y Uruguay (art. 100). Esto es también así en el Código Civil para el Distrito Federal de México, que en forma expresa permite que ambas partes concurren a la celebración del matrimonio representadas por un apoderado (art. 44).

⁵³ Con relación al carácter excepcional del matrimonio a distancia, remitimos a lo expresado por los siguientes autores: Guastavino, Elías P., "Celebración del matrimonio. La Convención de Nueva York de 1962 aprobada por la ley 18.444", J.A., 1971, Doctrina, págs. 165 y 166, n° 24; Vidal Taquini, Carlos H., Matrimonio Civil. Ley 23.515, cit., pág. 119, n° 3; Astigueta, César P., "Consentimiento matrimonial. Modalidades", en Nuevo Régimen de Matrimonio Civil. Ley 23.515,

allí se expresa que la autoridad competente para celebrar el matrimonio debe apreciar las causas alegadas para justificar la ausencia⁵⁴. Más explícito al respecto es, en cambio, el artículo 1º, inciso 2, de la Convención de Nueva York, aunque ni dicha Convención ni el Código -tampoco el Proyecto-, aclaran la necesidad de que la causa excepcional deba subsistir en el momento en que se considera celebrado el matrimonio. No obstante, creemos que efectivamente es así, pues de no entenderse de esa manera se estaría violando el requisito de la excepcionalidad⁵⁵.

En el primer párrafo del artículo 432 del Proyecto, y en el artículo siguiente, se reproducen con alguna modificación no relevante, las normas contenidas en igual párrafo del artículo 173, y en el artículo 174 del Código. Pero en el segundo párrafo del artículo 432 se establece que *el matrimonio sólo puede ser celebrado dentro de los noventa (90) días de expresado el consentimiento por el ausente sin haberlo revocado*, modificando de tal manera el segundo párrafo del actual artículo 173, que dispone que *la documentación que acredite el consentimiento del ausente sólo podrá ser ofrecida*⁵⁶ *dentro de los noventa (90) días de la fecha de su otorgamiento*. Coincidimos con la modificación, que aclara una cuestión que si bien no se halla explicitada en la actual normativa,

cit., pág. 74; Zannoni, Eduardo A., Derecho de Familia, cit., t. I, pág. 234, n° 180; Di Lella, Pedro, "Consentimiento matrimonial", en Enciclopedia de Derecho de Familia, cit., t. I, pág. 618; Méndez Costa, María Josefa, Derecho de Familia, cit., t. I, pág. 194, n° 8.3., c.2); Pettigiani, Eduardo Julio, en Código Civil Anotado, cit., pág. 412; Capparelli, Julio César, "El consentimiento matrimonial en la ley 23.515", E.D., 133-983, V.

⁵⁴ Belluscio critica que en el art. 433 del Proyecto se haya cambiado el verbo *juzgar* -al que hace referencia el art. 173 del Código- por *apreciar*, pues -afirma- no sólo los jueces juzgan, debiendo el oficial público formarse juicio sobre las causas que justifican el matrimonio a distancia. Mientras el significado del verbo apreciar -agrega- no se adecua del mismo modo a la facultad que se atribuye a ese funcionario, que conduce a una decisión recurrible ante el tribunal ("El derecho de familia en el Anteproyecto de Código Civil", L.L., diario del 12 de julio de 1999).

⁵⁵ Conf., Vidal Taquini, Carlos H., Matrimonio Civil. Ley 23.515, cit., pág. 120, n° 5; Guastavino, Elías P., "Celebración del matrimonio. La Convención de Nueva York aprobada por la ley 18.444", J.A., 1971, Doctrina, pág. 166, n° 25; Pettigiani, Eduardo J., Código Civil Anotado, cit., t. I, pág. 412.

⁵⁶ Hemos sostenido anteriormente que la norma debe ser entendida en el sentido de que no se refiere al *ofrecimiento* de la documentación, sino a su *presentación* o entrega a la autoridad competente para celebrar el matrimonio (El consentimiento matrimonial, cit., pág. 126). Conf., Vidal Taquini, Carlos H., Matrimonio Civil. Ley 23.515, cit., pág. 120, n° 5; Zannoni, Eduardo A., Derecho de Familia, cit., t. I, pág. 236, n° 181, c); López del Carril, Julio J., Régimen del Matrimonio, separación personal y divorcio. Ley 23.515, cit., pág. 73, n° 65.

surge, a nuestro juicio, de una recta interpretación de la misma⁵⁷, pues de lo que se trata es de establecer un plazo máximo de validez del consentimiento desde que fue expresado; y esto es, precisamente, lo que en forma expresa se proyecta en el artículo 432 que analizamos.

Otra de las modificaciones del segundo párrafo del artículo 432 consiste en haber dispuesto en forma expresa que el ausente no debió haber revocado el consentimiento antes de la celebración del matrimonio⁵⁸, lo cual parece indiscutible, pues el consentimiento de ambos contrayentes debe existir en el momento de la celebración, que se opera cuando presta el consentimiento el contrayente presente⁵⁹. La reforma es positiva, pero creemos que se queda a mitad de camino, pues debió haberse referido a la necesidad de *la subsistencia del consentimiento* del ausente en el acto de la celebración, el cual no sólo pudo haber sido revocado -como se contempla en la norma-, sino que pudo haber desaparecido, ya sea por haberse incapacitado en ese período, o haber fallecido⁶⁰.

13. La exclusión de modalidades con relación a la prestación del consentimiento matrimonial.

El artículo 420 del Proyecto reproduce con modificaciones de redacción, la disposición contenida en el artículo 193 del Código, en cuan-

⁵⁷ Contra, Belluscio, Augusto C., Manual de Derecho de Familia, cit., t. I, pág. 194, n° 91; Méndez Costa, María Josefa, Derecho de Familia, cit., t. I, pág. 196, n° 8.3., c.5.2., quien, no obstante, reconoce que la indefinición de la norma encierra ciertos riesgos.

⁵⁸ Se sigue, de tal manera, lo expresado en el art. 1º, inc. 2º de la Convención de Nueva York, que en lugar de a la *revocación* del consentimiento, se refiere a su *retiro*.

⁵⁹ De acuerdo a una ordenanza dictada en Alemania en el año 1943, aplicable a los miembros de las fuerza armadas, se consideraba celebrado el matrimonio cuando el novio hacía su declaración por escrito en el lugar en el que estaba destinado, por lo que, aún cuando el mismo hubiera muerto con anterioridad a la fecha del consentimiento prestado por la novia, lo mismo se consideraba que el matrimonio había sido celebrado.

⁶⁰ Ver sobre esto, Belluscio, Augusto C., Manual de Derecho de Familia, cit., t. I, pág. 195, n° 91; Vidal Taquini, Carlos H., Matrimonio Civil. Ley 23.515, cit., pág. 120, n° 5; Astigueta, César P., "Consentimiento matrimonial. Modalidades", en Nuevo régimen de matrimonio civil. Ley 23.515, cit., pág. 74; Di Lella, Pedro, "Consentimiento matrimonial", en Enciclopedia de Derecho de Familia, cit., t. I, pág. 619; Pettigiani, Eduardo J., Código Civil Anotado, cit., t. I, pág. 412; Guastavino, Elías P., "Celebración del matrimonio. La Convención de Nueva York de 1962 aprobada por la ley 18.444", J.A., 1971, Doctrina, pág. 166, n° 27; Capparelli, Julio César, "El consentimiento matrimonial en la ley 23.515", E.D., 133-983, V. María Josefa Méndez Costa manifiesta que si el ausente hubiera padecido una enfermedad mental desde que prestó el consentimiento hasta la celebración del matrimonio, éste sería anulable (Derecho de Familia, cit., t. I, pág. 196 y sigs., n° c.5.3. y sigs.).

to se prohíbe someter a modalidades el consentimiento matrimonial, teniéndose por no puesto cualquier plazo, condición o cargo que los contrayentes hubieran hecho constar, lo cual -se concluye- no afecta la validez del matrimonio.

Al incluirse a dicha prohibición a continuación de la norma que dispone que el consentimiento del hombre y la mujer son indispensables para la existencia del matrimonio, se mejora el método actual, pues el artículo 193 no se encuentra dentro del capítulo del consentimiento, que es, a nuestro juicio, donde debió haberse incluido, sino del que legisla sobre la celebración del matrimonio, donde se desarrollan fundamentalmente las formalidades para contraerlo⁶¹.

Como se advierte, la norma proyectada mantiene la solución actualmente vigente, que López del Carril criticó por considerar que cuando el matrimonio es sujetado a una modalidad, debe declarárselo inexistente o nulo, por no existir un consentimiento pleno, de voluntades coincidentes⁶². Recordamos que antes de la ley 23.515, el artículo 44 de la ley 2393 no establecía la solución que debía aplicarse al supuesto -que se hallaba prohibido- de que el consentimiento se hubiera sometido a una condición, un plazo o un cargo, lo que dio lugar a distintas soluciones doctrinarias⁶³. Nosotros reiteramos nuestra conformidad -que ya expresáramos en un trabajo anterior⁶⁴- con la norma, aunque más por una razón de conveniencia que por una conclusión dogmática.

El Código Civil italiano establece en el artículo 108 -que no fue modificado por la reforma del año 1975 al régimen del matrimonio-, que

⁶¹ La metodología actual fue criticada, entre otros, por Astigueta, César P., "Consentimiento matrimonial. Modalidades", en Nuevo régimen de matrimonio civil. Ley 23.515, cit., pág. 79; Méndez Costa, María Josefa, Derecho de Familia, cit., t. I, pág. 139,23.

⁶² Régimen del matrimonio civil, separación personal y divorcio. Ley 23.515, pág. 65, n° 57.

⁶³ Mazzinghi sostenía que en ese supuesto el matrimonio era nulo ("Fundamento de la anulación de un matrimonio por causa de dolo", E.D., 2-545), salvo en el supuesto de la condición, si ésta era de carácter resolutorio (Derecho de Familia, 2a. ed., Bs. As., 1983, t. I, págs. 201 y sigs., n° 69). Conf. con la nulidad, Busso, Eduardo B., Código Civil Anotado, cit., t. II, pág. 69, n° 47, y pág. 138, n° 3; Díez Picazo, Luis - Gullón, Antonio, Sistema de Derecho Civil, vol. IV, 5ª. ed., Madrid, 1990, pág. 81. Contra: Spota, Alberto G., Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia, cit., t. II, vol. I (11), págs. 263 y sigs., n° 35; Garbino, Guillermo R., en Código Civil y Leyes Complementarias, comentado, anotado y concordado, cit., t. I, pág. 642, 2; Pérez Cortés, Osvaldo J., "Nulidad de matrimonio (Casamiento contraído para exceptuarse del servicio militar)", E.D., 6-370.

⁶⁴ El Consentimiento Matrimonial, cit., págs. 26 y 27.

la declaración de los esposos de tomarse por marido y mujer no puede estar sometida a término o a condición, y si los esposos quieren proceder de esa manera, el oficial del Registro Civil no debe celebrar el matrimonio; no obstante, si lo celebrara, el término y la condición se tienen por no puestos. Esta última es, también, la solución adoptada por los códigos civiles de Portugal (art. 1618, párrafo 2º), austríaco (parágr. 59) y español (art. 45)⁶⁵, así como por el Código de Familia de Bolivia (art. 69, 2ª parte). El artículo 147 del Código Civil para el Distrito Federal de México establece que se tendrá por no puesta cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges.

Cabe señalar que el c. 1102 del Código Canónico admite que el matrimonio se celebre, previa licencia escrita del Ordinario del lugar, bajo condición de pasado o de presente -no de futuro⁶⁶-, siendo el mismo válido si se verificara aquello que es objeto de la condición. Lo que queda subordinado a la verificación del acontecimiento no es la existencia del matrimonio, sino su validez, lo cual es así porque el hecho objetivamente ya existe, y la incertidumbre se produce únicamente con relación al conocimiento que de ese hecho tienen los contrayentes, siendo por tanto la incertidumbre, de tipo subjetiva.

IV. LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO.

En el artículo 421 del Proyecto prácticamente se transcribe el actual artículo 175 del Código, con modificaciones de detalle que no cambian en absoluto el sentido ni el alcance de dicha norma. En efecto, en aquella disposición se dispone que *vician el consentimiento matrimonial la violencia, el dolo y el error acerca de la persona del otro contrayente. También lo vicia el error acerca de cualidades personales de éste si se prueba que quien lo sufrió no habría consentido el matrimonio si*

⁶⁵ La segunda parte de dicha norma sigue las pautas del art. 792 de ese cuerpo legal, que al referirse a las condiciones testamentarias establece que las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes y a las buenas costumbres se tendrán por no puestas.

⁶⁶ En el Código Canónico de 1917, en cambio, también se permitía la condición de futuro, aunque se sujetaba al cumplimiento de determinados requisitos.

hubiese conocido el estado de cosas y apreciado razonablemente la unión que contraía. El tribunal debe valorar la esencialidad del error considerando las condiciones personales y circunstancias de quien lo alega.

Tampoco propusieron modificaciones a la norma vigente ni el Proyecto de Unificación de la legislación civil y comercial, aprobado por las dos Cámaras del Congreso y vetado por el Poder Ejecutivo, ni el elaborado por la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados en octubre de 1993, ni tampoco el de la Comisión designada por decreto 468/92.

En cambio, tanto el Anteproyecto de Bibiloni como el de 1954, eliminaron al dolo entre los vicios que afectan el consentimiento matrimonial, salvo, en aquél, si la acción u omisión dolosa se tradujera en un error sobre la persona del otro cónyuge, o sobre sus cualidades personales, siempre que fuera de tal naturaleza que la persona que sufrió el engaño no habría contraído matrimonio si hubiese conocido el estado de las cosas y apreciado razonablemente la unión que contraía. Varios son los códigos extranjeros que no admiten el dolo como vicio autónomo del consentimiento, entre ellos los códigos civiles del Uruguay, Brasil, Colombia y Perú, como también el chileno -igual solución adoptó la ley de matrimonio chilena del 10/1/1884-, lo cual es así, según manifiesta Ramos Pazos al comentar la legislación de Chile, debido a la tradición existente en el sentido de que establecer el dolo como vicio del consentimiento significaría poner en peligro la estabilidad del vínculo matrimonial, debido a que resulta normal que en las relaciones previas al matrimonio se adopten actitudes destinadas a impresionar a la otra parte, que podrían llegar a ser interpretadas como constitutivas de dolo⁶⁷. Siguiendo el Anteproyecto del año 1965, el Código de Familia de Bolivia de 1977 tampoco admite el dolo como causa de anulación del matrimonio, siendo esa también la solución del Código Civil italiano, no modificado en esto por la ley del año 1975. En Paraguay, en cambio, el dolo constituye una causa de anulación del matrimonio por fallas en el consentimiento (arts. 181 y 182, Cód. Civil).

Al igual que en Italia, en España el dolo no constituye un vicio del consentimiento matrimonial susceptible de anular el matrimonio, salvo

⁶⁷ Ramos Pazos, René, Derecho de Familia, Santiago de Chile, 1993, pág. 31, n° 14.

que conduzca a uno de los contrayentes a un error sobre la identidad o sobre las cualidades del otro⁶⁸. En Suiza sólo se admite el dolo como vicio del consentimiento para anular el matrimonio, únicamente cuando uno de los esposos fue inducido en un error decisivo sobre la honorabilidad del otro cónyuge, o cuando ha sido ocultada una enfermedad que ofrece un peligro grave para la salud del cónyuge o de su descendencia. El Código francés, por su parte, tampoco ha admitido el dolo -como figura distinta del error- como vicio del consentimiento matrimonial.

Pero lo cierto es que, tal como acertadamente ha señalado Gustavo Bossert en un fallo de la Sala F de la Cámara Nacional en lo Civil, subsumir en la figura del error el vicio de dolo, extendiendo de tal manera el concepto de error como vicio del consentimiento matrimonial, sólo es admisible en los países en los cuales el dolo no está contemplado en forma expresa para anular el matrimonio por esa causa, tratándose en consecuencia de resolver, a través del vicio de error, los casos en los que ha mediado una maniobra dolosa que oculta cualidades o circunstancias de la vida del contrayente, pero que no caen en conceptos tales como error en o sobre la persona, a los que la letra de algunos textos circunscriben los casos en que el error es invocable⁶⁹.

Como se advierte, ese no es el caso de nuestra legislación, en la que se admiten -lo mismo hace el Proyecto- tanto el dolo como el error como dos causas diversas de anulación del matrimonio, lo cual es así por tratarse de dos supuestos distintos, aun cuando en ambos casos la persona que sufre uno de esos vicios, generalmente incurre en un error. Cuando dicha persona es inducida al error, se considera que existió dolo, mientras que si el error no ha sido provocado sino espontáneo y, por tanto, tiene como origen al propio sujeto que lo sufre, sólo ha habido error⁷⁰.

⁶⁸ Díez Picazo, Luis - Gullón, Antonio, Sistema de Derecho Civil, cit., vol. IV, pág. 84.

⁶⁹ L.L., 1984-D-575; y J.A., 1984-IV-118.

⁷⁰ Por ello es que se ha señalado que la situación de quien sufrió el dolo es más digna de consideración que la de quien cayó en error, lo cual hace que las condiciones requeridas para decretar la nulidad de un matrimonio con fundamento en el dolo sufrido, sean menos severas que las requeridas para llegar a la misma solución, pero en base a la existencia de error (Alsina Atienza, Dalmiro A., "Las críticas al papel esencial de la voluntad en los hechos jurídicos voluntarios", J.A., 1955-IV-74). Véase al respecto, Pettigiani, Eduardo J., Código Civil Anotado, cit., t. I, pág. 418, n° 14; Cichero, Néstor, "El error y el dolo como vicios del consentimiento matrimonial", E.D., 59-401 y 402, 9; Zannoni, Derecho de Familia, cit., t. I, págs. 249 y sigs, n° 191, y "La reserva mental unilateral frente a un caso de nulidad de matrimonio", L.L., 119-128.

Las normas que establece el Código Civil sobre el error de los actos jurídicos, no resultan en general aplicables al matrimonio, donde se limita la admisión del error como vicio del consentimiento a los dos únicos supuestos que contempla el artículo 175, y que el Proyecto reitera en el artículo 421, esto es, al error acerca de la persona del otro contrayente⁷¹, y sobre las cualidades personales de éste, con el alcance en este último caso, que establecen dichas disposiciones⁷². En el dolo, en cambio, no existe esa limitación⁷³, resultando múltiples los supuestos que pueden presentarse de vicios del consentimiento matrimonial por causa de dolo, que no hubieran podido anularse con fundamento en el vicio de

⁷¹ La doctrina pone de relieve la dificultad que existe de que en la práctica se dé este supuesto, aunque, no obstante, se admite en el caso de que uno o ambos contrayentes sean ciegos, o en los casos del matrimonio a distancia o celebrado por poder (Belluscio, Augusto C., Manual de Derecho de Familia, cit., t. I, pág. 205, n° 105; Mans Puigarnau, Jaime M., Derecho Matrimonial Canónico, Barcelona, 1959, t. I, pág. 342; López del Carril Julio J., Régimen del matrimonio, separación personal y divorcio. Ley 23.515, cit., pág. 77, n° 69; Spota, Alberto G., Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia, cit., t. II, vol. I (11), pág. 309, nota 87; Garbino, Guillermo R., en Código Civil y Leyes Complementarias, comentado, anotado y concordado, cit., t. I, pág. 652, n° 5; Ramos Pazos, René, Derecho de Familia, cit., pág. 32. Viladrich afirma que en el supuesto considerado, más que un vicio del consentimiento, existe una inexistencia del mismo para contraer matrimonio, porque el entendimiento yerra en forma sustancial el objeto del acto, constituido por las personas de los contrayentes (Código de Derecho Canónico Anotado, cit., pág. 659).

⁷² El Proyecto mantiene acertadamente la solución de dejar librada a la apreciación judicial la determinación de en qué supuestos específicos el error sobre alguna cualidad personal de uno de los contrayentes da lugar a la anulación del matrimonio por error. Contrariamente a ello, en el Proyecto de 1936 y en los Anteproyectos de 1954 y de Código Civil para el Paraguay -redactado por De Gásperi-, se enumeraban los casos en que el error daba lugar a la nulidad del matrimonio; esa es, también, la solución adoptada en los códigos del Brasil y de la ley italiana de matrimonio de 1975. Mazzinghi ha criticado el hecho de que el art. 175 no haya determinado los aspectos sobre los cuales puede recaer el error sobre las cualidades personales del otro contrayente ("El nuevo artículo 175 del Código Civil aplicado a un dudoso caso de error", E.D., 133-463); conf., Astigueta, César P., "Consentimiento matrimonial. Modalidades", en Nuevo régimen de matrimonio Civil, cit., pág. 78.

⁷³ Como bien señala Belluscio, si el dolo se encontrara limitado al supuesto que provoca un error acerca de la persona del otro contrayente o de sus cualidades personales, no tendría sentido la existencia del dolo como vicio independiente del error (salvo el interés derivado de la indemnización de los daños causados). Y agrega que el dolo puede también relacionarse con circunstancias vinculadas con la unión por contraer, siempre que se trate de maniobras que vicien el consentimiento de quien las padece, el cual puede razonablemente suponerse, siguiendo el orden normal de las cosas, que no habría sido prestado de no haber ellas existido (Manual de Derecho de Familia, cit., t. I, pág. 211, n° 109; Cichero, Néstor, "El error y el dolo como vicios del consentimiento matrimonial", E.D., 59-401 y 402, 9; Méndez Costa, María Josefa, Derecho de Familia, cit., t. I, pág. 160, b.2.1.; Iribarne, Ramón, El Matrimonio Civil comparado con el Canónico, cit., págs. 224 y sigs.; CNCivil, Sala F, L.L., 1984-D-575).

error⁷⁴, como podrían ser, entre otros, los relativos a las uniones contraídas sin la intención de constituir un hogar, o de celebrar el matrimonio religioso -como se había convenido- con posterioridad a la ceremonia civil.

Cabe por último señalar que de la norma vigente -y por tanto, de la proyectada- parece resultar que para anular el matrimonio por error con fundamento en las cualidades personales del otro contrayente, bastaría calificar dicho error sólo en forma subjetiva, con independencia de la real jerarquía de las cualidades implicadas, lo que llevaría a que la anulación procedería cuando, en el caso particular, la persona no se hubiera casado si hubiese conocido el estado de cosas y apreciado razonablemente la unión que contraía, aún cuando la cualidad en cuestión fuera -objetivamente considerada- no significativa. No nos parece razonable una interpretación de esa naturaleza, que llevaría a anular un matrimonio ante circunstancias poco relevantes; creemos que la importancia del acto matrimonial no admite una solución como la referida, no pudiendo la esencialidad del error valorarse únicamente considerando las condiciones personales y circunstancias de quien lo alega⁷⁵, sino también la relevancia del mismo. Es por ello que hubiera sido conveniente que en el Proyecto se hubiera aclarado dicha cuestión, en el sentido de requerir que, además, el error debe ser significativo, considerado en sí mismo.

⁷⁴ Remitimos con relación a diversos supuestos que han sido considerados ya sea por la doctrina o por la jurisprudencia como casos de dolo susceptibles de anular el matrimonio con ese fundamento, a lo dicho al respecto en nuestro trabajo El consentimiento matrimonial, cit., págs. 200 y sigs.

⁷⁵ Conf., Méndez Costa, María Josefa, Derecho de Familia, cit., t. I, pág. 154, n° 30, b.6); y "Consideraciones sobre el consentimiento matrimonial en la proyectada reforma de la ley 2393", L.L., 1987-A-1079, b).

LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA INTERVENCIÓN DE COSAS Y DE CIERTAS ACTIVIDADES EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL

Félix A. Trigo Represas

I. INTRODUCCIÓN

El Proyecto de reformas de 1999, se ocupa de los daños causados por cosas y actividades peligrosas, en la Sección Décima del Capítulo I ("Responsabilidad civil") de su Título IV, Libro Cuarto, intitulada: "*Responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades*", estableciendo como principio general en su art. 1661 lo siguiente: "*Hecho de las cosas y actividades. Toda persona responde por el daño causado con intervención de cosas de las que se sirve o tiene a su cuidado, o por la realización de actividades especialmente peligrosas*".

El acápite de la norma se refiere pues genéricamente a perjuicios producidos "*con intervención de cosas*" o "*por la realización de actividades*", pero sin calificar a las mismas de ninguna manera. Mas luego en el texto se precisa ya expresamente con relación a las "*actividades*", que se está aludiendo sólo a las que son "*especialmente peligrosas*"; en tanto que el subsiguiente art. 1662 se ocupa de las cosas riesgosas, las que en tanto tienen "*aptitud para causar daños frecuentes o graves*", habrán de constituirse por ello mismo, sin duda, en una de las principales fuentes productoras de perjuicios a terceros.- Sin embargo la verdad es que, en definitiva, en la mencionada Sección Décima del Capítulo I, Título IV, Libro Cuarto, el Proyecto estructura dos regímenes distintos para los daños causados con intervención de cosas, según sean o no riesgosas; y otros tantos para los provocados por "*actividades*", teniendo en cuenta que revistan o no la condición de "*especialmente peligrosas*". De todo lo cual pasamos a ocuparnos a continuación.

II. DAÑOS CAUSADOS POR INTERVENCIÓN DE COSAS DE LAS QUE UNO SE SIRVE O TIENE A SU CUIDADO

a) *Los distintos supuestos y sus pautas.*- Cuando se trata de daños causados con intervención o participación de cosas, el proyecto comienza por formular un distingo entre “cosa riesgosa”, “la que tiene en sí misma aptitud para causar daños frecuentes o graves, por sus propias calidades, o por las circunstancias en que es utilizada” (art. 1662), y “cosa sin riesgo propio”, que es la “que carece de riesgo en los términos del art. 1662” (art. 1667, primer párrafo); para luego sobre esa base estructurar dos distintos sistemas de responsabilidad, con mayores o menores posibilidad de liberación según se trate de uno u otro supuesto.

Así, tratándose de daños causados con intervención de “cosas riesgosas”, la liberación del sindicado como responsable sólo habrá de ser factible “si prueba que la causa del daño es la culpa del damnificado”, no siendo “invocables como eximentes... el caso fortuito, el hecho de un tercero, ni cualquier otra causa ajena” (art. 1666); mientras que si se trata de una “cosa sin riesgo propio”, el presunto responsable podrá liberarse “total o parcialmente, si prueba haber actuado con diligencia a cuyo fin debe haber adoptado las medidas de prevención razonablemente adecuadas” (art. 1667, último párrafo). De manera que resulta verdaderamente importante precisar cuándo se trata de daños causados con cosas “riesgosas” y cuándo con las que no lo son, en orden esencialmente a la responsabilidad que puede resultar en cada uno de esos casos.

b) *El distingo entre cosas riesgosas y cosas sin riesgo propio.* Ahora bien, en rigor el Proyecto ha tomado partido por una de las posturas doctrinarias sostenidas en la interpretación del vigente art. 1113, segundo párrafo, de nuestro Código Civil, que diferencia el supuesto de detrimento causado «con» una cosa del provocado «por» el riesgo o vicio de la misma, ocurriendo a un distingo propiciado tiempo atrás por Georges Ripert¹, entre: cosas que *normal o habitualmente no son peligrosas*, hi-

¹Ripert, Georges «nota» en Dalloz Périodique, 1925, 1a., parte, p. 5; idem «La règle morale dans les obligations civiles», 3a. ed., Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1935, p. 241, n° 124; Ripert, Georges - Boulanger, Jean «Tratado de derecho civil según el Tratado de Planiol», trad. de Delia García Daireaux, Bs. As., ed. La Ley, 1965, t. V, p. 128, n° 1047. Al

pótesis en la cual se encuadraba al daño ocasionado «con» la cosa; y las que *sí son peligrosas* o que por sí mismas resultan aptas para provocar la contingencia de un daño o generar riesgos, en cuyo supuesto se entiende que el perjuicio ha sido ocasionado «por» el riesgo o vicio de la cosa².

Empero ello impone que en cada caso se deba examinar la probable idoneidad de la cosa para generar “riesgos”; máxime teniendo en cuenta que el propio art. 1662 del Proyecto considera peligrosas a las cosas que tienen “aptitud para causar daños frecuentes o graves”, no sólo en razón de “sus propias calidades”, sino también “por las circunstancias” en que son utilizadas. Todo lo cual está muy lejos, por cierto, de ser una tarea sencilla.

En efecto, se observa ante todo que “se considera cosa riesgosa a la que tiene en sí misma aptitud para causar daños frecuentes o graves” (art. 1662), o sea que para tal caracterización se han adoptado dos ideas rectoras: frecuencia o gravedad en la causación de perjuicios, las que pueden ser utilizadas en forma acumulativa o indistinta; ya que la circunstancia de aparecer ambas voces unidas por la conjunción disyuntiva “o”, gramaticalmente sirve para señalar la existencia de juicios u oraciones de valor independiente que entre sí se rechazan, lo que denota la alternatividad.

parecer, con anterioridad habría sido sostenido idéntico criterio por A. Esmein, en una nota suya aparecida a fines del siglo pasado en Sirey, 1899, 1a. parte, p. 497. Por lo demás este criterio fue luego adoptado en el «Common law» de los países anglosajones, al ocuparse concretamente de la responsabilidad por los productos elaborados.

²Borda, Guillermo A. «La reforma del Código Civil: responsabilidad extracontractual», en El Derecho, v. 30, p. 812, n° 4c); López Olaciregui, José María «Esencia y fundamento de la responsabilidad civil», en «Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones», Depalma, Bs.As., 1978, vol. 11, ps. 956 y sig., n° 86; Orgaz, Alfredo «El daño ‘con’ y ‘por’ la cosa» en L.L. 135-1598, n° II 2-b); idem «La culpa (actos ilícitos)», Córdoba, Lerner, 1970, ps. 198 y sig., n° 7 y ps. 201 y sig., n° 75-a); Pizarro, Ramón Daniel «Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de la cosa», Bs. As., ed. Universidad, Bs. As., 1983, ps. 315 y ss., n° 1-IV-a) y ps. 333 y ss., n° 6; Raffo Benegas, Patricio-Sassot Rafael A. «Responsabilidad objetiva (art. 1113 del Código Civil)», en J.A. Doctrina 1970, p. 777; Ramella, Anteo F. «El daño causado con la cosa y el daño causado por el riesgo o vicio de la cosa» en «Juris», Rosario, vol. 33, ps. 205 y ss.; Ramírez, Jorge O. «Indemnización de daños y perjuicios», Bs. As., Hammurabi, 1981, t. 1, ps. 40 y ss.; Salas, Acdeel E. «La responsabilidad en la reforma del Código Civil» en J.A. Doctrina 1969, p. 431, n° 40 y en «Obligaciones, contratos y otros ensayos», Bs. As., Depalma, 1982, ps. 391 y sig., n° 40; Zavalá de González, Matilde M. «Responsabilidad del patrón y del dueño o guardián de una cosa inanimada» en J.A. 1980-IV, ps. 750 y sig., n° 3; idem «Daños con las cosas y por el riesgo o vicio de la cosa» en J.A. 1983-IV, ps. 640 y ss., n° VI; idem «Daños causados por el riesgo de la cosa y por una conducta riesgosa» en L.L. 1983-D, ps. 116 y ss., especialmente n° III; idem «Responsabilidad por riesgo. El nuevo artículo 1113», Bs. As., Hammurabi, 1987, ps. 58 y sig., § 10; CSN, 20/10/92, «Coria c/ Efea», L.L. 1993-C-389; Cám.

Pero evidentemente no habrá de ser la misma la situación si concurren sumadas ambas pautas, lo cual brindaría un marco de razonable certeza; que cuando se trate de la aplicación indistinta de una u otra de aquéllas, las que por cierto no tienen la misma significación y pueden por ende conducir a soluciones distintas y quizá contrapuestas, según cual fuere la toma en consideración.

Vemos así que cuando se trata de la "frecuencia", lo aludido es una repetición o reiteración de sucesos dañosos en determinados períodos de tiempo³, de forma que por su índole propiamente cuantitativa, resulta algo susceptible de ser apreciado con cierta objetividad. Mientras que por el contrario, la gravedad, magnitud o intensidad de tal o cual perjuicio, constituyen grados o calidades más imprecisos o difusos, que por ello mismo no pueden ser reducidos simplemente a un mero cálculo o medida, sino que requieren de una adecuada apreciación o estimación subjetiva; máxime si se tiene en cuenta que no resulta claramente del texto que nos ocupa, y sin dudas no puede ser lo mismo, si lo requerido es algo que resulte "grave" para todo el mundo o al menos para la generalidad de las personas, o si bastaría con que lo fuese en concreto para el propio damnificado, en cuyo caso a su turno habría entonces que entrar en nuevas disquisiciones, atento que por ejemplo una misma lesión al cuerpo humano, puede sin embargo resultar más o menos grave según que afecte o no a las tareas u ocupación habituales de la víctima; etc, etc. O sea en suma, que en los

Nac. Federal, Sala Ia. Civ. Com., 3/4/73, «Entel c/ Ibañez», L.L. 150-663; Cam. Fed. La Plata, Sala Ia., 3/5/74, «Toraya c/ Agua y Energía», E.D. 56-525; Cám. Fed. Córdoba, Sala Civ. y Com., 7/6/73, «Aguirre de Marín c/ Ind. Mecánicas del Estado», L.L. 153-238 y J.A. 19-1973-729; id., 10/12/70, «Entel c/ Soc. Cruz del Eje Refrescos», L.L. 141-31; Cám. Nac. Trab., Sala V, 27/4/88, «Lantín c/ Peldaño SRL», L.L. 1988-D-170 y Der. Trab. 1988-B-1.847; idem Sala VII, 3/5/89, «Escobar c/ Efea», Der. Trab. 1989-A-323 y Doctr. Jud. 1989-1-917; idem Sala VIII, 7/3/91, «Morales c/ Scian SA», Der. Trab. 1991-A-899 y Doctr. Jud. 1991-2-103; Cám. Nac. Civil, Sala A, 20/9/77, «Rodríguez de Migliore c/ F.C. Argentinos», E.D. 79-317; idem Sala B, 4/3/74, «El Mundo Cia. de Seg. c/ Río de la Plata SA», L.L. 154-321 y E.D. 54-500; id. Sala E, 3/5/91, «Boido c/ Sampaulo», L.L. 1992-B-535; id. Sala F, 13/8/74, «Rodríguez González c/ Lucio», E.D. 58-280, sum. n° 37; Corte Just. Sala, Sala III, 17/5/74, «Zamar c/ Tinto», rep. L.L. v. XXXVII, p. 432, sum. 397; Trib. Trab. Junín, 20/3/72, «Molla c/ Agro Aéreo Junín», E.D. 43-317; Juzg. Civil N° 1 San Isidro, 7/10/69, «India c/ Toscanini», Sensus, año II, n° 6, p. 465; Cám. Paz Córdoba, Sala 3a., 7/2/73, «Borgatello c/ Miguel», J.A. Reseñas 1974, p. 553, n° 32; etc.

³ Cám. Nac. Civil, Sala H, 8/5/97, "R., J. C. c/ Pignataro", L.L. 1997-E-836; id. 29/5/97, "S., J. B. c/ Espejar SA", L.L. 1999-C-722 (41.436-S).

supuestos en que para establecer la calidad de riesgosa de la cosa de que se trate, se tome como exclusivo elemento de caracterización a la "gravedad" del daño, habrá de quedar para la labor de hermenéutica, un amplio margen para el discrecionalismo judicial.

Por otra parte, según ya lo señaláramos en otras oportunidades, lo cierto es que el distingo entre cosas riesgosas y las que no lo son, no parece suficientemente satisfactorio. Damos por aceptado, como no puede ser de otra forma, que existen cosas que por su propia naturaleza son peligrosas: aquéllas de cuyo empleo aun normal o conforme con su estado natural, se puede generalmente derivar un peligro para las personas; tal como ocurre por ejemplo con la energía nuclear o la eléctrica, o con los explosivos, que tienen todos una potencialidad dañosa *per se*, con prescindencia del medio en el cual se utilicen y de las circunstancias que los rodeen⁴. Pero sin embargo advertimos que tampoco cabe dejar de lado, el hecho de que las circunstancias fácticas pueden incrementar las posibilidades de dañosidad de una cosa, como ocurre si los materiales radiactivos o conductores de electricidad se utilizan sin la correspondiente aislación, o si los explosivos se exponen al calor o al fuego; y a la inversa *también pueden aminorarse y hasta aniquilarse aquéllas, como sucedería* verbigracia en el caso de los explosivos si se humedece o moja la pólvora, o si se tiene un arma de fuego pero descargada⁵; etc. Y como contrapartida, cosas que en sí no revisten ninguna especial peligrosidad y que parecen completamente inofensivas, como una silla o un tiesto de flores, pueden resultar idóneas para generar un riesgo y provocar perjuicios⁶, si la primera, por tener un clavo salido, llega a herir a quien se sienta en ella⁷, o si la maceta ha sido colocada en un balcón de forma tal que pueda llegar a caer

⁴ Pizarro, ob. cit., p. 344; Zavala de González «Daños con las cosas...» cit. en J.A. 1983-IV, p. 641, n° VI; Garrido, Roque - Andorno, Luis O. «El artículo 1113 del Código Civil. Comentado. Anotado», Bs. As. Hammurabi, 1983, p. 309, letra i).-

⁵ S.C.B.A., 13/9/88, «Suárez de Ottina c/ Santini», L.L. 1989-C-630, Jurispr. Agrup. n° 6193.

⁶ S.C.B.A., 12/10/93, «Gerez c/ Relimar SA», L.L. 1993-E-579 y D.J.B.A. 145-7.063; id., 13/4/93, «A., E. R. c/ Montenegro», L.L. 1993-C-140; Cám. Nac. Especial Civ. Com., Sala Va., 30/6/88, «Brenner c/ Pérez y Rando SA», L.L. 1989-A-508.

⁷ Caso resuelto por la Sala F de la Cám. Nac. Civil el 12/8/71, «Romero de López c/ Lavalle 827 SRL», L.L. 146-647 y E.D. 39-505.

a la vereda y lesionar a un transeúnte⁸. Siendo por ello que tampoco se discute entre nosotros que no es requisito del hecho de la cosa su *movimiento*, ya que hay cosas inertes que en virtud «de su *posición* en el momento del daño, aparecen no obstante como la causa de éste»⁹, tal como ocurre con un montículo de tierra u otro obstáculo en una ruta, o el automóvil estacionado fuera de la banquina, o el foso donde puede caer una persona, etc.; aunque en estos casos la probabilidad causal pueda ser menor que si se tratase de cosas en movimiento¹⁰.

Por todo ello es que reiteramos algo que ya sostuviéramos con anterioridad: que más que atenerse *in genere* a la intrínseca naturaleza -peligrosa o inofensiva- de las cosas, lo que corresponde tener en cuenta es si, de acuerdo a las circunstancias concretas del caso dado, puede considerarse a la «cosa» en cuestión como generadora de un «riesgo» en el que pueda ser comprendido el daño sufrido por la víctima¹¹; pues lo esencial y

⁸ Supuesto contemplado en el art. 1119, último párrafo, de nuestro Cód. Civil. En igual sentido: Alterini, Atilio Anfbal «Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil», Bs. As., Abeledo-Perrot, 1970, p. 119, n° 142; Alterini, Atilio Anfbal - Ameal, Héctor J. - López Cabana, Roberto M. «Derecho de obligaciones. Civiles y comerciales», Bs. As., Abeledo-Perrot, 1995, p. 203, n° 474 y ps. 709, n° 1730; Bianchi, Enrique Tomás «Daños por el hecho del hombre y por el hecho de la cosa», en J.A. 20-1973, p. 269, letra b), n° 3; Brebbia, Roberto H. «Problemática jurídica de los automotores», Bs. As., Astrea, 1982, t. I, ps. 59 y sig., § 7; Orgaz «La culpa» cit., p. 201, n° 76-a) y nota 24; Raffo Benegas - Sassot «Responsabilidad objetiva» cit. en J.A. Doctrina 1970, p. 777; Salas, ob. cit. en J.A. Doctrina 1969, p. 431, n° 40 y en «Obligaciones, contratos y otros ensayos» cit., p. 392, n° 40; 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. As., Ejea, 1962, t. 2, vol. I, p. 272, n° 1.238; Cám. Nac. Civil, Sala C, 3/9/76, «Cora c/ Gatto», L.L. 1977-C-639 (34.201-S); idem Sala B, 2/8/79, «Varena Nelso c/ Consorcio Propietarios», E.D. 85-473; Cám. Nac. Esp. Civ. y Com, Sala IV, 26/2/79, «Basman c/ García Currieses», J.A. 1979-II-584; etc.

⁹ Llambías, Jorge Joaquín «Tratado de derecho civil. Obligaciones», Bs. As., Perrot, 1976, t. IV-A, ps. 471 y sig., n° 2574; Zavala de González, «Responsabilidad por riesgo...» cit., p. 56, § 9; CSN, 1/12/92, «Pose c/ Pcia. de Bs. Aires», L.L. 1994-B-434; Cám. Nac. Civil, Sala A, 7/8/92, «Cabrera c/ Pecaró», L.L. 1993-A-301 y J.A. 1993-I-322; Cám. Civ. Com. Azul, 1/7/97, «Gómez c/ Munic. Benito Juárez», L.L. Bs. As. 1997-1370; Cám. 1ª. Civ. Com. Mar del Plata, Sala I, 6/6/96, «B. P., C. E. C/ Equitel SA», L.L. Bs. As. 1997-724 y J.A. 1997-II-192; Cám. Civ. Com. Morón, Sala II, 5/2/87, «Altamirano c/ Cerámica Martín», L.L. 1987-D-873; Cám. 1ª. Civ. Com. Córdoba, 26/8/96, «Mármora c/ Gazzzone», L.L. Córdoba. 1997-425; Cám. Civ., Com., Flia. y Trab. Río Tercero, 15/10/98, «Sandrone c/ Munic. de Hernando», L.L. 1999-C-740 (41.498-S); etc.

¹⁰ C.S.N., 19/11/91, «O' Mill c/ Pcia. de Neuquén», E.D. 147-459; Cam. Fed. La Plata, Sala IV, 15/10/92, «Esteban c/ Efea», L.L. 1993-A-175.

¹¹ S.C.B.A., 5/11/96, «Puppo c/ Manrique Soto», L.L. Bs. As. 1997-123; íd. 24/9/96, «Paz c/ Munic. Tigre», D.J.B.A. 151-6.643; Cám. Civ. Com. Azul, 1/7/97, «Gómez c/ Munic. Benito Juárez», L.L. Bs. As. 1997-1370; Cám. Nac. Civil, Sala D, 14/10/98, «Üreta Saenz Peña de Bonomi c/

decisivo es la *incidencia causal de la misma* en el resultado nocivo, al margen de su abstracta condición o no de cosa «*riesgosa*»¹², al punto que inclusive se ha podido decir que «no hay cosas peligrosas o no peligrosas en sí, sino que la tal peligrosidad depende de una situación jurídica integrada por la cosa y la particular circunstancia en que se originó el daño»¹³. O sea que no se trata en suma propiamente de tipificar a una cosa de peligrosa o no *per se*, sino de considerar *ex post facto*, después de acaecido el hecho dañoso, *de que manera se produjo el perjuicio y si la cosa por sí sola era o no idónea para provocarlo, podía o no normal o regularmente llegar a producirlo, de acuerdo al curso natural y ordinario de los acontecimientos* -art. 901 Cód. Civil-¹⁴. Vale decir en suma que nos enfrentamos a un problema de *relación de causalidad*, y por ello no interesa tanto «*como es*» la cosa, sino más bien «*de que manera*» intervino ella, que rol le cupo, en la producción del resultado perjudicial¹⁵.

Volviendo ahora al Proyecto, cabe ante todo destacar que en su art. 1662 «*se considera cosa riesgosa a la que tiene en sí misma aptitud para causar daños frecuentes o graves, por sus propias calidades, o por las circunstancias en que es utilizada*», como así que las cosas «*sin riesgo propio*» de su art. 1667, han sido definidas *a contrario sensu* como las que «*carece(n) de riesgo en los términos del artículo 1662*»; todo lo cual en definitiva implica que en tales normas se ha receptado también el valor de la *incidencia causal de la cosa* en el resultado nocivo, atento que en verdad lo

Bacigalup de Giménez», L.L. 1999-B-707; ídem Sala L, 7/6/95, «Barbieris c/ Munic. Bs. As.». -E.D. 169-282 y L.L. 1997-A-350 (39.194-S); íd. 27/2/95, «Lypka c/ Carrefour Argentina SA», J.A. 1996-I-185; etc.

¹² Trigo Represas, Félix A. en Cazeaux, Pedro N. - Trigo Represas, Félix A. «Derecho de las obligaciones», 3ª. ed., La Plata, Platense, 1996, t. V, p. 253, n° 2728.

¹³ Boffi Boggero, Luis María «Tratado de las obligaciones», Bs. As., Astrea, 1985, t. 6, p. 103, § 2161; Cám. Nac. Civil, Sala H, 26/3/97, «Ryan Tuccillo c/ Cencosud SA», L.L. 1998-E-611 y E.D. 178-389.

¹⁴ Betti, Emilio «Teoría general de las obligaciones», trad. José Luis de los Mozos, Madrid, ed. Revista de Derecho Privado, 1969, t. I, p. 149; Orgaz, Alfredo «El daño resarcible», 2ª. ed., Bs. As., ed. Bibliográfica Omeba, 1960, ps. 69 y ss., n° 19; Cám. Nac. Civil, Sala H, 26/3/97, «Ryan Tuccillo c/ Cencosud SA», L.L. 1998-E-611 y E.D. 178-389; íd. 8/5/97, «R., J. C. c/ Pignataro», L.L. 1997-E-193; etc.

¹⁵ S.C.B.A., 12/10/93, «Gerez c/ Relimar», L.L. 1993-E-579 y D.J.B.A. 145-7.063; íd. 13/4/93, «A., E. R. c/ Montenegro», L.L. 1993-C-140; íd. 11/12/86, «Roldán c/ Hierrosid SACI», Ac. y Sent. 1986-IV-327; Sup. Trib. Corrientes, 2/12/87, «López c/ Empr. Viajes y Turismo Enco», L.L. 1988-D-340; Cam. Nac. Civil, Sala C, 18/9/87, «Niesi c/ Construcciones Riocor SA», J.A. 1988-IV-304.

relevante a los fines de establecer su "peligrosidad", resultan ser a la postre "las circunstancias" concretas de su utilización y no "sus propias calidades". Pero no obstante no podemos silenciar que de esa manera, al insistirse en el inadecuado distingo entre daños causados por "cosas riesgosas" y "cosas sin riesgo propio", se incurre ante todo en un error conceptual, ya que resulta contradictorio hablar de una cosa "que tiene en sí misma aptitud para causar daños... por las circunstancias en que es utilizada", y por sobre todo que se pretende seguir desconociendo que la cuestión constituye en realidad, un específico problema de *relación de causalidad*.

c) *Sujetos responsables*. Sobre este punto todo lo que corresponde decir, es que el Proyecto mantiene en definitiva la solución de nuestro derecho vigente.

En efecto, ante todo se establece en el primer párrafo de su art. 1664 la responsabilidad del "guardián" de la cosa riesgosa, que es "quien ejerce, por sí o por terceros, un poder de hecho sobre la cosa, o se sirve de ella"; expresiones éstas evidentemente inspiradas en las contenidas en el primitivo texto del art. 1.113 de nuestro Código Civil, hoy su primer párrafo, cuando habla de la responsabilidad "por las cosas de que (uno) se sirve, o que tiene a su cuidado". Y además en el segundo párrafo del proyectado art. 1664, se añade también que: "El dueño responde concurrentemente si se ha desprendido voluntariamente de la guarda y la cosa es usada conforme a su voluntad expresa o tácita"; con lo que se acepta el criterio mayoritario de nuestra doctrina¹⁶ y jurispruden-

¹⁶ Alterini, Ameal y López Cabana, ob. cit., ps. 705 y sig., n° 1.726 bis; De Vertiz, Ricardo J. "Accidentes de tránsito", Bs. As. Ediar, 1969, p. 345, N° 122; Borda, Guillermo A., ob. cit. en E. D. t. 30, p. 812, n°s. 4 y ss.; idem «Tratado de derecho civil. Obligaciones», 5ª. ed., Bs. As., Perrot, 1983, t. II, ps. 327 y s., n° 1439; Garrido, Roque - Andorno, Luis O. «Reformas al Código Civil», 2a. ed., Bs. As., 1971, Víctor P. de Zavalía, p. 231; Lafaille, Héctor «Tratado de las obligaciones», Bs. As., Ediar, 1950, t. II, ps. 398 y ss., n° 1.327; Llambías «Trat. Obligaciones» cit., t. IV-A, ps. 561 y ss., n°s. 2615-2616; idem ob. cit. en J.A. Doctrina 1969, p. 59, n° 15-II-f); Mosset Iturraspe, Jorge «Responsabilidad por daños», Bs. As., Ediar, 1971, t. I, ps. 313 y ss., n° 109-d); idem «Colisión de automotores» cit. en J.A. 1977-III, ps. 325 y ss., n° 5-a); Moyano, Juan Agustín «nota bibliográfica» sobre el libro «Actos ilícitos» de Henoch D. Aguiar, en J.A. t. 58, secc. bibliografía, p. 17; Salas, Acdeel E. «Responsabilidad por los daños causados por las cosas», Bs. As., Valerio Abeledo, 1945, ps. 74 y ss., n° 43; idem «El responsable por los daños causados por las cosas» en J. A. 74, p. 750; idem «Responsabilidad por el hecho de las cosas: ensayo sobre la esfera de aplicación de los arts. 1113 y 1133 del Cód. Civil» en J.A. t. 73, secc. doctrina, ps. 73 y ss.; id. «La responsabilidad en la reforma...» cit. en J.A. Doctrina 1969, p. 432, n° 41-E; Spota, Alberto G. «Sobre las reformas al Código Civil», Bs. As., Depalma, 1969, p. 23; ídem «La responsabilidad indistinta del dueño y del guardián de la cosa dañosa» en J.A. 1965-III, p. 455.-

cia¹⁷, que sostiene la responsabilidad indistinta o concurrente del dueño y del guardián de la cosa, cuando ambas calidades recaen separadamente sobre personas distintas.

d) *Posibilidades de liberación de los sindicatos como responsables*. Ya se ha anticipado que sobre el respecto el Proyecto prevé un régimen dual: responsabilidad casi ineludible tratándose de daños causados con intervención de cosas riesgosas, y posibilidad de exoneración cuando le cosa carecía de riesgo propio, mediante la prueba de la ausencia de culpa.

Lo primero resulta de lo dispuesto en el art. 1666 del Proyecto, que bajo el título "*Liberación del sindicato como responsable*", dice lo siguiente: "*Quien está sujeto a responsabilidad conforme a los artículos 1662, 1663 y 1665 sólo se libera de ella, total o parcialmente, si prueba que la causa del daño es la culpa del damnificado.- No son invocables como eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, el cumplimiento de las técnicas de preven-*

¹⁷ C.S.N., 1/12/92, «Pose c/ Pcia. del Chubut», L.L. 1994-B-434 y Zeus v. 65, Secc. Jurispr., fallo n° 9.808; íd. 28/7/87, «Giménez c/ Prefectura Naval Argentina», "Fallos" 310-1452; Cám. Nac. Civil, Sala A, 16/3/73, «Cueva c/ Cepeda», E.D. 48-505; íd. 29/8/71, «Viera c/ Picasso», L.L. 146-674 (28.749-S); ídem Sala B, 8/6/81, «López c/ Villaruel», J.A. 1982-I-31; íd. 30/9/74, «Cuñiaro c/ Cobursi», E.D. 58-347; ídem Sala C, 25/9/85, «Elías de Salaberry c/ Palomero», L.L. 1985-E-131; íd. 28/3/85 «Campos de Caruso c/ Rubember», L.L. 1985-C-471; íd. 26/4/83, «Bloomfield c/ Autopistas Urbanas SA», E.D. 104-746; íd. 22/8/77, «Moretti c/ Mastrocolo», J.A. 1977-III-176; íd. 23/6/76, «Rogacz c/ Sanz», E.D. 68-358; ídem Sala D, 8/10/81, «Lascano c/ Rivadavia Construcciones SA», L.L. 1982-D-239 y E.D. 97-213; íd. 3/12/79, «Haro de Domínguez c/ Osvaldo Rigamonti S.A.», L.L. 1980-D-77; íd. 13/9/78, «Ramírez c/ Moledo Fernández», L.L. 1979-B-38; ídem Sala F, 25/6/82, «Feldman c/ Consorcio Prop. Echeverría - 2109», L.L. 1982-B-568; íd. 16/2/79, «La Nación Cía. Seg. c/ Paludi», L.L. 1979-B-559 y J.A. 1979-II-572; ídem Sala G, 19/5/82, «Laviaguerre c/ Jutarde», E.D. 100-179; Cám. Nac. Especial Civ. Com., Sala VI, 15/5/78, «Fernández c/ Gutiérrez», J.A. 1978-II-475; Cám. Nac. Paz, Sala II, 24/4/72, «Olimpia Cía. Seg. c/ Mirabella», J.A. 15-1972, p. 70; S.C.B.A., 17/11/92, «Rossi c/ Rivero», J.A. 1993-II-320 y D.J.B.A. 144-551; íd. 23/10/90, «Moroni c/ Bilbao», L.L. 1991-A-336 y D.J.B.A. 141-3.241; íd. 8/4/80, «Hermosilla c/ Club Atl. y Social Minist. Obs. Públicas», D.J.B.A. 118-318; íd., 10/12/79, «Nafe c/ Oderiz», E.D. 87-306; Cám. 1a. Bahía Blanca, 7/11/72, «Cobrerros c/ Valles de Bermúdez», L.L. 150-718 (30.160-S); Cám. Ap. Junín, 20/4/80, «Rodrigo c/ Mango», D.J.B.A. 121-177; Trib. Sup. Córdoba, Sala Civ., Com. y Cont. Adm., 8/5/84, «Bracco c/ Martinotti», L.L. 1984-C-518; Cám. 5a. Civ. Córdoba, 29/8/80, «Martínez c/ Molina», J.A. 1981-I-348; Cám. Civ. y Com. Río Cuarto, 28/3/85, «Sánchez c/ Flores», L.L. Córd. 1985-635; S.C. Mendoza, Sala I, 2/9/89, «Filiti c/ Mercado», L.L. 1989-B-332; Cám. Civ. Com. Stá. Fe, Sala II, 6/6/5, «La Unica Coop. Seg. c/ Milocco», J.A. 1976-II-332; Cám. 2a. Civ. Com. Paraná, Sala 2a., 29/10/93, «Chwe Chang Ik c/ Empr. Constructora Luis Losi», Zeus v. 64, Secc. Jurispr., fallo n° 9.651; etc.

ción, el caso fortuito, el hecho de un tercero, ni cualquier otra causa ajena". En verdad nos parece excesiva e inexplicable¹⁸ esta responsabilidad casi irrefragable, que no puede obviarse ni con la prueba de: "el caso fortuito, el hecho de un tercero, ni cualquier otra causa ajena"; ya que si la causal de fuerza mayor resulta ser "exterior" a la cosa y totalmente ajena a "su" propio riesgo o aptitud para causar daños, es evidente entonces que éstos en realidad no han sido ocasionados por la "cosa riesgosa" sino por esa causa extraña¹⁹. Y siendo ello así, acreditadas cualesquiera de dichas causales, como bien lo apunta Llambías "se rompe la relación de causalidad entre la cosa y el daño"²⁰, por cuanto la actuación de la causa ajena "interrumpe" la necesaria conexión fáctica que debe mediar entre el riesgo de la cosa y el perjuicio²¹; de forma tal que más que de causales de exención de una responsabilidad presumida, corresponde en realidad hablar de "circunstancias que impiden la configuración de la responsabilidad civil", precisamente por no llegar a concretarse el indispensable "vínculo de causalidad adecuado entre el riesgo... de la cosa y el daño"²².

¹⁸ Por otra parte nada se dice sobre el respecto en los "Fundamentos" del Proyecto (ed. Abeledo-Perrot citada, ps. 102 y sigte., n° 263).

¹⁹ Alterini, Atilio A. "Responsabilidad civil" cit., p. 118, n° 140; Borda, Guillermo A. "La reforma de 1968 al Código Civil", Bs. As., Perrot, 1971, ps. 214 y ss., n° 138-b) y c); Bustamante Alsina, Jorge "Teoría general de la responsabilidad civil", 9ª. ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1997, p. 421, n° 1067; Garrido, Roque - Andorno, Luis O. "Reformas al Código Civil. Ley 17.711 comentada", Bs. As., Víctor P. de Zavalía, 1968, t. I, p. 252; Garrido, Roque F. "La responsabilidad objetiva" en J.A. Doctrina 1969, p. 82; Mosset Iturraspe "Responsabilidad por daños" cit., t. I, ps. 218 y ss., n° 138-b); Orgaz "La culpa" cit., ps. 261, n° 105-e) y 263 y ss., n° 106; ídem "El daño 'con' y 'por' la cosa" cit. en L.L. t. 135, ps. 1596 y ss.; Salas, "La resp. en la ref. del C. Civil" cit. en J.A. Doctrina 1969, p. 432, n° 42 y en "Obligaciones, contratos y otros ensayos" cit., ps. 395 y ss., n° 42; Trigo Represas en Cazeaux-Trigo Represas, ob. cit., t. V, p. 273, n° 2737; Cám. Nac. civil, sala A, 11/10/74, "Mañosas de Belgiorio c/ Cabaña", L.L. 1975-A-364; ídem Sala B, 11/3/75, "Consorcio Rivadavia 251-59 c/ Alonso", E.D. 61-403; ídem Sala C, 21/9/89, "Romero c/ Lazzaretti", L.L. 1990-A-677 (38.125-S); ídem Sala F, 12/6/74, "Castagnari c/ Avendaño", E.D. 56-451; ídem Sala G, 4/8/86, "Massaccesi c/ Munic. Cap. Fed.", L.L. 1987-A-245; Cám. 1ª. Civ. Com. San Isidro, Sala II, 20/3/73, "Marana c/ Club Atl. San Isidro", J.A. 20-1973-564; Cám. Civ. Com. Mercedes, 29/11/77, "Casolini c/ Lofeudo", L.L. 1978-B-185 y E.D. 80-751; Cám. Civ. Com. Mar del Plata, Sala I, 28/7/88, "Goytic c/ Angeleri", L.L. 1989-C-633, Jurispr. Agrup. n° 6208; Cám. Civ. Com. Río Cuarto, 4/3/91, "Giorda c/ Capetini", L.L. Córdoba 1992-746; Cám. Fed. Tucumán, 30/3/77, "Martínez Zavalía c/ F.C. Argentinos", J.A. 1978-II-410; etc.

²⁰ Llambías "Tratado... Obligaciones" cit., t. IV-A, p. 633, n° 2652 *in fine*.

²¹ Pizarro "Resp. civil por el riesgo o vicio de la cosa" cit., p. 467, n° 8-a).

²² Brebbia, Roberto H. "Problemática jurídica de los automotores", Bs. As., Astrea, 1982, t. Ips. 134, § 3 y 261, § 8; Bustamante Alsina "Teoría gral. de la resp. civil" cit., p.421, n° 1066;

Siendo en razón de todo ello, que a pesar de que el vigente texto del art. 1113 de nuestro Código Civil no menciona al "caso fortuito", como eximente de la responsabilidad derivada del "riesgo" de las cosas, la casi totalidad de nuestra doctrina y jurisprudencia se ha inclinado sin embargo a aceptar la eficiencia liberatoria de dicha causal, siempre que la fuerza mayor sea exterior a la cosa y por completo extraña a su riesgo o vicio²³.

Pero además en la norma proyectada, la única causal liberatoria de responsabilidad es la prueba de «que la causa del daño es la culpa del damnificado»; en tanto que la tendencia más reciente entre nosotros ha venido a considerar que, para que funcione tal causal de eximición lo que interesa verdaderamente, es la idoneidad de la actuación de la víctima para producir el evento dañoso, con independencia de que tal conducta pudiese o no ser calificada de culposa²⁴.

Garrido, Roque - Andorno, Luis O. "El art. 1113 del Código civil. comentado. Anotado", Bs. As., Hammurabi, 1983, ps. 466 y ss., § 31-a) y 477, § 32-I; Kemelmajer de Carlucci, Afda en el "Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado" de Augusto C. Belluscio y Eduardo A. Zannoni, t. 5, ps. 390 y ss., § 73-a); Pizarro "Resp civil por el riesgo o vicio de la cosa" cit., p. 467, n° 8-a); Trigo Represas en Cazeaux-Trigo Represas, ob. cit., t. V, p. 271, n° 2736; etc.

²³ Alterini, Atilio A. "Responsabilidad civil" cit., p. 118, n° 140; Borda, Guillermo A. "La reforma de 1968 al Código Civil", Bs. As., Perrot, 1971, ps. 214 y ss., n° 138-b) y c); Bustamante Alsina "Teoría gral. de la resp. civil" cit., p. 421, n° 1067; Garrido, Roque - Andorno, Luis O. "Reformas al Código Civil" cit., ed. 1968, t. I, p. 252; Garrido "La responsabilidad objetiva" cit. en J.A. Doctrina 1969, p. 82; Mosset Iturraspe "Responsabilidad por daños" cit., t. I, ps. 218 y ss., n° 138-b); Orgaz "La culpa" cit., ps. 261, n° 105-e) y 263 y ss., n° 106; ídem "El daño 'con' y 'por' la cosa" cit. en L.L. t. 135, ps. 1596 y ss.; Salas, "La resp. en la ref. del C. Civil" cit. en J.A. Doctrina 1969, p. 432, n° 42 y en "Obligaciones, contratos y otros ensayos" cit., ps. 395 y ss., n° 42; Trigo Represas en Cazeaux-trigo Represas, ob. cit., t. V, p. 273, n° 2737; Cám. Nac. civil, sala A, 11/10/74, "Mañosas de Belgiorio c/ Cabaña", L.L. 1975-A-364; ídem Sala B, 11/3/75, "Consorcio Rivadavia 251-59 c/ Alonso", E.D. 61-403; ídem Sala C, 21/9/89, "Romero c/ Lazzaretti", L.L. 1990-A-677 (38.125-S); ídem Sala D, 14/10/98, "Ureta Sáenz Peña de Bonomi c/ Bacigalupo de Giménez", L.L. 1999-B-707; ídem Sala F, 21/10/96, «Albarracín de Sotelo c/ Munic. Bs. As.», L.L. 1997-C-277; íd. 12/6/74, "Castagnari c/ Avendaño", E.D. 56-451; ídem Sala G, 4/8/86, "Massaccesi c/ Munic. Cap. Fed.", L.L. 1987-A-245; Cám. 1ª. Civ. Com. San Isidro, Sala II, 20/3/73, "Marana c/ Club Atl. San Isidro", J.A. 20-1973-564; Cám. Civ. Com. Mercedes, 29/11/77, "Casolini c/ Lofeudo", L.L. 1978-B-185 y E.D. 80-751; Cám. Civ. Com. Mar del Plata, Sala I, 28/7/88, "Goytic c/ Angeleri", L.L. 1989-C-633, Jurispr. Agrup. n° 6208; Cám. Civ. Com. Río Cuarto, 4/3/91, "Giorda c/ Capetini", L.L. Córdoba 1992-746; Cám. Fed. Tucumán, 30/3/77, "Martínez Zavalía c/ F.C. Argentinos", J.A. 1978-II-410; etc.

²⁴ S.C.B.A., 8/7/97, «Acosta c/ Tintar SA», D.J.B.A., 153-6.267; íd. 4/8/92, «De Lorenzo c/ López Camelo», D.J.B.A. 143-4.873; íd., 3/7/90, «Prestupa de Klekocz c/ Cristalería Cattorini SA», D.J.B.A., 140-742; íd. 9/8/88, «Genaro c/ Demarchi», L.L. 1989-C-630, Jurispr. Agrup. n° 6189; Cám. Nac. civil, Sala J, 18/3/97, «Wendler c/ Coamtra SA», L.L. 1997-E-836; etc.-

Por el contrario cuando se trata de daños provocados por cosas "sin riesgo propio", el segundo párrafo del art. 1667 admite la liberación total o parcial del responsable, "si prueba haber actuado con diligencia a cuyo fin debe haber adoptado las medidas de prevención razonablemente adecuadas". O sea que se acepta en este caso la posibilidad de exoneración de la responsabilidad, mediante la prueba de *la falta de culpa*; ya que de eso se trata por cierto, cuando lo que se debe demostrar es que el sujeto se comportó con la diligencia y prudencia adecuadas, conforme a la naturaleza de su obligación o deber y a las circunstancias del caso²⁵; atento que la prueba de la falta de culpa no consiste en la acreditación de hechos negativos, sino muy por el contrario en la de esos hechos positivos inversos que son su contrapartida²⁶. No obstante, de esta manera la norma proyectada se hace merecedora de la misma observación que en su momento formuláramos a la primer parte del segundo párrafo del art. 1113 de nuestro Cód. Civil, ya que si la exención de responsabilidad requiere de la prueba de que el sujeto responsable actuó "con diligencia", adoptando "las medidas de prevención razonablemente adecuadas", o sea que no medió culpa de su parte, se advierte que en este caso lo esencial es el obrar humano y que las cosas "sin riesgo propio" sólo desempeñan, a la postre, un mero papel instrumental de aquella conducta²⁷. Y además ya no se tratará de responsabilidad objetiva, dado que ella sólo existe según el art. 1606 del Proyecto, "si conforme a la ley o a la estipulación de las partes, la conducta diligente del sindicado como responsable no es suficiente para excluirla"; lo que por el contrario precisamente ocurre con los daños causados por una cosa sin riesgo propio, en cuyo caso *la liberación es*

²⁵ Mazeaud, Henri - Leon - Jean "Lecciones de derecho civil", trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Bs. As., Ejea, 1960, Parte II, t. II, ps. 121 y ss., n° 452; Salvat, Raymundo M. - Galli, Enrique V. "Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general", 6ª. ed., Bs. As., Tea, 1952, t. I, ps. 132 y ss.

²⁶ Mazeaud, ob. y loc. cit. en nota precedente; Bustamante Alsina "Teoría gral. de la resp. civil" cit., p. 351. n° 832; ídem "La Prueba de la culpa" en L.L. 99, ps. 892 y ss. y en "Responsabilidad civil y otros estudios", Bs. As., Abeledo-Perrot, 1984, ps. 430 y ss., n°s. 23 a 26; Trigo Represas, Félix A. "Casus y falta de culpa" en L.L. 1981-B, ps. 293 y ss., n°V; Zavala de González, Matilde "Daños con las cosas" en J.A. 1983-IV, p. 640, n° III-b); ídem "Responsabilidad por riesgo" cit., p. 28, § 3-b); Cám. Fed. Civ. Com., Sala III, 31/7/81, "Apezteguía c/ Maggioni", J. A. 1982-I-618; etc.

²⁷ Trigo Represas en Cazeaux-Trigo Represas, ob. cit., t. V, p. 255, n° 2729.

posible si el responsable "prueba haber actuado con diligencia, a cuyo fin debe haber adoptado las medidas de prevención razonablemente adecuadas".

e) *Específica inclusión de cuatro hipótesis en la responsabilidad por daños causados por cosas riesgosas.* Además de los principios generales sobre la responsabilidad por daños ocasionados con intervención de cosas riesgosas, el Proyecto considera comprendidos dentro de ese régimen a cuatro supuestos concretos, a los que aplica por lo tanto lo dispuesto en los arts. 1662, 1664 y 1666. Son los siguientes:

1º) *Los daños causados por residuos industriales peligrosos y por los radiactivos.* Primeramente en el art. 1663 se establece que: "Están comprendidos en el artículo anterior los residuos industriales actual o potencialmente peligrosos, y los radiactivos", y que "Se considera guardián de tales residuos, en los alcances del artículo 1664, a quien tiene a su cargo su generación, manipulación, transporte, o tratamiento y disposición final".

En rigor dicha preceptiva se fundamenta en forma inmediata en lo dispuesto en el art. 41 de la Constitución Nacional reformada en 1994, especialmente en la parte que dice: "Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos"; pero cuenta además con otros antecedentes legislativos. Tal sucede con la ley 24.051, mencionada en los propios "Fundamentos" del Proyecto, sobre «generación, manipulación, transporte, tratamiento y disposición de residuos peligrosos» (art. 1º), que considera tales a todos los que puedan «causar daño, directa o indirectamente, a seres vivos o contaminar el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general», con excepción de «los residuos domiciliarios, los radioactivos y los derivados de las operaciones normales de los buques», que se rigen por sus respectivas leyes especiales (art. 2º); la cual contiene además normas especiales sobre responsabilidad fundadas en un factor objetivo de atribución, ya que presumen «salvo prueba en contrario, que todo residuo peligroso es cosa riesgosa en los términos del segundo párrafo del art. 1113 del Código Civil, modificado por la ley 17.711» (art. 45), y establecen asimismo: a) la inoponibilidad a terceros de «la transmisión o abandono voluntario del dominio de los residuos peligrosos, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual» (art. 46); b) que «el dueño o guardián de un residuo

peligroso no se exime de responsabilidad por demostrar la culpa de un tercero de quien no debe responder, cuya acción pudo ser evitada con el empleo del debido cuidado y atendiendo a las circunstancias del caso» (art. 47); y c) que «la responsabilidad del generador por los daños ocasionados por los residuos peligrosos no desaparece por la transformación, especificación, desarrollo, evolución o tratamiento de éstos, a excepción de aquellos daños causados por la mayor peligrosidad que un determinado residuo adquiere como consecuencia de un tratamiento defectuoso realizado en la planta de tratamiento o disposición final» (art. 48). Y lo mismo ocurre con la Convención de Viena de 1963 sobre responsabilidad civil por daños nucleares, suscripta por nuestro país el 10 de octubre de 1966 y ratificada por la ley 17.048 del mismo año, cuyo régimen ha sido reiterado y ampliado en la ley 24.804, que en su art. 9º inciso c), párrafos primero y tercero, impone ante todo a toda persona física o jurídica que quiera desarrollar una actividad nuclear, es decir al “*explotador de la instalación nuclear*”, la obligación de «*asumir la responsabilidad civil que para el explotador de una instalación nuclear determina la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares, ratificada por ley 17.048, por la suma de ochenta millones de dólares estadounidenses (US\$ 80.000.000) por accidente nuclear en cada instalación nuclear*», la que a su vez «*deberá ser cubierta mediante un seguro o garantía financiera a satisfacción del Poder Ejecutivo Nacional o de quien éste designe, asumiendo el Estado Nacional la responsabilidad remanente*»; y entiende luego “*por daño nuclear, conforme lo define la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daño Nuclear, ratificada por ley 17.048 la pérdida de vidas humanas, las lesiones corporales y los daños y perjuicios materiales que se produzcan como resultado directo o indirecto de las propiedades radiactivas o de su combinación con las propiedades peligrosas de los combustibles nucleares o de los productos o desechos radiactivos que se encuentren en una instalación nuclear o de las sustancias nucleares que procedan de ella, se originen en ella o se envíen a ella; o de otras radiaciones ionizantes que emanen de cualquier otra fuente de radiaciones que se encuentren dentro de una instalación nuclear*”; agregando finalmente en su art. 31 que: “*La responsabilidad por la seguridad radiológica y nuclear, salvaguardias y protección física recae inexcusablemente en el poseedor de la li-*

encia, permiso o autorización. El cumplimiento de lo establecido en esta ley, y en las normas y requerimientos que de ellas se deriven, no lo exime de tal responsabilidad ni de hacer todo lo razonable y compatible con sus posibilidades a favor de la seguridad radiológica y nuclear, la salvaguardia y la protección física.- El titular de una licencia, permiso o autorización puede delegar total o parcialmente la ejecución de tareas, pero mantiene integralmente la responsabilidad establecida en este artículo”.

2º) *Los daños causados por animales.* La remisión la hace acá el art. 1670 del Proyecto, que reza: “*El daño causado por animales, cualquiera sea su especie, queda comprendido en el artículo 1662*”. Pero en verdad, de esa manera se mantiene en los hechos el sistema vigente de nuestro Código Civil; en el cual si bien se dedican dos capítulos distintos a los daños causados por animales y por cosas inanimadas, también se considera a los primeros “*cosas muebles*” (art. 2318), estableciéndose dos regímenes bastantes similares fundados ambos en la idea del “*riesgo*”, atento que el dueño o el guardián de un animal aprovecha de los servicios y ventajas que el mismo puede brindarle, y por lo tanto como contrapartida debe cargar con la responsabilidad por los perjuicios que pueda causar a otros²⁸.

3º) *El daño causado por el impacto de un cuerpo humano.* Este supuesto está contemplado en el art. 1671 del Proyecto, que dice: “*Daño causado por el cuerpo humano. Asimilación. La responsabilidad prevista en el art. 1662 se aplica también al daño causado por el impacto del cuerpo humano que actúe como una cosa riesgosa*”. Tratándose de una norma que carece de toda explicación en los “*Fundamentos*” del Proyecto, y que de entrada provoca además una profunda estupefacción.

²⁸ Alterini-Ameal-López Cabana, ob. cit., p. 710, n° 1732; Boffi Boggero, ob. cit., t. 6, ps. 25 y ss., § 2124; Borda “*Tratado... Obligaciones*” cit., t. II, ps. 323 y ss., n° 1432; Bustamante Alsina “*Teoría gral. de la resp. civil*” cit., ps. 441 y sigte., n°s. 1129-1131; Kemelmajer de Carlucci en el “*Cód. Civil...*” cit. de Belluscio-Zannoni, t. 5, ps. 677 y ss., § 4-d); Orgaz “*La culpa*” cit., ps. 216 y ss., n° 83; Peirano Facio, Jorge “*Responsabilidad extracontractual*”, Bogotá, Temis, 1979, p. 640, n° 328; S.C.B.A., 24/9/91, “*Luna c/ M. de Llorente*”, D.J.B.A. 143-3.147; íd. 25/4/72, “*Cuenca c/ Aguirre*”, E.D. 43-316 y J.A. 16-1972-617; Cám. Civ. Com. San Isidro, Sala I, 12/9/89, “*Vera de Gerardi c/ Rosetti*”, Doctr. Judicial 1990-1-357; Cám. Civ. Com. Junfn, 20/9/88, “*Urcelay c/ Armendáriz*”, Doctr. Judicial 1989-2-692 y L.L. 1989-C-613 (38.097-S); íd. 23/4/86, “*Franco c/ Dalfonsi*”, Doctr. Judicial 1986-2-426; Cám. Nac. Trabajo, Sala IV, 30/9/81, “*Villareal c/ Guaycuro Agrícola Ganadera SRL*”, L.L. 1982-D-538 (36.187-S); Trib. Coleg. Resp. Extracontractual N° 6 Rosario, 3/8/92, “*Aparicio c/ Chalup*”, Zeus, t. 65, Secc. Jurispr., fallo 9755; etc.

En efecto, es obvio que se trata ante todo de un supuesto distinto al de los daños causados por actividades especialmente peligrosas y su contracara de las que no lo son pero que implican una obligación de seguridad, de los arts. 1665, 1666, 1668 y 1669 del Proyecto²⁹; las cuales aunque cuentan con un régimen muy similar, tienen sin embargo su propia regulación en dichos artículos del Proyecto.

Descartado entonces ese tipo de actividades, la verdad es que ya no parece quedar mayor margen para el acontecer de esos perjuicios ocasionados “*por el impacto del cuerpo humano que actúa como una cosa riesgosa*”; máxime si se tiene en cuenta que no se puede tratar de una mera atribución puramente física, puesto que el hombre como causante de un daño *no es equiparable* a una cosa o a una fuerza mecánica, ya que a diferencia de éstas puede en cierta medida dirigir o gobernar el proceso causal, sea desviándolo, sea acelerándolo o agravándolo; y en tanto y cuanto hubiese intervenido de ese modo, bien podrá decirse que el resultado de tal proceso, en el que sin duda habrán participado también otros factores, es sin embargo *su resultado*³⁰. Amén de que a la inversa, aunque hubiese participado en el proceso causal, el hombre no puede ser considerado jurídicamente como “autor” de un suceso, cuando su intervención no lo ha sido propiamente como ser humano, sino como otra cosa cualquiera de la naturaleza; por lo que por ejemplo, los cargadores del vapor “Mosell” del Lloyd alemán, a quienes se les escurriera un barril que aparentemente guardaba caviar, pero que en realidad contenía explosivos colocados por un terrorista, aunque partícipes materiales de la muerte de más de cien personas a causa de la explosión, no obstante nunca fueron tenidos como autores de homicidio desde el punto de vista del derecho³¹.

²⁹ De las mismas nos ocupamos en el punto siguiente.

³⁰ Alterini, Atilio A. “Responsabilidad civil” cit., ps. 157 y sigte., n° 202 y 161 y sigte., n° 206; Carranza, Jorge A. “Notas para un estudio de la relación causal en el acto ilícito civil”, en L.L. t. 145, p. 745, n° 2; Orgaz, Alfredo “El daño resarcible” cit., p. 79, n° 21; Soler, Sebastián “Derecho penal argentino”, Bs. As., Tea, 1978, t. I, ps. 327 y sigte., § 24, n° XIV.

³¹ Goldenberg, Isidoro H. “La relación de causalidad en la responsabilidad civil”, Bs. As., Astrea, 1984, p. 45, § 14; Orgaz “El daño resarcible” cit., p. 80, n° 21; Enneccerus, Ludwig – Lehmann, Heinrich “Derecho civil. Obligaciones”, trad. de Blas Pérez González y José Alguer, Barcelona, Bosch, 1947, t. I, p. 71, § 11, nota 11. Parecidamente, nuestros tribunales tienen resuelto que no cabe atribuir responsabilidad por las consecuencias dañosas, al conductor de un vehículo que actuó en el suceso como un elemento pasivo, ya que al ser embestido por un tercero se precipitó contra el automotor dañado (Cám. Nac. Civil, Sala C, 18/5/62, “Sala de Martinelli c/ Transportes Bs. Aires”, J.A. 1963-I-284; ídem Sala D, 22/10/68, “Helvetia Cía Suiza de Seguros c/ Costa”, E.D. 25-538; ídem Sala F, 18/4/67, “Coronel Rayna c/ Sáenz Peña SRL”, L.L. 128-334; etc.).

Claro que siempre podrán imaginarse algunos supuestos en los cuales se puedan producir daños “*por el impacto del cuerpo humano que actúa como una cosa riesgosa*”; como verbigracia el de “una persona que al girar en una congestionada acera céntrica choca con otra, la que trastabilla y cae, con poca fortuna, sufriendo una fractura. O (de) quien en un negocio atiborrado de estanterías y anaqueles roza una valiosa porcelana que cae y se destroza... O el clásico caso del puñetazo de una persona sobre la cara de otra”³²; etc. Sólo que, al margen de que en tales ejemplos la responsabilidad podría muy bien fundarse en factores de atribución subjetivos o imputativos: la culpa o negligencia en los dos primeros, y en todo caso el dolo en el restante; de todas formas no parece lógico que el legislador deba ocuparse de supuestos tan excepcionales, y mucho menos si para hacerlo debe ocurrir a fórmulas confusas o poco claras, que únicamente podrán dar lugar a dudas y generar problemas interpretativos.

Aunque en tren de suposiciones, quizá podría también pretenderse, que con la norma en comentario sólo se quisieron evitar eventuales críticas, como las que en su momento mereciera la reforma de la ley 17.711 al art. 1113 del Cód. Civil, cuando se le atribuyera: que el supuesto de daño causado “con” las cosas que en él se contempla, presumiéndose la culpa de su dueño o guardián, alude en realidad a una hipótesis de responsabilidad por el hecho personal del art. 1109, y que en verdad no es congruente aquella presunción con la ausencia de toda suposición, cuando el perjuicio se causó directamente por el hombre y sin la intervención de cosa alguna; todo lo cual a mayor abundamiento, se ejemplificaba con una humorada al mejor estilo de Ripert³³: “si alguien golpeará a otro con sus puños, no pesaría sobre él ninguna sospecha legal acerca de su culpa; no bastará el hecho y habrá que probar la intención reprochable del agente que descalfica su conducta, aunque no sea maliciosa. Pero si el daño se causara con un paraguas, por ejemplo, entonces no habría necesidad de probar una

³² Bianchi “Daños por el hecho del hombre y por el hecho de la cosa” cit., en J.A. 20-1973, p. 266, n° III-a).

³³ La *boutade* del ilustre maestro francés, referida precisamente a los daños producidos con cosas, consistió en decir que «habría que suponer un choque entre dos personas que practicasen el nudismo integral, para que pudiese aplicarse» la correspondiente normativa del derecho francés (Ripert, Georges su «nota» al fallo de la Corte de Casación del 13/2/30, en los autos «Jeand'heur c/ Les Galeries Belfortaises», en el «*Dalloz Périodique*», 1930, 1ª. Parte, p. 58).

culpa que la ley presume. Realmente, la distinción no es muy razonable³⁴. Va de suyo sin embargo, que resulta igualmente muy improbable, que el fundamento de la norma de que se trata pudiese encontrarse en una razón de este tipo; ya que si por el contrario lo hubiese sido, por ello mismo resultaría por cierto tanto más discutible y criticable.

4°) *Los daños resultantes de accidentes de la circulación de vehículos*. De los accidentes de la circulación vehicular, se ocupa el párrafo 7° de la Sección Séptima, Capítulo I, Título IV, Libro Cuarto del Proyecto; cuyo artículo 1684 se limita a disponer que: “*Se aplican al daño causado por la circulación de vehículos los artículos 1662, 1664 y 1666*”, es decir el régimen de la responsabilidad por perjuicios ocasionados por cosas riesgosas. Tratándose ésta de una normativa acertada, por cuanto todavía hoy en día se sigue cuestionando al reformador del año 1968, el no haber contemplado expresamente un régimen para los daños ocasionados por los accidentes de automotores, o en todo caso su inclusión dentro de la responsabilidad por los provocados por “*el riesgo o vicio de la cosa*”, del segundo párrafo del art. 1113 del Cód. Civil según la redacción dada por la ley 17.711.

f) *Concreta exclusión de las reglas aplicables a las cosas riesgosas y a las actividades peligrosas*. Como contrapartida constituye un indudable acierto, que en el art. 1682 del Proyecto, que forma parte del párrafo 6° dedicado a “*los profesionales liberales*”, de la misma Sección Séptima, Capítulo I, Título IV, Libro Cuarto, se prevea expresamente que los mismos “*aunque empleen cosas para el ejercicio de su actividad, no están comprendidos en el artículo 1662 (referente a daños causados por cosas riesgosas), salvo si el riesgo de la cosa deriva de su vicio*”, como tampoco “*están comprendidos en el artículo 1665*”, sobre actividades especialmente peligrosas.

Con una preceptiva de este tipo, en efecto, se podría poner punto final al problema actualmente latente con relación a las profesiones del arte de curar, en razón de que tales profesionales deben valerse muchas veces en su desempeño de los más variados instrumentos o aparatos, es

³⁴ Llambías, Jorge Joaquín “Ley 17.711. Reforma del Código Civil” en J.A. Doctrina 1969, p. 46, n° 13; Boffi Boggero, ob. cit. t. 5, p. 574, § 1980; Horvath, Pablo A. “La responsabilidad objetiva en el derecho privado” en J.A. Doctrina 1970, p. 562, n° I-2-f).

decir *latu sensu* de «cosas»; lo cual obliga a estudiar que normas habrán de regir su responsabilidad en tales supuestos: si las del daño causado por el hecho propio del facultativo o las de los perjuicios provocados con intervención de cosas, que además cuando se trata de responsabilidad extracontractual tiene un régimen específico previsto en el art. 1113, segundo párrafo del Código Civil, cuya aplicabilidad al acto médico con el empleo de cosas ha sido propiciado alguna vez en nuestra doctrina³⁵.

Dicho problema se había suscitado primeramente en Francia, con motivo de los perjuicios ocasionados por los radiólogos en razón de la incidencia de las radiaciones, y también por los cirujanos con su instrumental quirúrgico³⁶. Pero obviamente sus implicancias resultan mucho mayores por los continuos avances de la ciencia y la técnica médica, que a la par de nuevos beneficios, trae sin embargo aparejado como contrapartida un incremento de los riesgos. Hoy en procura de la mejoría del paciente, se adoptan medidas que ni remotamente se habrían imaginado por la medicina de antaño, tímida y empírica: así existen en el mercado un considerable número de los más variados productos farmacéuticos o drogas que se proveen a los enfermos; se recurre a inyectar o introducir en el organismo humano sustancias —verbigracia sueros—, o cuerpos extraños —por ejemplo: colocación de una cabeza de fémur artificial, o de plástico en una de las venas del corazón, o aun el mismo material de sutura para cerrar el corte de una operación, etcétera—; se interfiere sobre las funciones (fisiología) de los órganos, sentidos, aparatos y sistemas; y hasta se modifica la anatomía del ser humano, extirpando, trasplantando e implantando partes del cuerpo humano, inclusive órganos vitales, artificiales o de otras personas; etc. En fin, las posibilidades en esta materia van en constante aumento día a día, y con ellas también, obviamente, los posibles problemas jurídicos³⁷; pudiendo afirmarse que «pocos son los instrumen-

³⁵ Mosset Iturraspe, Jorge “La cosa riesgosa en la responsabilidad contractual (Daño causado con el ‘forceps’ como base de la mala praxis)”, en L.L. 1993-A, ps. 155 y ss.

³⁶ Bueres, Alberto J. “Responsabilidad civil de los médicos”, 2ª. ed., Bs. As., Hammurabi, 1992, t. 1, p. 495, § 35-a). i.; Le Tourneau, Philippe “La responsabilité civile”, 2ª. ed., Paris, Dalloz, 1976, p. 400, n° 1161; Savatier, René “Traité de la responsabilité civile en droit français”, 2ª. ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951, t. II, ps. 404 y ss., n° 797.

³⁷ Le Tourneau, ob. cit., p. 402, n° 1169.

tos, métodos, drogas, técnicas, usados en medicina, *que no resulten peligrosos*»³⁸.

Sin embargo, *en el ejercicio de la medicina lo verdaderamente trascendente es el acto humano, médico-científico, en sí*; aunque el profesional para su concreción deba ayudarse o servirse de cosas. Y siendo ello así, si en definitiva la o las cosas sólo habrán de cumplir un papel secundario, de escasa incidencia o gravitación en el fin perseguido; en los casos de responsabilidad médica por daños y perjuicios, éstos deben tenerse *como resultantes del hecho humano del profesional médico actuante y no de la participación, accesoria y no significativa, de la o las cosas de las que aquél se hubiese valido o utilizado*. En similar sentido se había expresado anteriormente el maestro Bustamante Alsina³⁹, aludiendo concretamente al servicio de cirugía pero con conceptos de validez omnicompreensiva, sosteniendo que: *«la responsabilidad objetiva por riesgo sólo puede configurarse cuando el daño es causado por el hecho de la cosa y de ningún modo en el hecho propio del médico que consiste en la intervención quirúrgica practicada por el profesional, pues por mucho que se considere importante y decisiva la utilización de elementos físicos instrumentales, no puede subestimarse lo que es fundamental en el mismo, o sea la actividad desplegada por el cirujano en función de la técnica operatoria empleada, de sus conocimientos de la ciencia médica y de su idoneidad y ética profesionales»*. Siendo además dicho criterio coincidente con el de los hermanos Henri y Léon Mazeaud y su actualizador André Tunc, para diferenciar con carácter general el hecho del hombre de la acción de la cosa, y poder así deslindar el ámbito de aplicación de los arts. 1382 y 1384 del Código Civil francés; ya que para ellos, para que exista acción de la cosa, *«de una parte, debe haber intervenido 'activamente', en la realización del daño y ha de entenderse por ello que su intervención debe haber causado, producido el daño. De otra parte, esa cosa debe haber escapado al dominio material de su guardián; y ha de entenderse por ello que no debe haber sido en sus manos un instrumento*

³⁸Rodríguez de Alcántara, Hermes «Responsabilidad médica», Rfo de Janeiro, ed. José Konfino, 1971, ps. 167 y sig., y 169 y ss.

³⁹Bustamante Alsina, Jorge «Responsabilidad civil de los médicos en el ejercicio de su profesión», cit. en La Ley 1976-C, ps. 64 y ss. y en «Responsabilidad civil y otros estudios», cit., ps. 445 y ss.

puramente pasivo y obediente»⁴⁰, como lo es precisamente, y por ello no puede ser considerada acción de la cosa sino hecho humano del médico, el uso del bisturí por el cirujano⁴¹, ya que *entonces la actividad humana «es tan próxima que absorbe a la acción de la cosa»*⁴².

Insistimos pues, en que en la responsabilidad médica lo que interesa primordialmente es el acto médico puro en sí, en el cual están en juego la capacitación e idoneidad resultantes del caudal de conocimientos científicos y experiencia del profesional actuante; o sea que *lo que verdaderamente importa y prevalece es, por lo tanto, la propia actividad o conducta humana*, aunque para cumplimentársela hubiese sido necesaria la utilización de aparatos o instrumental. *De forma tal que se trataría siempre, sea la responsabilidad contractual o extracontractual, de un supuesto de responsabilidad por hecho propio o personal*. Siendo por ello que se ha decidido que, cuando se trata del uso de aparatos o indicación de medicamentos, el médico debe conocer adecuadamente el funcionamiento y modo de empleo de aquéllos y las propiedades farmacéuticas de estos últimos; escapando a su responsabilidad el «riesgo» que eventualmente se pueda derivar de su uso, si se lo hizo de acuerdo con las correspondientes reglas técnicas y agotando previamente el estudio del paciente para decidir su empleo⁴³; por lo que en suma no puede existir responsabilidad del facultativo que aconsejó el empleo de un producto de uso corriente, que además fue adquirido en una farmacia habilitada y que contaba con la garantía del fabricante.

Pero sin ninguna duda todo este trascendente problema, que afortunadamente ha encontrado en general la respuesta adecuada por parte de la mayoría de nuestra doctrina y jurisprudencia, habría de quedar definitivamente superado y con la solución correcta, mediante las normativas consideradas sobre responsabilidad civil de los profesionales liberales, del Proyecto de reforma que nos ocupa.

⁴⁰Mazeaud-Tunc, ob. cit., t. 2, vol. I, ps. 286 y ss., n° 1257; p. 251, n° 1215; ps. 275 y ss., n° 1245; p. 279, n° 1248; y p. 317, n° 1272.

⁴¹Mazeaud-Tunc, ob. cit., t. 2, vol. I, p. 279, n° 1248, nota 1 y p. 381, n° 1328-3.-

⁴²Mazeaud-Tunc, ob. cit., t. 2, vol. I, p. 126, n° 1211-6.

⁴³Cám. Nac. Civil, sala F, 21/6/95, "Gutiérrez c/ Intermedics Inc.", L.L. 1997-E-1007 (39.771-S).

III. DAÑOS CAUSADOS POR ACTIVIDADES O CONDUCTAS

a) *Introito*. En rigor el art. 1113 de nuestro Código Civil no ha receptado indiscriminadamente la responsabilidad por riesgo creado, sino sólo el que «emana de la cosa»; y de ahí que en general se decida que no puede enmarcarse en aquella preceptiva a la «actividad riesgosa»⁴⁴, ni al riesgo de autoridad o profesional⁴⁵, ni a la actividad empresarial o industrial⁴⁶, etc.

De tal forma, sólo se podrían considerar comprendidas por extensión en el art. 1113 del Cód. Civil, a las actividades o conductas que resultan peligrosas por las cosas de que se valen, y no en un sentido propio y autónomo; tal como lo resolvieron: la Cámara Nacional de Trabajo en pleno, al entender que el daño causado por el esfuerzo desplegado por el trabajador para desplazar una cosa inerte, puede imputarse a riesgo de la cosa⁴⁷; la Sala C de la Cámara Nacional en lo Civil al decidir parecidamente, en atención a que «el actor, al efectuar la peligrosa tarea de cargar vidrios en el camión del demandado, sin haber sido provisto de máscaras o caretas que se acostumbra a usar en estos casos para proteger la cara, recibió un vidrio cortante en ésta»⁴⁸; o la Cámara Civil y Comercial de Rosario, Sala IIa., al considerar que la carga de gas en un automotor «implica el desarrollo de una actividad normalmente riesgosa», para luego sostener genéricamente que el art. 1113 del Cód. Civil se aplica a las actividades riesgosas con cosas, en tanto éstas se constituyan así en una fuente potencial de perjuicios a terceros⁴⁹. En tanto que en cambio se ha resuelto que no se configura tal responsabilidad, si por las características de las labores cum-

⁴⁴ S.C.B.A., 16/9/86, «Arriarán c/ Transportes Junín», Der. Trab. 1987-A-970 y D.J.B.A. 132-282.

⁴⁵ S.C.B.A., 17/11/92, «Rossi c/ Rivero», J.A. 1993-II-320 y D.J.B.A. 144-551; id., 3/11/92, «Rossi c/ Emeca SA», Doctr. Jud. 1993-2-968; id. 27/3/90, «Ochoa c/ Ferraris», D.J.B.A. 138-2.939.

⁴⁶ Cám. Nac. Trab., Sala I, 31/8/88, «Gómez c/ Consorcio Prop. Jerónimo Salguero 613», Der. Trab. 1989-A-897.

⁴⁷ Cám. Nac. Trabajo en pleno N° 266, 27/12/88, «Pérez c/ Maprico SA», L.L. 1989-A-561.

⁴⁸ Cám. Nac. Civil, Sala C, 12/3/79, «Calderón c/ Allegreto», E.D. 86-327; Kemelmajer de Carlucci en el «Código Civil...» cit. de Belluscio y Zannoni, t. 5, ps. 480 y sig., § 25.

⁴⁹ Cám. Civ. Com. Rosario, Sala IIa., 8/4/96, «Ramos c/ Rimidan SA», L.L. Litoral 1997-857.

plimentadas por el trabajador, resulta que las posturas o esfuerzos hechos por el mismo no reconocen la intervención de cosas⁵⁰.

b) *Diferencias entre el riesgo de una cosa y el de una conducta peligrosa*. Por lo demás, como bien lo destacara la Dra. Zavala de González: «El riesgo de una cosa y el de una conducta poseen un diverso significado a los efectos de la responsabilidad civil.- Para que deban resarcirse los daños es suficiente en el primer caso la relación causal entre el riesgo de la cosa y el perjuicio, sin interesar el modo de intervención de la cosa en el evento (activo o pasivo, supeditada o no al impulso humano). En cambio, además de otros requisitos, la responsabilidad por el daño derivado de una conducta peligrosa supone, ante todo, su imputación a un autor o agente, con prescindencia de que haya utilizado o no una cosa y del carácter peligroso o no de la eventualmente empleada. El obligado en razón del riesgo de la cosa es el dueño o guardián, el responsable por una conducta riesgosa es quién la ejecuta. El riesgo de la cosa es una probabilidad de daño genérica y abstracta, que computa anticipadamente un número indefinido de sucesos perjudiciales, en función de la aplicación de la cosa a su destino normal. Puede suceder que ese riesgo no exista en concreto, a pesar de la intervención de la cosa riesgosa, lo que ocurre cuando en el caso se han adoptado las diligencias necesarias para evitar el daño a terceros. Por tanto, puede existir riesgo de la cosa y no de la conducta que la implementa, por no haberse omitido precaución alguna a fin de impedir que se actualice un daño. *A la inversa, una conducta es peligrosa aunque las cosas utilizadas sean en sí mismas inofensivas, pues el riesgo es aquí atribuible al impulso del agente y no a un atributo del objeto*. El deber de resarcir el daño resultante de una conducta riesgosa requiere, además del nexo causal adecuado con el daño (emergente de que el hecho cumplido hace objetivamente previsible el perjuicio), dos condiciones de índole axiológica: un juicio de desaprobación del hecho (ilicitud) y uno de desaprobación del autor (culpabilidad)»⁵¹.

c) *Responsabilidad por la realización de actividades peligrosas*. Siendo ello así, constituye una verdadera innovación la incorporación en

⁵⁰ Cám. Nac. Trab., Sala II, 13/11/89, «Monte c/ Carnicerías Integradas Coto SA», Der. Trab. 1990-A-757.

⁵¹ Zavala de González, Matilde «Daños causados por el riesgo de la cosa y por una conducta riesgosa» en L.L. 1983-D, ps. 119 y sig., n° V; idem «Responsabilidad por riesgo» cit., p. 63, § 12.

el art. 1661 del Proyecto, de un régimen especial de responsabilidad civil “por la realización de actividades especialmente peligrosas”; las que son luego tipificadas en el segundo párrafo del art. 1665, de manera muy parecida a la utilizada en el art. 1662 para caracterizar a las cosas riesgosas: “Se considera actividad especialmente peligrosa a la que, por su naturaleza, o por las sustancias, instrumentos o energía empleados, o por las circunstancias en las que es llevada a cabo, tiene aptitud para causar daños frecuentes o graves”. Siendo precisamente tal notoria similitud, la que nos permite dar por reproducidas en este lugar, todas las consideraciones ya formuladas precedentemente al tratar de las cosas riesgosas.

De la misma forma el art. 1666 del Proyecto, que es aplicable por igual a los dos supuestos de daños causados con cosas riesgosas y actividades especialmente peligrosas, también establece con relación a estas últimas, que a su respecto “no son invocables como eximentes” para la responsabilidad por los perjuicios que de ellos pudiesen derivarse, “el caso fortuito, el hecho de un tercero, ni cualquier otra causa ajena”, sino únicamente la prueba de “que la causa del daño es la culpa del damnificado”. Y por idénticas razones, *brevitatis causa* también nos remitimos a todo lo ya expuesto sobre el tema, al ocuparnos del daño causado con intervención de cosas riesgosas.

d) *Responsabilidad por la realización de actividades que generan una obligación de seguridad.*- Sin embargo, paralelamente se establece también otro tipo de responsabilidad, para ciertas actividades que generan para quien las realiza una “obligación tácita de seguridad”. Esta obligación resulta impuesta por el art. 1668 del Proyecto, a “quien realiza una actividad, se sirve u obtiene provecho de ella...: a) Si de la actividad, o de un servicio prestado en razón de ella, puede resultar un daño a las personas que participan de la actividad o reciben el servicio, o a sus bienes; b) Si además, puede prevenir ese daño de manera más fácil o económica que si lo hace el damnificado”. Y parece obvio que en esta preceptiva se alude a actividades en principio no peligrosas, por cuanto las que sí lo son tienen su régimen propio y distinto en el ya mencionado art. 1665 del Proyecto. Señalamos no obstante que en rigor, entre nosotros ya se había propiciado la existencia de un sistema general de responsabilidad contractual por el hecho de las cosas, basado en un implícito deber de seguridad o garantía a cargo de quien hubiese entregado una cosa o se

valiese de ella para el cumplimiento de su prestación, si de la misma después se derivaban daños que estuviesen relacionados con las obligaciones nacidas del contrato; lo cual encontraría asimismo apoyatura en el principio de la «buena fe» en el cumplimiento de las obligaciones, del primer párrafo del art. 1198 del Cód. Civil⁵². Por aplicación de tal principio, se sostuvo también que el médico tiene igualmente a su cargo, a priori, un deber de seguridad-resultado por las cosas que pueda utilizar en el desempeño de su profesión, consistente en asegurar el preciso efecto de que de su empleo no se derivarán perjuicios al paciente; de forma tal que de resultar este último daño por los aparatos o instrumental usados, la sola infracción de ese deber de seguridad permitiría presumir la responsabilidad del profesional, liberando correlativamente al paciente de la prueba de la culpa o negligencia del facultativo⁵³.

Ahora bien, tratándose de perjuicios derivados de estas actividades generadoras de la obligación tácita de seguridad, de manera similar a lo proyectado con relación a los daños provocados por cosas sin riesgo propio, el presunto responsable podrá liberarse “si prueba haber actuado con diligencia, a cuyo fin debe haber adoptado las medidas de prevención razonablemente adecuadas” (Art. 1669); es decir si acredita su falta de culpa o que no medió negligencia de su parte, lo que a su turno implica la demostración de que se actuó con diligencia, prudencia y pleno conocimiento de las cosas, conforme a la naturaleza de la obligación y circunstancias del caso⁵⁴. Puesto que según ya se dijo, la prueba de la falta de culpa no consiste en la acreditación de hechos negativos, sino muy por

⁵²En similar sentido: Bueres “Responsabilidad civil de los médicos” cit., t. I, ps. 383, § 27-a); 504 y ss., § 35-b); Bustamante Alsina «Teoría general de la responsabilidad civil» cit., ps. 392, n° 959 y 397, n° 976.

⁵³Ver Cám. Nac. Civil, Sala H, 21/6/95, «Gutiérrez c/ Intermedics Inc.», L.L. 1997-E-1007 (39.771-S).

⁵⁴Brebbia, Roberto H. “Caso fortuito y fuerza mayor”, en “Temas de derecho civil (5tas. Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil)”, Bs. As. Universidad, 1980, ps. 84 y ss.; Bueres, Alberto J. “Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos”, Bs. As., Abaco, 1981, p. 162, § 34-b) y nota 70; Bustamante Alsina “Teoría gral. de la resp. civil” cit., ps. 349 y ss, n°s. 827 a 832; Salvat-Galli ob. cit., t. I, p. 132, n° 121-a); Salas, Acdeel E. “Caso fortuito y ausencia de culpa” en el t. 15 de “Juris”, ps. 369 y ss., y en “Obligaciones, contratos y otros ensayos” cit., ps. 135 a 137; Trigo Represas, Félix A. “Casos y falta de culpa” en L.L. 1981-B, ps. 293 y ss., n° IV; Cám. Nac. Civil, Sala C, 31/8/93, “S., C. M. C/ Munic. Bs. As.”, L.L. 1994-A-54; etc.

el contrario en la de los hechos positivos inversos que son su contrapartida⁵⁵.

Por lo demás va de suyo, que en este caso ya no se tratará de responsabilidad objetiva, la que sólo existe según el art. 1606 del Proyecto, “*si conforme a la ley o a la estipulación de las partes, la conducta diligente del sindicado como responsable no es suficiente para excluirla*”; siendo ello lo que precisamente sucede con los daños amparados por la obligación tácita de seguridad, respecto de las cuales es factible la liberación, si quien está sujeto a aquélla “*prueba haber actuado con diligencia, a cuyo fin debe haber adoptado las medidas de prevención razonablemente adecuadas*”.

Se trata en suma de un régimen que sin duda ha tenido muy en cuenta a los profesionales liberales, quienes desempeñan su actividad prestando sus servicios a quienes se lo requieren; servicios que suponen hacer algo para otro satisfaciendo su interés⁵⁶. Todo lo cual se corrobora a mayor abundamiento, por interpretación *a contrario sensu* de lo dispuesto en el ya mencionado art. 1682 del Proyecto, que en cambio descarta expresamente la aplicabilidad a su respecto de las reglas sobre las cosas riesgosas y las actividades peligrosas.

e) *Sujetos responsables*. A su turno, la primer parte del mismo art. 1665 se encarga de sindicar a quien o quienes habrán de ser los legitimados pasivos, de la acción resarcitoria que pudiese corresponder por perjuicios derivados de actividades riesgosas, estableciendo que: “*Quien realiza una actividad especialmente peligrosa, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, es responsable del daño causado por esa actividad*”. De tal forma, para la determinación del sujeto responsable, no interesa tanto que el mismo haya o no llevado a cabo personalmente el proceder u obrar peligroso, sino que sea él quien aproveche o se sirva de

⁵⁵Mazeaud, ob. y loc. cit. en nota precedente; Bustamante Alsina “Teoría gral. de la resp. civil” cit., p. 351. n° 832; ídem “La Prueba de la culpa” en L.L. 99, ps. 892 y ss. y en “Responsabilidad civil y otros estudios”, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1984, ps. 430 y ss., n°s. 23 a 26; Trigo Represas, Félix A. “Casos y falta de culpa” en L.L. 1981-B, ps. 293 y ss., n°V; Zavala de González, Matilde “Daños con las cosas” en J.A. 1983-IV, p. 640, n° III-b); ídem “Responsabilidad por riesgo” cit., p. 28, § 3-b); Cám. Fed. Civ. com., Sala III, 31/7/81, “Apezteguía c/ Maggioni”, J. A. 1982-I-618; etc.

⁵⁶Lorenzetti, Ricardo Luis “Nuevos enfoques en la responsabilidad profesional” en L.L. 1996-C, p. 1179, letra C.

tal actividad, aun cuando ella hubiese sido cumplida por otros, obteniendo así beneficios económicos o personales, de placer o salvaguarda de sus intereses.

O sea en suma, que para tal caracterización la norma proyectada efectúa una suerte de adaptación del criterio de “guarda provecho”, que fuera uno de los sostenidos en su momento para precisar el concepto del “guardián” de una cosa⁵⁷, y que es también, además, el adoptado en el art. 1664 del mismo Proyecto, precisamente para brindar la noción del “guardián” de una cosa.

Y entendemos que el mismo criterio resulta aplicable a los supuestos de actividades no peligrosas, pero que generan la obligación de seguridad, ya que igualmente se trata de daños sufridos por las propias personas, o sus bienes, que participan de aquéllas o reciben un servicio en razón de las mismas.

IV. REFLEXIONES FINALES

A tenor de lo expuesto, cabe concluir que sobre el tema en consideración alternan en el Proyecto aciertos y desaciertos; siendo los más destacables los siguientes:

1°) Ante todo no parece suficientemente satisfactorio el distingo adoptado en los arts. 1662 y siguientes, entre cosas riesgosas y las que no lo son, ya que se trata en realidad de un problema de *relación de causalidad* y por ello no interesa propiamente tipificar a una cosa de peligrosa o no *per se*, sino de considerar *ex post facto* después de acontecido el hecho dañoso: *de que manera se produjo el perjuicio y si la cosa por sí sola era o no idónea para provocarlo, podía o no llegar a producirlo normal o regularmente, de acuerdo al curso natural y ordinario de los acontecimientos*—art. 901 Cód. Civil—.

⁵⁷Savatieur ob. cit., t. I, p. 464, n° 362; Demogue, René “Traité des obligations en générale”, Paris, Arthur Rousseau, 1925, t. V, ps. 374, n° 1129 y 377, n° 1131; Lalou, Henri “Traité pratique de la responsabilité civile”, 4ª. ed., Paris, Dalloz, 1949, p. 705, n° 1227 quinquies; Conde, Héctor N. —Suarez, Roberto C. “Tratado sobre responsabilidad por accidentes de tránsito”, Bs. As., Hammurabi, 1995, t. I, ps. 134 y ss., § 10; etc.

2°) Asimismo parece excesiva e inexplicable la responsabilidad casi irrefragable establecida en los artículos 1662, 1663 y 1665, que no puede obviarse ni con la prueba de: *“el caso fortuito, el hecho de un tercero, ni cualquier otra causa ajena”*; ya que si la causal de fuerza mayor resulta ser “exterior” a la cosa y totalmente extraña a “su” propio riesgo o aptitud para causar daños, es evidente entonces que éstos en realidad no han sido ocasionados por la “cosa riesgosa” sino por ese “casus”. Y siendo ello así, acreditadas cualesquiera de dichas causales se rompe la relación de causalidad entre la cosa y el daño, por cuanto la actuación de la causa ajena “interrumpe” la necesaria conexión fáctica que debe mediar entre el riesgo de la cosa y el perjuicio; de forma tal que más que de causas de exención de una responsabilidad presumida, corresponde hablar en realidad de *circunstancias que impiden la configuración de la responsabilidad civil*, precisamente por no llegar a concretarse el indispensable vínculo de causalidad adecuado entre el riesgo de la cosa y el daño.

3°) Y tampoco parece acertado que la única causal liberatoria de responsabilidad sea la prueba de *«que la causa del daño es la culpa del damnificado»*; atento que la tendencia más reciente entre nosotros se inclina a considerar que para que funcione aquélla, lo que interesa verdaderamente es la idoneidad de la actuación de la víctima para producir el evento dañoso, con independencia de que su conducta pudiese o no ser calificada de culposa.

4°) No parece tener ninguna explicación razonable lo establecido en el art. 1671 del Proyecto, que extiende la aplicabilidad de la responsabilidad prevista en el art. 1662 *“al daño causado por el impacto del cuerpo humano que actúe como una cosa riesgosa”*; lo cual además de generar muchas dudas sobre cual es su sentido y alcance, parece además ser un principio de aplicación sólo residual, para algunos pocos supuestos verdaderamente fuera de lo común.

5°) Pensamos en cambio que es acertada la disposición del artículo 1684, que dispone aplicar *“al daño causado por la circulación de vehículos los artículos 1662, 1664 y 1666”*, es decir el régimen de la responsabilidad por perjuicios ocasionados por cosas riesgosas; ya que de esa forma se superaría un vacío que todavía hoy en día se sigue cuestionando al reformador del año 1968: el no haber contemplado expresamente un régimen para los daños ocasionados por los accidentes de automotores, o en

todo caso su expresa inclusión dentro de la responsabilidad por los provocados por *“el riesgo o vicio de la cosa”*, del segundo párrafo del art. 1113 del Cód. Civil, según redacción dada por la ley 17.711.

6°) También constituye un indudable acierto, que en el art. 1682 del Proyecto, que forma parte del párrafo 6° dedicado a *“los profesionales liberales”* (Sección Séptima, Capítulo I, Título IV, Libro Cuarto), se prevea expresamente que los mismos *“aunque empleen cosas para el ejercicio de su actividad, no están comprendidos en el artículo 1662 (referente a daños causados por cosas riesgosas), salvo si el riesgo de la cosa deriva de su vicio”*, como tampoco *“están comprendidos en el artículo 1665”, sobre actividades especialmente peligrosas*; ya que aunque este importante problema en general ha encontrado adecuada respuesta por parte de la mayoría de nuestra doctrina y jurisprudencia, de todas maneras sería preferible que quedase definitivamente superado con la solución correcta, tal como se lo propone en el Proyecto.

7°) Igualmente constituye una acertada innovación, el hecho de incorporar en el art. 1661 del Proyecto, con una regulación muy similar a la proyectada para los daños causados por las cosas riesgosas, un régimen especial de responsabilidad civil *“por la realización de actividades especialmente peligrosas”*, tema hoy ausente de nuestro derecho positivo. Y

8°) Finalmente también resulta interesante la proyectada legislación sobre actividades en principio no peligrosas, pero que generan para quien las realiza una *“obligación tácita de seguridad”* (art. 1668 del Proyecto), estableciendo a su respecto una presunción iuris tantum de culpa, que puede desvirtuarse con la prueba de que se obró con diligencia y adoptando las medidas de prevención razonablemente adecuadas; régimen que sin duda ha tenido muy en cuenta a los profesionales liberales.

INDICE

| | |
|--|-----|
| <i>El contrato de leasing en el Proyecto de Código Civil de 1999,</i> José Julián Carneiro | 13 |
| <i>Proyecto del Código Civil unificado,</i> María Luisa Casas de Chamorro Vanasco | 27 |
| <i>La representación en el Proyecto de Código Civil de 1998,</i> Rubén H. Compagnucci de Caso | 59 |
| <i>La nulidad en el Proyecto de Código Civil de 1998,</i> Ernesto E. Nieto Blanc | 85 |
| <i>Los impedimentos y el consentimiento matrimonial en el Proyec-</i> <i>to de Código Civil de 1998,</i> Eduardo A. Sambrizzi | 101 |
| <i>La responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de</i> <i>ciertas actividades en el Proyecto de reforma del Código Civil,</i> Félix A. Trigo Represas | 133 |